



Frederik Swennen

Personenrecht in kort bestek

Tweede herziene uitgave



intersentia

Reeks - Recht in kort bestek

De doelstelling van deze reeks is een juridisch vakgebied of thema duiden, op een beknopte maar toch inzichtelijke en ook praktijkrelevante wijze. De doelgroep is de niet-gespecialiseerde professional die kennis wil maken met de belangrijke krachtlijnen en principes in de materie. Voetnoten en bibliografie blijven daarom zeer beperkt.

De reeks staat open voor alle juridische disciplines. Het bindmiddel van de reeks en het vergelijkbare kenmerk van alle boeken is het streven naar "inzicht vanuit de basics".

Onze ambitie: met korte vlot geschreven boeken belangrijke principes en basisregels toelichten.

Over het boek

In dit boek kan de niet-gespecialiseerde jurist in kort bestek kennismaken met het Belgische personenrecht.

Het personenrecht is het onderdeel van het burgerlijk recht dat in het algemeen bepaalt wie een persoon is en ook het statuut en de bescherming regelt van personen in het algemeen of als lid van een bepaalde categorie.

Eerst komt aan bod wie, vanaf en tot wanneer een persoon is in de juridische zin van het woord. Bij elke persoon hoort een 'juridische schaduw' (de 'staat') waaruit valt af te lezen in welke mate hij aan het rechtsverkeer mag deelnemen. Dit is van belang voor de overige deelnemers aan het rechtsverkeer, die met hem (juridisch) zouden willen communiceren. Daarom moet elke persoon kunnen worden geïdentificeerd. Ook moet de informatie over zijn 'juridische schaduw' van overheidswege worden geregistreerd en openbaar gemaakt.

Vervolgens wordt de bescherming van personen in het algemeen behandeld, met een bespreking van de persoonlijkheidsrechten.

Ten slotte wordt ingegaan op de indeling van personen in categorieën, waaraan bijzondere mogelijkheden of beperkingen in de deelneming aan het rechtsverkeer worden toegekend of opgelegd. De indeling in categorieën gebeurt in hoofdzaak aan de hand van de nationaliteit, de gezondheidstoestand, in het bijzonder de geestestoestand, en de leeftijd. Soms zijn er ook andere redenen om iemand (deels) uit het rechtsverkeer uit te sluiten.

Over de auteur

Prof. dr. Frederik Swennen doceert sinds 2002 personen- en familierecht aan de Universiteit Antwerpen. Hij studeerde rechten aan de universiteiten van Antwerpen en Kaapstad (Zuid-Afrika). Hij doctoreerde als aspirant FWO en assistent aan de Universiteit Antwerpen over Geestesgestoorden in het burgerlijk recht (Antwerpen, Intersentia, 2000). Nadien was hij referendaris bij het Parket-generaal bij het Hof van Cassatie. Sinds 2006 is hij advocaat aan de balie te Brussel (GREENILLE).

www.intersentia.be

ISBN 978-90-5095-638-3



PERSONENRECHT IN KORT BESTEK



Nr. 3

PERSONENRECHT IN KORT BESTEK

Frederik Swennen

2e herziene uitgave
2007



intersentia

Antwerpen – Oxford

RECHT IN KORT BESTEK

- Nr. 1 – Alain Verbeke, *Belgisch erfrecht in kort bestek*, 2002, eerste uitgave, 2003, tweede herziene uitgave
- Nr. 2 – Bernard Tilleman en Alain Verbeke, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, 2004, eerste uitgave, 2005, tweede herziene uitgave
- Nr. 3 – Frederik Swennen, *Personenrecht in kort bestek*, 2005, eerste uitgave, 2007, tweede herziene uitgave
- Nr. 4 – Frederik Swennen, *Gezins- en familierecht in kort bestek*, 2005, eerste uitgave, *Familierecht in kort bestek*, 2007, tweede herziene uitgave
- Nr. 5 – Bart De Smet, *Jeugdbeschermingsrecht in kort bestek*, 2005
- Nr. 6 – Jan Wouters, *Internationaal recht in kort bestek*, 2006

Personenrecht in kort bestek
Frederik Swennen

© 2007 Intersentia
Antwerpen – Oxford
<http://www.intersentia.be>

ISBN 978-90-5095-638-3
D/2007/7849/12
NUR 822

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgevers.

WOORD VOORAF BIJ DE EERSTE UITGAVE

Dit boek verschijnt als derde deel in de reeks *Recht in kort bestek*.

Het concept van die reeks is: de niet-gespecialiseerde jurist op beknopte, inzichtelijke en praktijkrelevante wijze een analyse te bieden van de krachtlijnen van een bepaald vakgebied.

De student valt als niet-gespecialiseerde jurist in wording binnen de doelgroep van de reeks. Dit boek vormt dan ook de helft van de cursus voor het opleidingsonderdeel Personen- en Familierecht dat ik doceer aan de studenten van het 1^e en het 3^e bachelor van de Universiteit Antwerpen.

Dit boek strekt ertoe de lezer aan te zetten tot zelfstandige beoefening van de wetenschap. Hiertoe tracht ik in eerste instantie kennis bij te brengen van (de vindplaats van) de technische regels van het personenrecht en de structuur ervan. Ik tracht er ook de aard, betekenis en gevolgen van te duiden. Op die manier kan inzicht worden verworven in de aard en de samenhang (of onsamenhangendheid) van de regels.

Met die kennis van wet en wetmatigheid kan de lezer vervolgens zelf verder.

De materie wordt in kort bestek behandeld, dit is met name zonder uitgebreid voetnotenapparaat en bibliografie. De lezer krijgt wel de nodige verwijzingen mee naar de basiswerken in het vakgebied en naar nuttige publicaties over bepaalde onderdelen. In voetnoot wordt enkel verwezen naar de belangrijkste arresten van de hoogste internationale en nationale gerechtshoven.

Het recht, zeker het personen- en familierecht, is voortdurend in beweging.

Het rustig kabbelende beekje dat het vakgebied lang was, is veranderd in een woelige zee.

Daarom zullen indien nodig jaarlijks herwerkte uitgaven van dit boek verschijnen.

Tussentijds zal de geactualiseerde tekst na wetswijzigingen of opmerkelijke rechtspraak via de website van Intersentia beschikbaar worden gesteld.

In ben in het personen- en familierecht opgevoed door mijn voorganger Fons HEYVAERT, mee aan de hand van diens *Personen- en gezinsrecht ont(k)leed* (laatste uitgave bij Kluwer, 2002). Die opvoeding blijkt uit de navolgende tekst. Bovendien

heeft Fons HEYVAERT de eerste versie van deze tekst grondig nagelezen en van waardevolle opmerkingen voorzien. Daarvoor dank ik hem bijzonder.

Mijn academische medewerker Gunter MAES heeft geholpen bij de verzameling van de bibliografische verwijzingen. Deze zijn, met het voetnotenapparaat, deskundig op punt gesteld door de uitgever bij Intersentia, Kris MOEREMANS. Hij heeft, zoals steeds, tijd noch moeite gespaard om snel een mooie en – voor de studenten van belang – goedkope uitgave te verzorgen.

Prof. dr. Frederik Swennen

10 juni 2005

WOORD VOORAF BIJ DE TWEDE UITGAVE

Voor deze tweede uitgave is de tekst van het boek geheel herwerkt. De stof is systematisch bijgehouden tot 1 november 2006. Voor belangrijke leerstukken is in de mate van het mogelijke nog rekening gehouden met wijzigingen na die datum bv. met de Wetten houdende diverse bepalingen (I en II) van 27 december 2006, *B.S.* 28 december 2006.

Voor de verzameling van het meeste nieuwe bronnenmateriaal heb ik voor deze uitgave een beroep kunnen doen op mijn assistente Annelore HUYGENS. Mijn assistente Riki HEPS heeft tijdig voor gecoördineerde versies van de belangrijkste gewijzigde wetteksten kunnen zorgen; geen sinecure met wetgeving die gefaseerd, met opeenvolgende reparaties, tot stand komt.

Ik nodig de lezer van dit boek graag uit om mij met opmerkingen, vragen en suggesties te contacteren.

Prof. dr. Frederik Swennen
Frederik.Swennen@ua.ac.be

Sinterklaasdag 2006

INHOUD

WOORD VOORAF	v
HOOFDSTUK I. INLEIDING EN PLAN	1
HOOFDSTUK II. HET BESTAAN VAN DE PERSOON	9
HOOFDSTUK III. DE STAAT VAN DE PERSOON	21
HOOFDSTUK IV. DE IDENTIFICATIE VAN DE PERSOON	31
HOOFDSTUK V. REGISTRATIE EN PUBLICITEIT	47
HOOFDSTUK VI. DE PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN	55
HOOFDSTUK VII. DE NATIONALITEIT	63
HOOFDSTUK VIII. DWANGOPNEMING VAN GEESTESZIEKEN	79
HOOFDSTUK IX. INLEIDING TOT DE ONBEKWAAMHEID	93
HOOFDSTUK X. RECHTSONBEKWAMEN	103
HOOFDSTUK XI. MINDERJARIGEN	105
HOOFDSTUK XII. ONBEKWAME EN BESCHERMDE MEERDERJARIGEN	137

HOOFDSTUK I. INLEIDING EN PLAN

Inhoud

Plan	1
Samenhang met familierecht	2
Hefboomfunctie	3
De relativiteit van het recht	4
De rechtsbronnen	5

Plan

1. *De Valks Juridisch Woordenboek* definieert het personenrecht als het onderdeel van het burgerlijk recht dat de algemene begrippen en beginselen van de persoon behandelt alsook het statuut en de bescherming van de persoon als enkeling, in het algemeen of als lid van een bepaalde categorie.

2. In Hoofdstuk II wordt onderzocht *wat*, voor het recht, *een persoon is*. Vooral is van belang het antwoord op de vragen vanaf en tot wanneer iets of iemand persoon is en wat er gebeurt in de (juridisch) grijze zones voor- en nadien.

3. In de huidige stand van het recht beschikt elke persoon over eigen bijzondere mogelijkheden in het rechtsverkeer of krijgt hij er bijzondere beperkingen opgelegd, en wel op grond van:

- zijn nationaliteit,
- bepaalde persoonlijke eigenschappen of
- zijn betrokkenheid in bepaalde persoonlijke verhoudingen.

Het geheel van deze mogelijkheden en beperkingen in hoofde van een persoon wordt aangeduid als zijn staat. De *staat van de persoon* is het onderwerp van Hoofdstuk III.

4. Om reden van zijn unieke staat moet elke persoon met het oog op een vlot verloop van het rechtsverkeer als enkeling, onderscheiden van anderen, identificeerbaar zijn. Om dezelfde reden moeten de relevante wijzigingen in zijn rechtstoestand of in zijn identificatiegegevens worden geregistreerd. In het algemeen voor anderen kenbaar zijn

of iemand behoort tot een bepaalde categorie van personen aan wie in het rechtsverkeer bijzondere mogelijkheden worden toegekend of beperkingen opgelegd.

De regels over *identificatie* en *registratie en publiciteit* komen aan bod in Hoofdstuk IV en Hoofdstuk V.

5. In Hoofdstuk VI komt de bescherming van personen *in het algemeen* aan bod. Elke persoon wordt in zijn fysieke, psychische en morele eigenheid beschermd tegenover anderen. Op grond van de *persoonlijkheidsrechten* heeft hij aanspraken tegen anderen om iets te doen of niet te doen in verband met zijn persoonlijke ontwikkeling.

6. Vervolgens komt dan het statuut resp. de bescherming aan bod van personen die behoren tot een *bepaalde categorie* aan wie bijzondere mogelijkheden in het rechtsverkeer toekomen of beperkingen worden opgelegd.

Met steeds afnemend belang vormt ten eerste de nationaliteit van een persoon een element van staat, dat iemands mogelijkheden in het rechtsverkeer bepaalt. In Hoofdstuk VII komen de begrippen en beginselen in verband met de *Belgische nationaliteit* aan bod.

Geesteszieken kunnen mee op grond van hun geestesziekte feitelijk uit het rechtsverkeer worden verwijderd via een dwangopneming ('collocatie'). Daardoor worden hun mogelijkheden in het rechtsverkeer abstract gezien niet aangetast. Omdat echter de juridische vrijheid onbestaande is als men niet feitelijk vrij is, komt de *dwangopneming* van geesteszieken aan bod in Hoofdstuk VIII.

In het personenrecht worden personen voorts gecategoriseerd op basis van bepaalde persoonlijke kenmerken, zoals leeftijd en gezondheidstoestand. Aan deze categorieën van personen komt een bijzondere bescherming toe – meestal in de vorm van beperkingen in het rechtsverkeer, waaruit ze juridisch – maar niet feitelijk – worden verwijderd. De categorisering op basis van persoonlijke kenmerken noemt men de staat van de persoon als enkeling. Deze komt aan bod van Hoofdstuk IX tot Hoofdstuk XII.

Samenhang met familierecht

7. Op de stof uit dit boek wordt voortgebouwd in het boek *Familierecht in kort bestek*. Personenrecht enerzijds en familierecht anderzijds worden in bijna alle opleidingen in één opleidingsonderdeel samengebracht. Naast geschiedkundige redenen bestaan hiervoor ook formele en inhoudelijke redenen.

Een formele reden is dat personen- en familierecht in het B.W. door elkaar worden behandeld in art. 7-515 en 1387-1479.

Het Burgerlijk Wetboek bestaat uit drie Boeken, nl. Personen, Zakenrecht en Vorderingsrechten. Onder 'Personen' wordt ook de familie behandeld, en in de Boeken II en III komen ook zakenrecht en vorderingsrechten binnen de familie aan bod.

Beter ware geweest dat de wetgever zich in een eerste boek had beperkt tot het eigenlijke personenrecht, dat als basis kon dienen voor de andere boeken.

In dit scenario had ook een boek familie kunnen bestaan. Daarin zouden dan ofwel enkel de begrippen en beginselen ofwel alle verhoudingen – ook vermogensrechtelijke – tussen familieleden aan bod hebben kunnen komen.

Een inhoudelijke reden is de verwevenheid tussen personen- en familierecht. Zo is de familienaam van het kind (personenrecht) als regel die van de vader (familierecht), art. 335. Zo kunnen over minderjarigen (personenrecht) heel wat maatregelen van jeugdbescherming en jeugdbijstand (familierecht) worden getroffen. Deze verwevenheid valt dikwijls wel te reduceren tot de ‘hefboomfunctie’ van het personenrecht en het familierecht.

Hefboomfunctie

8. Het personenrecht heeft een ‘hefboomfunctie’ naar andere rechtstakken toe. Wat een persoon is en wat het statuut is van de persoon in het algemeen en van bijzondere categorieën van personen, is relevant voor het gehele recht(sverkeer). Als in andere rechtstakken bv. sprake is van een ‘persoon’ (bv. als belastingplichtige) of van een ‘minderjarige’ (bv. in het arbeidsrecht), dan worden daarmee doorgaans de algemene personenrechtelijke begrippen bedoeld. Om die reden is het van belang de basisbegrippen en -beginselen van het personenrecht goed te beheersen.

In het *familierecht* bestaat de genoemde hefboomfunctie ook, zij het dat die functie meer en meer verloren gaat. Elke mens heeft familiebanden: een meerderheid van de kinderen wordt tenslotte nog geboren uit een vrouw die (op natuurlijke wijze) door een man is bevrucht. De meeste mensen hebben ook gezinsbanden, zij het horizontaal als partner, zij het verticaal als ouder of als kind. Deze banden vormen een belangrijk maatschappelijk verschijnsel waarover daarom regelgeving bestaat, met name in het burgerrechtelijke familierecht. In vele andere rechtstakken wordt met familiebanden rekening gehouden. Zo worden bv. op fiscaalrechtelijk en sociaalrechtelijk vlak alleenstaanden anders behandeld dan families. Heel lang werd vanuit de andere rechtstakken in dit verband verwezen naar de burgerrechtelijke familierechtelijke begrippen. Die begrippen zijn ontstaan door categorisering. De categorieën die in 1804 in de *Code civil* zijn ingevoerd en nu nog grotendeels bestaan, zijn echter verouderd. De andere rechtstakken hebben daarom autonome familierechtelijke begrippen ingevoerd. De hefboomfunctie van het familierecht gaat daardoor teloor. Dit is in het algemeen geen goede evolutie. Omwille van de eenvormigheid moet aan het gemoderniseerde familierecht terug een hefboomfunctie toekomen.

De relativiteit van het recht

9. De lezer mag niet uit het oog verliezen dat de rechtstak die hier aan de orde is, slechts een onderdeel is van het rechtssysteem, dat op zijn beurt maar een onderdeel is van het maatschappelijk systeem, dat op zijn beurt wijzigt in tijd en ruimte.

10. Ik heb ten eerste al vermeld dat het familierecht, en in mindere mate het personenrecht, zijn hefboomfunctie tegenover de 'hulp'rechtstakken verliest. Die 'hulp'rechtstakken hebben autonome kapstokken ontwikkeld. Dat was zo omdat de kapstokken uit het familierecht niet meer volstonden. Bijvoorbeeld kende het Burgerlijk Wetboek als relatievorm enkel het huwelijk. In het socialezekerheidsrecht werd met het kostendelende karakter hiervan rekening gehouden bij de bepaling van de hoogte van bijslagen (hefboomfunctie). Om hogere uitkeringen te behouden, gingen velen dan ook ongehuwd samenwonen. Als reactie hierop is in het socialezekerheidsrecht de samenwoning en niet meer het huwelijk als autonome kapstok ingevoerd. Men merkt dus dat 'hulp'rechtstakken het 'moederrecht' beïnvloeden, doordat de nieuwe kapstokken hierin opnieuw worden gecategoriseerd als algemene regel.

11. 'Het recht' vormt ook maar één aspect van het maatschappelijke systeem, waarvan ook het biologische, economische, antropologische systeem deelsystemen zijn. Tussen de wetenschap van die andere deelsystemen en het rechtssysteem bestaat een wisselwerking. Het is evident dat het recht wordt beïnvloed door andere systemen, zoals het biologische. Voor het familierecht is bv. de sociobiologische wetenschap over voortplanting en koppelvorming van groot belang. Zo ook kan men vanuit (rechts-)economische hoek (de evoluties van) het recht verklaren.

Andersom is heel duidelijk dat het recht de andere deelsystemen beïnvloedt, bv. door bepaalde biotechnologische ontwikkelingen te verbieden.¹

Er bestaat veel betwisting over het antwoord op de vraag welke de verhouding moet zijn tussen de zonet beschreven descriptieve en prescriptieve functies van het recht. Ten slotte is ons maatschappelijke systeem, en daardoor het rechtssysteem, relatief in tijd en ruimte. Zaken wie wij nu van fundamenteel belang vinden, zoals de gelijkheid tussen mannen en vrouwen, was dat bij ons lang niet en is dat nu elders nog niet. Vooral in de rechtstechniek zijn hiervan vele voorbeelden te vinden. Dit zou moeten aanzetten tot bescheidenheid.

¹ Wet 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*, B.S. 28 mei 2003, die het reproductieve kloneren verbiedt.

De rechtsbronnen

12. De meeste *wetgeving* in verband met personen- en familierecht (www.belgielex.be) vindt men terug in de art. 7-515 B.W. Staat verder in deze tekst bij een wetsbepaling geen bron, dan wordt verwezen naar het Burgerlijk Wetboek.

Bij de invoering van het Gerechtelijk Wetboek (Ger.W.) in 1967 was het de bedoeling de rechtspleging rond het materiële personen- en familierecht daarin te regelen (art. 931 en 1232-1322 *octies* Ger.W.). De wetgever heeft zich niet systematisch aan deze belofte gehouden: heel wat rechtspleging is opgenomen bij de materiële bepalingen, met vele problemen tot gevolg. Wat de rechtspleging betreft, komen in dit boek de regels van materiële, territoriale en temporele bevoegdheid en de bijzondere procedures in personen- en familierecht aan bod. De betreffende passages zijn in een kleiner lettertype opgenomen waar ze niet tot de leerstof van de bachelorstudenten behoren. In toenemende mate is bijzondere wetgeving tot stand gekomen. Deze is in de meeste verzamelingen van wetten terug te vinden. Het gaat in hoofdzaak om:

- Jeugdbeschermingswet 8 april 1965
- Wetboek Belgische Nationaliteit 28 juni 1984
- Orgaantransplantatiewet 13 juni 1986
- Naamwet 15 mei 1987
- Wet Bescherming Persoon Geesteszieke 26 juni 1990
- Wet 28 mei 2002 betreffende de euthanasie
- Wet 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt
- Wet 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD financiën
- Wet 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's in vitro
- Wet 19 maart 2004 tot toekenning van het actief kiesrecht bij de gemeenteraadsverkiezingen aan vreemdelingen

13. Er is nu een dubbele evolutie waarin de federale Staat zijn bevoegdheid tot regelgeving in het personen- en familierecht verliest.

De eerste evolutie is er één naar boven.

De Belgische Staat is partij bij heel wat verdragen die in onze rechtsorde zijn of moeten worden uitgevoerd of minstens rechtstreekse werking hebben, zoals het Verdrag Mensenrechten en het Kinderrechtenverdrag. Over de draagwijdte van de rechtstreekse werking bestaat betwisting, meer bepaald of ook de interpretatie van verdragsbepalingen door supranationale rechtscolleges rechtstreekse werking heeft.

België is daarnaast lidstaat van de Europese Unie (<http://www.europa.eu.int/eur-lex/lex/nl/index.htm>), waaraan steeds meer bevoegdheden toekomen (in niet-economische aangelegenheden). Men merkt nu de opgang van het Europese

familierechtelijke internationaal privaatrecht, dat onvermijdelijk tot inmenging in materieel familierecht zal leiden.²

De tweede evolutie is er één naar beneden.

De federale overheid is bevoegd om de regels over burgerlijk recht uit te vaardigen. De gemeenschappen zijn daarentegen bevoegd inzake bijstand aan personen. De ruime uitlegging van die bevoegdheid zorgt voor een uitholling van de federale bevoegdheden. Minstens maken twee kapiteins op een schip dat schip stuurloos, zoals blijkt uit het jeugdbeschermingsrecht.

Van de deelstatelijke regelgeving zijn vooral van belang:

- de gecoördineerde decreten van 4 april 1990 inzake bijzondere jeugdbijstand;
- het Decreet van 21 november 2003 betreffende het preventieve gezondheidsbeleid;
- het Decreet van 16 januari 2004 op de begraafplaatsen en de lijkbezorging;
- het Decreet van 7 mei 2004 betreffende de integrale rechtshulp;
- het Decreet van 7 mei 2004 betreffende de rechtspositie van de minderjarige in de integrale rechtshulp;
- het Decreet van 15 juli 2005 tot regeling van de (binnenlandse en de) interlandelijke adoptie van kinderen.

14. Zowel op internationaal als op nationaal vlak neemt de *rechtspraak* een belangrijke plaats in wat betreft de ontwikkeling van het personen- en familierecht.

Op internationaal vlak is vooral de rechtspraak van belang van het Hof Mensenrechten (<http://www.echr.coe.int/>) en in mindere mate die van het Europese Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie (<http://europa.eu.int/cj/index.htm>). Ook zaken waarin België niet betrokken is, kunnen richtinggevend zijn.

Op nationaal vlak heeft het Arbitragehof (www.arbitrage.be) een voortrekkersrol opgenomen wat betreft de toepassing van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in het familierecht. Vooral de antwoorden op prejudiciële vragen zijn in dit verband van belang. De toetsingsbevoegdheid van het Arbitragehof was tussen 1989 en 2003 beperkt tot de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie. Een Bijzondere Wet van 9 maart 2003 heeft de bevoegdheid van het Hof fel uitgebreid. De toetsing aan art. 10 en 11 van de Grondwet is nu uitgebreid tot heel Titel II, De Belgen en hun rechten en tot art. 170, 172 en 191.

De doorwerking van fundamentele rechten en vrijheden in het familierecht, via de rechtspraak van de genoemde rechtscolleges, is niet louter een positief verhaal. De ‘blinde toepassing’ van de idealen van vrijheid en gelijkheid is soms niet afgestemd op de functies van zorg en bescherming die de familie als structuur moet vervullen en waardoor het Franse Revolutionaire ideaal van de broederlijkheid vorm krijgt.

² J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETMANS en F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2007.

De rechtspraak van de Raad van State (<http://www.raadvst-consetat.be/>) is van (beperkt) belang in administratieve procedures in het personen- en familierecht, bv. in verband met de naamsverandering.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie (http://www.juridat.be/cass/cass_nl/p1.php) is uiterst belangrijk in verband met rechtsontwikkelingen binnen open normen.

15. Sommige onderdelen van het personen- en familierecht zijn ontwikkeld in de rechtsleer vooraleer zij zijn toegepast in rechtspraak en ten slotte overgenomen in de regelgeving. Het gaat bv. om het leerstuk van de persoonlijkheidsrechten.

De relevante rechtsleer over bijzondere onderwerpen valt terug te vinden in juridische databanken. In de tekst hierna worden de voornaamste verwijzingen ook gegeven.

Algemeen kan naar de volgende basiswerken worden verwezen:

H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991.

J. GERLO, *Handboek voor familierecht – 1. Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003 en *2. Familiaal vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2004.

A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Mechelen, Kluwer, 2002.

Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005.

P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 9e ed., Leuven, Acco, 2006, 3 delen.

A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Précis du droit de la famille*, Brussel, Bruylant, 2004.

Hiernaast is de meeste wetgeving aan Nederlandstalige zijde artikelsgewijs become commentarieerd in de zogenaamde ‘Zwarte Banden’: A. HEYVAERT, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHOLDEN (red.), *Personen- en familierecht: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbladig.

Aan Franstalige zijde zijn uitstekende commentaren te vinden in de *Répertoire Notarial*, uitgegeven door Larcier.

HOOFDSTUK II. HET BESTAAN VAN DE PERSOON

Inhoud

II.1. Wie is persoon?	9
Rechtspersoonlijkheid / rechtssubjectiviteit	9
Natuurlijke personen en rechtspersonen in de enge zin	10
Rechtssubjecten en rechtsobjecten	10
II.2. Vanaf wanneer is iemand persoon?	11
Beginselen	11
De <i>infans conceptus</i> -regel en verder	13
II.3. Tot wanneer is iemand persoon?	15
II.4. Vermissing en afwezigheid	17
Vermissing	17
Afwezigheid	17

II.1. WIE IS PERSOON?

W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987.

Rechtspersoonlijkheid / rechtssubjectiviteit

16. Het begrip ‘persoon’ is een rechtsbegrip; het begrip ‘rechtspersoon’ (in de ruime zin) is er een synoniem van.

Onder ‘rechtspersoon’ verstaat men: elk wezen dat titularis kan zijn van rechten en plichten. Het gaat om een abstract begrip, dat straks verder wordt uitgewerkt.

Rechtspersonen zijn dus bestemmelingen van rechtsnormen die hen rechten toekennen of verplichtingen opleggen. Het zijn subjecten of onderwerpen met een actieve rol, te weten de uitoefening van deze rechten en de uitvoering van deze plichten. Een ander synoniem is daarom rechtssubject.

Natuurlijke personen en rechtspersonen in de enge zin

17. In ons recht bestaan er twee soorten rechtspersonen of rechtssubjecten: de natuurlijke of fysieke personen enerzijds en de rechtspersonen in de enge zin anderzijds.

18. Onder *natuurlijke of fysieke personen* verstaat men (enkel) mensen, van aan de geboorte tot aan het overlijden (zie verder).

In de aanloop naar en na de Franse revolutie is vooral aandacht gegaan naar de algemene en gelijke toekenning van de rechtssubjectiviteit aan elk menselijk wezen. Elke mens kan (abstract) op gelijke wijze deelnemen aan het rechtsverkeer (*liberté* en *égalité*). De slavernij, de standenmaatschappij en de burgerlijke dood zijn afgeschaft – art. 4.1 Verdrag Mensenrechten en art. 10 en 18 G.W.

Ten onrechte gaat er minder aandacht naar de vraag welk wezen wel of niet als mens in aanmerking komt. Voordien was die aandacht er wel, zowel op levensbeschouwelijk als op praktisch vlak. In DOMATs *Les loix civiles dans leur ordre naturel* vindt de geïnteresseerde lezer de civielrechtelijke kwalificatie van *monstres* zoals Siamese tweelingen en misvormde borelingen. Voor de oude praktische problemen biedt de medische wetenschap nu dikwijls een oplossing. De biotechnologische ontwikkelingen creëren wel vragen van een nieuwe aard, die de discussie over de definitie van de mens zullen doen herleven.

19. Naast de natuurlijke personen zijn er de *rechtspersonen in de enge zin* van het woord. Het gaat om juridische lichamen, geen natuurlijke, waaraan de wet beperkt rechtspersoonlijkheid toekent. Deze lichamen kunnen publiekrechtelijk (de Staat, de gemeenten, ...), privaat (nv, bvba, ...) of gemengd van aard zijn. Het rechtspersonenrecht in de enge zin van het woord maakt geen deel uit van het personenrecht; het komt aan bod in de leergang Vennootschappen, verenigingen en stichtingen.

Rechtssubjecten en rechtsobjecten

20. Tegenover de rechtssubjecten staan de rechtsobjecten. Het zijn – taalkundig – de voorwerpen, dit is al wat niet als onderwerp, dus zelfstandige drager van rechten en verplichtingen, wordt beschouwd. Rechtsobjecten zijn het voorwerp van rechten en plichten van rechtssubjecten. De rechtsobjecten zijn: de roerende en de onroerende goederen. Van de levende wezens wordt enkel de mens als rechtssubject beschouwd, de (andere) dieren als roerende of onroerende goederen (art. 524).

Nu moet het onderscheid tussen rechtssubjecten en rechtsobjecten wel worden gerelativeerd.

Eenzijds wordt aan vele rechtsoBJECTEN een vergaande juridische bescherming verleend, die er bijna rechtssubJECTEN van maakt. Zoals vermeld, is een mens maar rechtssubJECT van aan zijn geboorte tot aan zijn overlijden. Vóór de geboorte en na het overlijden komt er aan de ongeboren vrucht en aan het lijk, als object, wel een bijzondere rechtsbescherming toe. De verplichtingen die rechtssubJECTEN tegenover deze objecten worden opgelegd, wegen zo zwaar door dat de scheidslijn tussen subJECT en object niet meer duidelijk is. Ook levende organismen zoals dieren en planten krijgen in toenemende mate bescherming.³

Anderzijds hebben rechtssubJECTEN ook verplichtingen; deze worden opgelegd door de Staat of worden vrijwillig opgenomen tegenover andere rechtssubJECTEN. In het ondergaan of de uitvoering van verplichtingen zijn rechtssubJECTEN de objecten van andere rechtssubJECTEN. Zo zijn bv. in het huwelijk de echtgenoten (ook) wettelijk elkaars seksobject; zij moeten immers seksuele betrekkingen minstens gedogen.

II.2. VANAF WANNEER IS IEMAND PERSOON?

C. CASTELEIN, “De naam van het perinataal overleden kind”, *NjW* 2002, 408-413 – C. CASTELEIN en T. WUYTS, “What’s in a name. De moeilijke verhouding tussen juridische persoonlijkheid, akten van de burgerlijke stand, afstammingsrecht en naamrecht van perinataal overleden kinderen”, *T.P.R.* 2006, afl. 2 – E. DE KEZEL, “Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken”, *NjW* 2004, 546-551 – R. DALCQ, “L’embryon doit-il être traité comme une personne ou comme une chose?”, *J.T.* 2001, 675 – A. DE WOLF, “De rechtspositie van het doodgeboren kind en zijn ouder(s)”, *R.W.* 1998-99, 209-219 – Y.-H. LELEU, “La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro”, *Rev. trim. dr. fam.* 2003, 715-734 – Y.-H. LELEU en E. LANGENAKEN, “Quel statut pour l’embryon et le fœtus dans le champ juridique belge?”, in *The Belgian reports at the Congress of Brisbane of the International Academy of Comparative Law*, Brussel, Bruylant, 2002, 829-864 – N. MASSAGER, *Les droits de l’enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997.

Beginnelen

21. Een natuurlijke persoon wordt als regel rechtspersoon vanaf zijn geboorte als levende en levensvatbare mens.⁴

22. *Geboorte* is geen rechtsbegrip; de gewone taalkundige betekenis van het bevallen of baren – uit de baarmoeder komen – is richtinggevend (cf. art. 55).

De mens is *levend* (geweest) als hij enig teken van leven heeft gegeven, doorgaans als hij heeft in- en uitgeademd.

³ Zie algemeen A. CARETTE, *Herstel van en vergoeding voor niet-toegeëigende milieubestanden*, Antwerpen, Intersentia, 1997.

⁴ Art. 80bis en 331bis; vgl. art. 2, 23° Wet 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon, B.S. 18 mei 2004.

De mens is *levensvatbaar* als hij bij de geboorte de noodzakelijke (menselijke) eigenschappen bezit om minstens enige tijd zelfstandig in leven te blijven. Door de medische vooruitgang is deze voorwaarde feitelijk inhoudsloos geworden. Daarom wordt soms verwezen naar de (wettelijke) levensvatbaarheidsgrens van 180 dagen na de ‘verwekking’ (art. 326, zie verder), ongeacht of het kind in feite levensvatbaar is. Wellicht is het wachten op een betwisting van een grote erfovergang of een *wrongful birth*-vordering om de zaken op punt te stellen (zie verder). Een rechtszekere oplossing zou zijn, de voorwaarde van levensvatbaarheid af te schaffen (bv. in art. 331*bis*, 725, lid 2, 2° en 906).

23. De geboorte als levende en levensvatbare mens moet worden aangegeven bij de ambtenaar van de burgerlijke stand; de algemene en bijzondere regelingen – bv. voor vondelingen – liggen vervat in de art. 55-60. Bij die gelegenheid worden onder meer aan het kind zijn namen gegeven en worden doorgaans de afstammingsbanden vastgesteld.

24. Lange tijd was niets voorzien in verband met miskramen (geboorte vóór de volledige ontwikkeling van de foetus) of doodgeboren kinderen. Die gebeurtenis bleef juridisch neutraal. Afstammingsbanden kunnen ten eerste enkel worden gevestigd ten aanzien van een levend en levensvatbaar kind. Bij gebrek aan afstammingsband kon ten tweede ook geen familienaam worden toegekend: deze toekenning is immers een gevolg van de afstamming. Ten slotte werd de miskraam of de doodgeboorte niet geregistreerd.

De wet biedt nu een halve oplossing.

Is een kind doodgeboren of overleden vóór de *vaststelling* – niet de aangifte – van de geboorte, dan kan een akte van aangifte van een levenloos kind worden opgesteld, waarin voornamen aan het kind kunnen worden gegeven (art. 80*bis* B.W.).

Ook de gegevens “van de moeder en de vader” worden vermeld. Wie de moeder en de vader zijn, wordt uitgemaakt aan de hand van het afstammingsrecht, ook al wordt er geen afstammingsband gevestigd. Bijgevolg wordt de bevallen vrouw als moeder vermeld. Als vader wordt vermeld, de man die als (ex-)echtgenoot van de moeder van rechtswege vader zou zijn geweest of de man die niet gehuwd is met de moeder maar het kind prenataal heeft erkend. Bij gebreke van prenatale erkenning, kunnen zijn gegevens alsnog worden vermeld mits toestemming van de moeder.

Artikel 80*bis* laat dus niet toe het doodgeboren of vóór de vaststelling van de geboorte overleden kind een familienaam te geven of er afstammingsbanden mee te vestigen. De onmogelijkheid om een familienaam te geven die de biologische afstamming weerspiegelt, bijvoorbeeld via de vestiging van afstammingsbanden om, kan nochtans

in strijd zijn met het recht op bescherming van het privéleven of het gezinsleven van de ouders of het kind.⁵

Het toepassingsgebied van art. 80*bis* blijft beperkt tot miskramen of doodgeboortes na minstens 180 dagen of 26 weken zwangerschap.

Wel kunnen na 12 volle weken zwangerschap doodgeboren kinderen die de levensvatbaarheidsgrens niet hebben bereikt, op verzoek van de ouders worden begraven of gecremeerd.⁶

De *infans conceptus*-regel en verder

25. Het geboren kind heeft in de baarmoeder (en in de proefbuis) eerst een evolutie doorgemaakt van gameet (voortplantingscel, mannelijk of vrouwelijk), over zygoot (doorgaans nog versmelting van één mannelijke en één vrouwelijke gameet), via embryo (eerste stadium na bevruchting) tot foetus (ontwikkeld embryo).

Is het al die stadia een (gewoon) rechtsobject? Het antwoord is negatief, op twee vlakken.

26. In ons recht geldt nog het Romeinse adagium dat een kind vanaf de verwekking als geboren – dus als rechtssubject – mag worden beschouwd telkens (en enkel wanneer) dat in zijn belang is en op voorwaarde dat het nadien levend en levensvatbaar wordt geboren (*Infans conceptus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agitur*). Het kind wordt (weerlegbaar) vermoed te zijn ‘verwekt’ tussen de 300e en de 180e dag voor de geboorte én (binnen dat tijdvak) op het tijdstip dat voor hem het gunstigste is (art. 326). Met ‘verwekking’ wordt wellicht bedoeld: de nesteling van het embryo in de baarmoeder met het oog op de zwangerschap. Dit is bijvoorbeeld van belang ingeval een embryo na cryopreservatie (bewaring *in vitro* in bevroren toestand) pas maanden of jaren na de eigenlijke verwekking wordt ingeplant, of nog in geval van embryotransfer.

Wettelijke toepassingen van het adagium zijn te vinden in de art. 328, 2^e lid, 725 en 906: een verwekt kind kan worden erkend, het kan begunstigde zijn van een erfenis of van een gift.

⁵ Hof Mensenrechten nr. 77785/01, 2 juni 2005, Znamenskaya t. Rusland, www.echr.coe.int, §§ 23, 24 en 31.

⁶ Art. 15, § 2 Decreet Begraafplaatsen en Lijkbezorging.

27. Het adagium wordt ruimer toegepast dan dat. In de (buitenlandse) rechtspraak zijn toepassingen te vinden van zogenaamde *wrongful life*-vorderingen.⁷ In naam en voor rekening van het kind wordt een vordering tot schadevergoeding gericht tegen degene die aansprakelijk is voor een fout waardoor het kind gehandicapt is, zodat het beter niet had geleefd. Dergelijke fouten kunnen zelfs in de fase voor de conceptie liggen, zoals bij verkeerde genetische diagnoses. Voor fouten tijdens de zwangerschap is het een kwestie van tijd totdat ook hier vorderingen worden gericht tegen rokende of drinkende ouders. Tegen dergelijke vorderingen bestaan vele juridische en ethische bezwaren. Een ervan is de duidelijk eugenetische strekking van dergelijke aanspraken op een recht om niet te beginnen leven.

De *wrongful life*-vorderingen staan in verband met de *wrongful birth*-vorderingen. Het gaat om de vordering die de ouders zelf, op dezelfde gronden als de *wrongful life*-vordering, maar in eigen naam kunnen instellen tegen de persoon die aansprakelijk is voor de geboorte van hun kind, bv. de arts die een mislukte sterilisatie uitvoerde.

28. Soms wordt de beschreven ‘uitzondering’ op de *infans conceptus*-regel tot regel verheven en wordt de mens al vanaf zijn verwekking als rechtspersoon beschouwd. Deze stelling strekt er voornamelijk toe voor ‘het recht op leven van eenieder’ (art. 2 Verdrag Mensenrechten), ook de ongeboren vrucht als *eenieder* te beschouwen, zoals trouwens in art. 4.1 Amerikaans Verdrag Mensenrechten uitdrukkelijk gebeurt. Dat biedt bv. munitie tegen abortus en voor de verplichte implanting van overtallige embryo’s na gebruik van kunstmatige voortplantingstechnieken.

Men kan de ongeboren vrucht altijd, nooit of onder omstandigheden als zelfstandige rechtspersoon beschouwen. Het Hof Mensenrechten schijnt de eerste optie te verwerpen: het leven van de vrucht is onlosmakelijk met dat van de moeder verbonden en is er dus niet onafhankelijk van. In twee arresten over het toepassingsgebied van art. 2 Verdrag Mensenrechten weigerde het Hof een abstract antwoord te geven op de vraag of de ongeboren vrucht al dan niet als zelfstandig rechtssubject kan worden beschouwd.⁸ Bij gebreke van een Europese wetenschappelijke en juridische consensus over de materie, komt dit oordeel toe aan de Staten zelf.⁹ In een later arrest schijnt het

⁷ Het meest opzienbarend was wellicht het arrest-Perruche van Cass. fr. (plén.), 17 november 2000, www.courdecassation.fr (Grands arrêts de la Cour de cassation). De Franse wetgever stelde vervolgens een verbod in op *wrongful life*-vorderingen, dat door het Hof Mensenrechten echter in vraag werd gesteld in de mate het van toepassing was op hangende rechtsgedingen: Hof Mensenrechten (Grote Kamer), nr. 11810/03, 6 oktober 2005 en 21 juni 2006, Maurice t. Frankrijk, www.echr.coe.int.

⁸ Hof Mensenrechten nr. 53924/00, 8 juli 2004, Vo t. Frankrijk, www.echr.coe.int, § 74 e.v.

⁹ Hof Mensenrechten nr. 6339/05, 7 maart 2006, Evans t. Verenigd Koninkrijk, www.echr.coe.int, § 46.

Hof er wel van uit te gaan dat de doodgeboren vrucht geen zelfstandige rechtspersoonlijkheid heeft gehad.¹⁰

Wellicht ligt de aangewezen oplossing hierin, de ongeboren vrucht te beschouwen als beschermwaardig rechtsobject waarover de moeder (of anderen) niet (altijd) vrij kan/kunnen beslissen en beschikken. Dat schijnt de weg te zijn die de Belgische wetgever bewandelt, bv. door abortus als regel strafbaar te maken, zij het niet als doodslag (art. 350 Sw.), en door het gebruik van embryo's te regelen (Wet 11 mei 2003 Onderzoek op embryo's *in vitro*).

Ook de rechtspraak volgt deze weg. Het Hof van Cassatie oordeelde dat art. 2 Verdrag Mensenrechten ook de bescherming van het leven van het kind vóór de geboorte inhoudt.¹¹ Deze bescherming hoeft nochtans niet dezelfde te zijn als degene die toekomt aan personen na de geboorte.¹² Zij kan bv. de bescherming van zwangere vrouwen betreffen, op arbeidsrechtelijk vlak. Doordat de bescherming een andere aard heeft, kan men niet spreken van een recht op leven van de ongeboren vrucht (zoals dat recht voor geborenen wel bestaat).

De ongeboren vrucht kan, naar Belgisch recht, dus niet als een rechtssubject worden beschouwd.

II.3. TOT WANNEER IS IEMAND PERSOON?

29. De mens houdt als regel op rechtssubject te zijn bij zijn overlijden, waarna hij lijk wordt genoemd.

Van het overlijden wordt aangifte gedaan – zie art. 77 e.v.

30. Er bestaat geen wettelijke definitie van het begrip overlijden. Doodgaan is een proces; in dit proces dient men een ogenblik aan te duiden dat men als 'dood' aanziet. Sommigen stellen daartoe de klinische dood voor, dit is het eindigen van de natuurlijke hartslag en ademhaling. Anderen stellen de hersendood voor, dit is het eindigen van elke natuurlijke hersenfunctie, ook van de hersenstam. Welk feit als overlijden wordt aangezien, is deels een cultureel, deels een wetenschappelijk gegeven. Uit art. 78, tweede lid blijkt sinds een wetswijziging van 13 mei 2006 duidelijk dat de vaststelling van het overlijden in de praktijk uit handen wordt gegeven aan artsen. Die moeten zich gedragen naar de jongste stand van de medische wetenschap – zie bv. art. 11

¹⁰ Hof Mensenrechten nr. 77785/01, 2 juni 2005, Znamenskaya t. Rusland, www.echr.coe.int, § 24 (doodgeboren kind heeft geen recht op eerbiediging van privé- en gezinsleven los van dat van de moeder).

¹¹ Cass. 22 december 1992, R.W. 1993-94, 464, noot M. WOUTERS.

¹² Arbitragehof nr. 39/91, 19 december 1991, www.arbitrage.be.

Orgaantransplantatiewet. Dit is één van de vele voorbeelden van afstand van juridische beslissingen aan andere sectoren.¹³

31. Zoals de discussies over de beweerde rechten om te beginnen leven of juist niet te beginnen leven, bestaat er ook discussie over het beweerde recht om te sterven of juist niet te sterven en de beslissingsbevoegdheid hierover van de betrokkene en van anderen.

Het beweerde recht om niet te sterven, loopt uiteindelijk vast op de natuurwetten. Maar binnen een zekere marge kan iemand medisch tot over de grenzen van het natuurlijke tijdstip van overlijden worden geleid. Waar eindigt dan het recht op deze begeleiding? Vaststaat dat de overheid bij wege van algemene maatregel (de terugbetaling van) de toegang tot bepaalde gezondheidszorgen kan beperken. In individuele verhoudingen kan een arts niet worden verplicht een medische handeling te stellen die naar zijn oordeel geen curatief of preventief oogmerk heeft.

Een (onbeperkt) recht om te sterven is er evenmin. Tegen therapeutische hardnekkigheid van artsen kan men zich wel verweren door (in een voorafgaande wilsverklaring) behandelingen te weigeren (art. 8 Wet Patiëntenrechten). Hulp bij zelfdoding wordt als regel bovendien strafrechtelijk bestraft (art. 422*bis* Sw.). De Euthanasiewet laat hulp door een arts slechts in bepaalde gevallen toe. Zelfdestructief gedrag wordt daarbuiten soms als een 'geestesziekte' gekwalificeerd die kan leiden tot een dwangopneming (zie verder).

Al deze beperkingen aan het beslissingsrecht wanneer te sterven, worden verantwoord door het feit dat de mens in gemeenschap leeft en plichten heeft tegenover anderen.

32. De rechten en plichten van de overledene – behalve de persoonlijke – gaan over op diens wettelijke of aangeduide erfgenamen. Afhankelijk van de wijze van vererving is de gehoudenheid tot de plichten soms beperkt tot de omvang van de verkregen rechten.

Het overlijden doet er niet aan af dat de rechtstoestand – de staat – van de overledene op het ogenblik van diens overlijden nadien nog wordt vastgesteld, bv. de vaststelling van het vaderschap van een overleden man.

Ook bepaalde (onderhouds)vorderingen tegen 'de nalatenschap' zijn nog mogelijk (zie verder).

Ten slotte heeft een persoon nog een zekere zeggenschap over zijn overlijden heen, zowel wat betreft zijn vermogen (via testament, art. 967 e.v.) als over zijn persoon (bv. art. 6, 15 en 25 Decreet Begraafplaatsen en Lijkbezorging, art. 10 Orgaantransplantatie-

¹³ H. WILLEKENS, "De rol van het recht in de medicalisering van de maatschappelijke besluitvorming: abdicatie en organisatie", in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT, *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 11 e.v.

wet, schenking van het lichaam aan de wetenschap) en dat van bepaalde naasten (art. 392 en 488*bis*, b), § 4 betreffende de keuze van een voogd of bewindvoerder).

II.4. VERMISSING EN AFWEZIGHEID

V. GUFFENS, “De juridische situatie van de achterblijvende echtgenoot van een afwezige persoon: bondige schets van de problematiek”, *E.J.* 2005, 103-108 – Y. LELEU, “Enkele opmerkingen over afwezigen en vermisten en over de gerechtelijke verklaringen van overlijden”, *R.W.* 1994-95, 641-644.

Wetsontwerp tot wijziging van diverse bepalingen betreffende de afwezigheid en de gerechtelijke verklaring van overlijden, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-614/11; Wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de afwezigheid en de gerechtelijke verklaring van overlijden, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2615/1.

33. Wij weten nu wat de rechtspersoonlijkheid van natuurlijke of fysieke personen is en vanaf en tot wanneer deze loopt. Soms kan het overlijden niet worden vastgesteld bij gebreke van lijk; in andere gevallen kan het onzeker zijn of een bepaalde persoon ja dan neen nog in leven is. Voor deze gevallen bestaan de regelingen inzake vermissing resp. afwezigheid.

Vermissing

34. Een vermiste persoon is de persoon van wie men zeker weet dat hij is overleden, maar van wie men geen aangifte van overlijden kan doen bij gebreke van (identificeerbaar) lijk.

Voor bepaalde categorieën van vermisten bestaan er bijzondere regelingen voor de vaststelling van het overlijden.

Voor de anderen kan de rechtbank van eerste aanleg het overlijden vaststellen.¹⁴

Afwezigheid

35. Een afwezige is de persoon die niet meer verschijnt in zijn woon- of verblijfplaats en van wie men geen nieuws meer heeft (art. 115), zodat het onzeker is of hij ja dan neen nog in leven is.

In zo een geval kan een progressief systeem van rechtsbescherming in werking treden. Bijzonder hieraan is het gebrek aan bepalingen in verband met het overlijden – een afwezige overlijdt (juridisch) niet. Na verloop van (voldoende) tijd, dient dus de regeling inzake vermisten te worden toegepast.

¹⁴ Via de procedure tot verbetering van een akte van de burgerlijke stand (art. 1383-1385 Ger.W.)

36. De regeling over de afwezigheid is uitgewerkt in tijden van verre oorlogen en gebrekkige communicatie. Het aantal toepassingen is dan ook beperkt. Niet zoveel mannen gaan nog een pakje sigaretten kopen zonder terug te keren.

Bij de regeling gaat er onevenredig veel aandacht naar de verzekering van de rechten van de afwezige, ten nadele van deze van de achterblijvers.

Om die redenen is modernisering aangewezen. Deze modernisering zal er op korte termijn komen.

37. In de rechtsbescherming van de *goederen* moet een onderscheid worden gemaakt tussen reeds verkregen rechten voor de afwezigheid en de nadien te verkrijgen rechten.

Voor de *reeds verkregen rechten* geldt een drietrapsregeling.

1/ Als men vermoedt dat iemand afwezig is, kan aan de rechtbank worden gevraagd voorlopige beheersmaatregelen te bevelen als er geen lasthebber is en om een notaris aan te wijzen voor vertegenwoordiging in notariële aangelegenheden. Elke belanghebbende kan de vordering instellen (art. 112-114).

2/ Krijgt men al vier jaar geen nieuws meer – tien jaar als de vermoede afwezige een lasthebber aanstelde – dan kunnen de vermoedelijke erfgenamen een verklaring van afwezigheid alsook de voorlopige inbezitstelling van de goederen van de afwezige vragen (art. 115-119 en 120-128). De voorlopige inbezitstelling geeft hun enkel beheers- en genotsrechten. Daden van beschikking kunnen zij niet stellen en ze zijn ook tot teruggave gehouden van de goederen en soms ook de vruchten bij terugkeer van de afwezige of bij bewijs dat hij in leven is (art. 131).¹⁵ Om die teruggave te waarborgen, zijn ze verplicht tot boedelbeschrijving en tot borgstelling.

De rechten van (andere) vermoedelijke erfgenamen kunnen worden gedwarsboomd door de echtgenoot, die bij voorrang de verderzetting kan vorderen van het huwelijksvermogensstelsel en ook het beheer kan vragen van de eigen goederen van de afwezige.

3/ Dertig jaar na de voorlopige inbezitstelling of honderd jaar na de geboorte van de afwezige, kan door de erfgenamen de definitieve inbezitstelling worden gevraagd. Keert de afwezige nadien toch nog terug, dan kan hij enkel nog de tegenwaarde vorderen van zijn goederen die al zijn vervreemd. De vruchten van die goederen kan hij niet meer terugvorderen.

¹⁵ Wat daden van beheer en daden van beschikking zijn en wat het genotsrecht inhoudt, komt aan bod in Hoofdstuk IX.

Rechten die de afwezige pas toekomen *na zijn verdwijning* ('eventuele rechten'), worden verdeeld alsof hij was overleden. Binnen de gewone verjaringstermijnen kan de teruggekeerde afwezige nog wel zijn rechten opeisen (art. 135-138).

38. Wat betreft *de persoon* is in een regeling voorzien in verband met het huwelijk en in verband met afstamming en gezag.

Aangezien de afwezige niet is overleden, blijft zijn huwelijk bestaan. Echtscheiding behoort, wegens zijn afwezigheid, niet tot de mogelijkheden. De procedure tot echtscheiding verloopt immers op tegenspraak of op verzoek van beide echtgenoten. Wegens het bigamieverbod kan de achterblijvende echtgenoot dus niet opnieuw huwen of wettelijk gaan samenwonen. Is de overblijvende echtgenoot ondanks het verbod toch kunnen huwen, dan kan enkel de afwezige echtgenoot of een gevolmachtigde de nietigheid van het huwelijk op grond van bigamie vragen (art. 139). Voor de wettelijke samenwoning is geen nietigheidsregeling uitgewerkt.

Blijkt uit een vonnis van verklaring van afwezigheid dat een kind werd geboren meer dan 300 dagen na de verdwijning van de echtgenoot van de moeder, dan wordt die echtgenoot in afwijking van de algemene regel niet als vader beschouwd (art. 316). De latere terugkeer van de afwezige of het bewijs dat hij in leven is, verandert daar niets aan: op het ogenblik van de verwekking was hij er niet. Voor alle kinderen geldt dat de achterblijvende ouder alleen het ouderlijk gezag uitoefent (art. 375). Is het juist de enige (resterende) ouder die verdwijnt, dan wordt zes maanden na zijn verdwijning de voogdij voorlopig georganiseerd (art. 142). De eigenlijke voogdij ontstaat vanaf de vaststelling van het vermoeden of de verklaring van afwezigheid (art. 389).

39. De procedures (art. 112-119 en 129 en art. 1226-1227 Ger.W.) worden gevoerd voor de rechtbank van eerste aanleg, op eenzijdige verzoekschriftprocedure, die niet door een advocaat moet worden ondertekend. Bij gebreke van territoriale bevoegdheidsbepaling, is wellicht de rechtbank van de laatste woon- of verblijfplaats van de afwezige bevoegd.

HOOFDSTUK III. DE STAAT VAN DE PERSOON

Inhoud

III.1. De staat	21
Rechtsbegrippen	21
Invulling	23
Kenmerken	24
Bedenkingen	26
III.2. De vorderingen van staat	27
Begrip	27
Kenmerken van de vorderingen van staat	28
III.3. Het bezit van staat	29
Begrip	29
Functies	30

III.1. DE STAAT

F. SWENNEN, “Bedenkingen bij het rechtsbegrip ‘staat van de persoon’”, in *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 59-76.

Rechtsbegrippen

40. Ik heb de *rechtssubjectiviteit* hierboven omschreven als de *abstracte* mogelijkheid titularis te zijn van rechten en plichten. Deze mogelijkheid komt op gelijke wijze toe aan iedereen.

41. Het voorgaande betekent niet dat elk rechtssubject van alle of dezelfde rechten en plichten titularis kan zijn. De juridische mogelijkheid van *bepaalde* rechten en plichten titularis te zijn, noemt men de *rechtsbekwaamheid*. Het gaat nog steeds om de abstracte mogelijkheid titularis te zijn van een *bepaald* recht of *bepaalde* plicht, niet

om het concrete antwoord op de vraag of men het ook is. Zo kan men rechtsbekwaam zijn een erfenis te ontvangen (abstract), zonder al daadwerkelijk erfgenaam te zijn geweest (concreet). Als regel is de rechtsbekwaamheid in ons recht algemeen. De bijzondere rechtsonbekwaamheden komen aan bod in Hoofdstuk XI.

42. Dat een rechtssubject van bepaalde rechten en plichten titularis is, betekent nog niet dat hij deze zelf en zelfstandig mag uitoefenen. De abstracte mogelijkheid dat te doen, noemt men de *handelingsbekwaamheid*.

Soms is men feitelijk niet geschikt rechten en plichten zelf en zelfstandig uit te oefenen of bestaat het gevaar dat men door die uitoefeningen schade zou toebrengen aan derden. Voor die gevallen bestaat de *handelingsonbekwaamheid*, dit is de juridische toestand die de zelfstandige uitoefening van rechten verbiedt. Zo is een minderjarige wel rechtsbekwaam om te erven, maar hij mag de nalatenschap die hem zou toekomen niet zelf aanvaarden. Iemand anders doet dat in zijn plaats (art. 378, § 1, eerste lid en 410, § 1, 5°). De handelings(on)bekwaamheid komt aan bod vanaf Hoofdstuk IX. In termen van rechtsbekwaamheid gedefinieerd, is de handelingsbekwaamheid de rechtsbekwaamheid om zelf en zelfstandig de rechten en plichten uit te oefenen waarvan men titularis is.

43. De globale rechtstoestand van een persoon, met als inhoud het geheel van de rechtsonbekwaamheden, handelingsbekwaamheden en rechten en plichten, komt tot uiting in zijn vermogen en zijn staat.

Het *vermogen* van een persoon is het geheel van zijn in geld waardeerbare rechten en plichten.

De *staat van de persoon* is de rechtstoestand van een persoon zoals deze voortvloeit uit zijn rechts- en handelings(on)bekwaamheid. Zijn rechts- en handelings(on)bekwaamheid hangt af van persoonlijke eigenschappen of van persoonlijke verhoudingen waarin hij is betrokken en op basis waarvan hij in een categorie van personen wordt ingedeeld. Aan de zo samengestelde categorieën van personen, bv. 'minderjarigen', 'geesteszieken', 'gehuwden', worden in het rechtsverkeer bijzondere mogelijkheden toegekend of beperkingen opgelegd.

De relevante persoonlijke eigenschappen voor categorisering noemt men *elementen van staat*.

De relevante verhoudingen voor categorisering worden *verhoudingen van staat* genoemd.

Ik ga er meteen op in.

Door de categorisering worden aan deze elementen en verhoudingen rechtsgevolgen gehecht die iemands rechtstoestand bepalen. Deze bepaling gebeurt abstract, dit wil zeggen dat men *idealiter* louter op basis van iemands toebehoren tot een categorie op voorhand weet welke zijn rechtstoestand is. In die zin vloeit de *abstracte* (on)bekwaamheid voort uit de staat. Veronderstelt een bepaalde eigenschap een *concreet*

onderzoek naar de weerslag ervan op de rechtstoestand, dan gaat het niet om een element van staat. Het gaat bv. om het onderzoek naar de weerslag van dronkenschap op de geldigheid van een rechtshandeling (zie ook verder).

Invulling

44. De elementen en verhoudingen van staat leiden tot de driedeling van de staat van de persoon in de natie, de staat van de persoon als enkeling en de staat van de persoon in de familie.

De *staat van de persoon in de natie* bepaalt iemands rechtstoestand tegenover de overheid. Het relevante element van staat daarvoor is zijn nationaliteit of verblijfstitel in ons land. De nationaliteit wordt behandeld in Hoofdstuk VIII. De verblijfstitels van vreemdelingen – dit zijn alle niet-Belgen – in België en de rechtsgevolgen daarvan, komen aan bod in de bijzondere studie Migratie- en migrantenrecht.

De *staat van de persoon als enkeling* bepaalt iemands rechtstoestand in het rechtsverkeer in het algemeen. Hier zijn de relevante elementen van staat bepaalde fysieke of psychische eigenschappen. Meest van belang zijn de *leeftijd* – met de minderjarigheid als categorie – en de *gezondheidstoestand* – met de dwangopneming en de onbekwaamheid als categorieën. De staat van de persoon als enkeling komt vanaf Hoofdstuk IX aan bod.

Ten slotte is er de *staat van de persoon in de familie*. Sommige persoonlijke verhoudingen waarin iemand is betrokken, bepalen zijn rechtstoestand in het rechtsverkeer in het algemeen en tegenover de andere personen in de verhouding in het bijzonder. Tot voor enkele decennia was het eenvoudig te bepalen om welke verhoudingen het ging. Enkel de bij wet geregelde ‘vleselijke’ verhoudingen kwamen in aanmerking, zijnde koppelvorming door huwelijk en voortplanting binnen dit huwelijk. Door de loskoppeling van koppelvorming en voortplanting en doordat noch koppelvorming noch voortplanting nog noodzakelijkerwijze ‘vleselijk’ verloopt, liggen de zaken nu wat moeilijker. De verhoudingen van staat en de rechtsgevolgen ervan komen aan bod in *Familierecht in kort bestek*.

45. Naast de voorgaande bijzondere invullingen van de rechtstoestand, worden andere mogelijkheden in het rechtsverkeer zonder categorisering op gelijke wijze aan iedereen toegekend, zodat ze van ieders staat deel uitmaken. Voor het personenrecht zijn op dit vlak voornamelijk de persoonlijkheidsrechten van belang, waarover meer in Hoofdstuk VII.

46. Voor het personen- en familierecht is enkel de *burgerlijke staat van de persoon* van belang.

In het burgerlijk recht wordt daarnaast gecategoriseerd op basis van vermogensrechtelijke eigenschappen of verhoudingen, zoals de rechtstoestand van eigenaars van onroerende goederen.

In andere rechtstakken wordt ook gecategoriseerd op grond van persoonlijke of vermogensrechtelijke eigenschappen. Denken we bijvoorbeeld aan de hoedanigheid van handelaar in het handelsrecht of het bijzondere statuut van weduwen, invaliden, gepensioneerden en wezen (WIGW) in het socialezekerheidsrecht.

Die andere 'staten' blijven verder buiten beschouwing.

47. Wat elementen en verhoudingen van staat zijn, is ook vatbaar voor *evolutie*.

Vroeger was voor de bepaling van de rechtstoestand bv. (meer dan nu) relevant

- welk geslacht men had – bv. nog art. 143, tweede lid,
- tot welk zogenaamd ras men behoorde,
- of men geestelijke was – bv. nog art. 909,
- of van adel was – nu art. 10 en 113 G.W., enz.

In het algemeen evolueert ons recht onder verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel – onterecht – naar een eenheidsworst, waar elke categorisering uiteindelijk achterwege zou blijven. Ik kom hierop nog terug.

Kenmerken

48. In het wegverkeer bestaan er bijzondere verkeersregels voor bepaalde categorieën van weggebruikers, die voor elk van deze gebruikers op eenzelfde wijze toepasbaar zijn. Die gelijke toepasbaarheid wordt met verkeerstekens verduidelijkt. Een witte L op een blauwe achtergrond tegen het achterraam, wijst ons bv. op de verkeersbeperkingen opgelegd aan de betreffende wagen.

De regeling over staat van de persoon bepaalt op vergelijkbare wijze iemands rechtstoestand in het rechtsverkeer op grond van categorisering. Die rechtstoestand is doorgaans tegenstelbaar aan alle andere deelnemers aan het rechtsverkeer. Dit wil zeggen dat de bijzondere mogelijkheden of beperkingen in het rechtsverkeer door iedereen moeten worden gerespecteerd, ook zonder contractuele afspraak in die zin. Voor een vlot en rechtszeker verloop van het rechtsverkeer moet daarom voor alle deelnemers kenbaar zijn of iemand tot een bijzondere categorie behoort (hierover Hoofdstuk VI) en wat daarvan dan de – liefst eenvormige – gevolgen zijn.

49. In dit verband vertonen alle elementen en verhoudingen van staat vergelijkbare kenmerken, waaruit een juridisch regime van de staat van de persoon kan worden afgeleid. De kenmerken van de (elementen en verhoudingen van) staat zijn de volgende.

1/ De staat van de persoon is bepalend voor het vlotte verloop van het rechtsverkeer en raakt daarom de *openbare orde*.

Dit betekent dat de betrokkenen niet door middel van contractuele afspraken kunnen afwijken van de wettelijke regeling in verband met de staat van de persoon, behalve in de mate dat de wet dit toelaat (art. 6). Van aanvullende en dwingende wetsbepalingen kunnen de betrokkenen wel in meerdere resp. mindere mate afwijken. In het openbare ordekarakter ligt het voornaamste onderscheid tussen status en (zuiver) contract.

De volgende kenmerken vloeien voort uit het openbare ordekarakter.

2/ Eerst en vooral is de staat van de persoon *strikt persoonlijk*; eenieder heeft een unieke staat of rechtstoestand.

3/ Deze staat is *tegenstelbaar* aan iedereen.

4/ De staat is *wettelijk bepaald*.

Daarmee wordt enerzijds bedoeld dat de verkrijging van een bepaalde staat enkel volgens de wet kan gebeuren. Het volstaat bv. niet een kind te hebben verwekt om de juridische staat van ouder en van kind te verkrijgen; hiertoe moet eerst de afstammingsband wettelijk zijn vastgesteld.

Anderzijds is het de wet die de rechtsgevolgen van elementen en verhoudingen van staat bepaalt, of toelaat in welke mate men deze zelf kan bepalen. Zo bestaat het huwelijksrecht deels uit dwingende, deels uit aanvullende bepalingen.

5/ Om redenen van rechtszekerheid zijn elementen van staat *enkelvoudig en ondeelbaar*. Enkelvoudig wil zeggen dat men een bepaalde staat heeft of niet heeft. Men kan niet zowel gehuwd als vrijgezel zijn; men kan niet zoon zijn in oorspronkelijke afstamming zowel van Jan als van Jef.

Met ondeelbaar is bedoeld dat een bepaalde staat steeds een vooraf bepaalde inhoud heeft. De adoptie creëert bv. steeds een ouder-kindrelatie tussen de adoptant en de geadopteerde en bv. geen grootouder-kleinkindrelatie.

6/ De elementen van staat zijn *buiten de handel*; men kan er niet over contracteren dan voor zover de wet toelaat.

7/ De elementen van staat zijn niet vatbaar voor verkrijgende of uitdovende *verjaring*. Het loutere tijdsverloop blijft *op zichzelf* zonder invloed op iemands rechtstoestand. Samenwoners zijn bv. (nog) niet gehuwd nadat ze jaren als gehuwden samenwoonden. Het voorgaande neemt niet weg dat bepaalde *vorderingen* m.b.t. de staat wel verjaarbaar kunnen zijn. Bovendien speelt het bezit van staat soms toch – maar niet op zichzelf – een rechtscreërende rol (zie punt III.3).

Bedenkingen

50. Rechtszekerheid vereist dat het aantal categorieën van personen met bepaalde rechten en verplichtingen wordt *beperkt* en dat binnen eenzelfde categorie wordt gezorgd voor een *eenvormig* statuut.

Dat blijkt nu niet meer zo te zijn.

Er is in het algemeen een egaliserende evolutie in ons recht.

Die houdt ten eerste in dat de rechtstoestand van bepaalde categorieën wordt uitgebreid tot andere categorieën (bv. huwelijk – wettelijke samenwoning) of zelfs tot feitelijke situaties (bv. huwelijk – feitelijke samenwoning).

Ten tweede worden rechtsverkeersbeperkingen meer en meer opgeheven door emancipatorische bewegingen.

Ten derde impliceert de emancipatie dat ook binnen eenzelfde categorie van personen geen eenvormigheid van statuut meer bestaat. Zo hangt de inhoud van de onbekwaamheid van minderjarigen deels af van het concrete oordeel over het ‘onderscheidingsvermogen’, zodat de ene minderjarige wel en de andere niet zal mogen optreden in het rechtsverkeer. Ook is het aantal statuten van onbekwaamheid over meerderjarigen veelelvoudig en is de mogelijkheid van een onbekwaamheid op maat ingevoerd. Over beide zaken meer in Hoofdstuk XIII.

Dit alles maakt dat de staat van de persoon een concreet begrip wordt dat een concreet onderzoek noodzaakt. De erosie van het abstracte rechtsbegrip zorgt voor een stroever en onzekerder rechtsverkeer.

51. Rechtszekerheid veronderstelt ook *stabiliteit*: de staat wordt door de wet bepaald en mag niet lichtzinnig vatbaar zijn voor wijziging. Ook dat is in de praktijk niet meer het geval. Door de egaliserende evolutie kunnen de resten van categorisering sneller aan de eigen en soepele invulling door de betrokkenen zelf worden gelaten. Dat is bv. duidelijk in het huwelijksrecht. Als het huwelijk als categorie minder belangrijk wordt doordat gehuwden en andere koppels aan dezelfde regels worden onderworpen, kunnen de toegang tot het huwelijk en de beëindiging ervan worden versoepeld en kan de huwelijks staat dus eenvoudiger worden gewijzigd.

52. Rechtszekerheid veronderstelt ten slotte *publiciteit*. Iemands rechtstoestand moet kenbaar zijn voor iedereen. Dat kan ofwel gebeuren door de enkelvoudigheid en ondeelbaarheid van de staat te waarborgen. Ofwel moet bij gebreke daarvan worden voorzien in een goede publiciteit, bv. door gezagsregisters, onbekwaamheidsregisters e.d.m. Daarvan is vooralsnog geen sprake (zie Hoofdstuk VI).

53. De beschreven evoluties doen niet af aan het feit dat er altijd enige mate van categorisering nodig zal zijn. Wel is duidelijk dat de huidige categorieën van het

Burgerlijk Wetboek verouderd zijn en niet meer beantwoorden aan de maatschappelijke realiteit. De huidige chaos zal – hopelijk – evolueren naar een stabiele toestand met nieuwe relevante categorieën.

III.2. DE VORDERINGEN VAN STAAT

K. UYTTERHOEVEN, “Het onderscheid tussen de vorderingen van staat en de vorderingen tot verbetering van een akte van de burgerlijke stand m.b.t. interseksuelen en transseksuelen”, *T.B.B.R.* 2000, 44-47.

Begrip

54. Tussen burgers onderling of tussen een burger en de overheid kan betwisting ontstaan over (de afwezigheid van) een element of een verhouding van staat, bv. of iemand al dan niet als Belg of als gehuwd moet worden beschouwd.

Ook in afwezigheid van betwisting, kan de vaststelling of wijziging van een element of verhouding van staat daarnaast afhankelijk worden gesteld van een rechterlijke tussenkomst, bv. om de echtscheiding door onderlinge toestemming uit te spreken. Al de betreffende rechtsvorderingen noemt men vorderingen van staat.

55. Vorderingen van staat zijn rechtsvorderingen die ertoe strekken een element of verhouding van staat te doen vaststellen of te wijzigen.

Vorderingen waardoor een element of verhouding van staat wordt *vastgesteld*, noemt men *declaratieve vorderingen van staat*. Ze verklaren, met terugwerkende kracht tot op het relevante ogenblik (*ex tunc*), welke de rechtstoestand van een persoon is vanaf dat ogenblik. Binnen deze vorderingen wordt een verder onderscheid gemaakt:

1/ Met vorderingen tot *inroeping* van de staat wordt getracht de aanwezigheid van een element of verhouding van staat aan te tonen. Het typevoorbeeld is de vordering tegen de verwekker van een kind tot vaststelling van zijn vaderschap.

2/ De bedoeling van vorderingen tot *betwisting* van de staat is de juistheid in vraag te stellen van een bestaande vaststelling van een element of verhouding van staat. Hieronder valt bv. de echtgenoot die zijn vaderschap wil ontkennen over het kind van zijn overspelige echtgenote.

Vorderingen waardoor een element of verhouding van staat naar de toekomst toe wordt *gewijzigd*, noemt men *constitutieve vorderingen van staat*. Deze wijziging gebeurt vanaf de beslissing, dus niet met terugwerkende kracht (*ex nunc*). Typevoorbeelden zijn de vordering tot echtscheiding, waarbij de staat van gehuwde wordt gewijzigd naar de staat van echtgescheiden persoon, of vorderingen tot verkrijging van de Belgische

nationaliteit, waarbij de oude nationaliteit wordt vervangen door of aangevuld met de Belgische.

56. *Vorderingen tot verbetering van akten van de burgerlijke stand* zijn geen vorderingen van staat. Bij deze vorderingen gaat het erom een vergissing in een akte van de burgerlijke stand, bv. een verkeerd gespelde naam of een verkeerd vastgesteld geslacht, recht te zetten. Zij strekken niet tot vaststelling of wijziging van de staat en zijn overigens aan andere regels onderworpen (art. 101 en art. 627, 7° en 1383-1385 Ger.W.).

Wel wordt van dit soort vorderingen soms oneigenlijk – als vordering van staat – gebruik gemaakt, bv. om het overlijden van een vermiste vast te stellen (hierboven onder III.4) of om het geslacht van de transseksueel te laten verbeteren (hierna V.4).

57. Verhoudingen van staat doen plichten tegenover anderen (binnen of buiten de verhouding) ontstaan. De vordering die de veroordeling tot naleving van zo een plicht nastreeft, is geen vordering van staat, ook al is ze op de staat gebaseerd. Zo is de vordering tot vaststelling van het vaderschap een declaratieve vordering tot inroeping van staat. Uit het vaderschap vloeit een onderhoudsplicht voort (art. 203, 205 en 207). De onderhoudsvordering is zelf geen vordering van staat.

Kenmerken van de vorderingen van staat

58. Logischerwijze volgen de kenmerken van de vorderingen van staat die van de staat.

1/ De vorderingen van staat raken de *openbare orde*; een aantal andere kenmerken vloeien hieruit voort.

2/ Vordering van staat zijn *strikt persoonlijk*. Hieruit vloeien vier gevolgen voort.

Op de eerste plaats zijn vorderingen van staat *toegewezen*. Dit betekent dat de vorderingen enkel kunnen worden uitgeoefend door de rechtstreeks betrokkenen. Zo kan de echtscheiding enkel door de echtgenoten worden gevorderd en niet door hun ouders of het Openbaar Ministerie. Hoogst uitzonderlijk heeft het Openbaar Ministerie een vorderingsrecht in het algemeen belang (art. 138, lid 2 Ger.W.).¹⁶

Op de tweede plaats zijn vorderingen van staat doorgaans *niet vatbaar voor vertegenwoordiging*. De hoogstpersoonlijke overwegingen die aan de vaststelling of wijziging van de staat ten grondslag liggen, bv. de beslissing tot echtscheiding, zouden niet plaatsvervangend kunnen worden gemaakt. In toenemende mate bestaan er wel uit-

¹⁶ F. SWENNEN en N. CALUWÉ, 'De (vorderings)rechten van het Openbaar Ministerie in burgerlijke zaken', in X., *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 75.

zonderingen op deze regel, bv. art. 232, lid 2 en 331*sexies*. Er is een evolutie naar een systeem van algemene vertegenwoordigbaarheid.

Een derde gevolg van het hoogstpersoonlijke karakter is de onmogelijkheid voor schuldeisers om vorderingen van staat plaatsvervangend uit te voeren (art. 1166).

Ten slotte zijn vorderingen van staat als regel *niet overerfbaar*. Soms kunnen ingestelde vorderingen wel worden voortgezet door de erfopvolgers: er is dan immers een beslissing door de rechtsvoorganger. Hoogst uitzonderlijk kan de vordering nog worden ingespannen door de erfopvolgers zelf (art. 318, § 2, 2^e lid).

3/ De staat is *buiten de handel*; men kan daarom niet contracteren een bepaalde vordering nooit te zullen instellen of daarvan afstand te zullen doen.

4/ Als regel zijn vorderingen van staat *onverjaarbaar*. Hierop bestaat wel een toenemend aantal uitzonderingen. Inzake afstammingsvorderingen is de verjaarbaarheid zelfs de regel (art. 331*ter*).

5/ De vorderingen van staat zijn aan een bijzondere *gerechtelijke regeling* onderworpen.

In principe is de *rechtbank van eerste aanleg* steeds bevoegd inzake de staat, art. 569, 1^o Ger.W. Dat is onder meer zo om de eenheid in de rechtspraak te bewaren en omdat bij de rechtbanken van eerste aanleg een Openbaar Ministerie is georganiseerd.

Een tweede bijzonderheid is de verplichte mededeling – soms op straffe van nietigheid – aan het *Openbaar Ministerie* van vorderingen van staat, art. 764, eerste lid, 1^o en tweede lid Ger.W. In het bijzonder wanneer er onbekwamen bij zijn betrokken, komt het Openbaar Ministerie in deze vorderingen tussen.

Ten slotte is er het probleem van de *tegenstelbaarheid aan derden*. Zoals vermeld, is de staat tegenstelbaar aan iedereen. Een probleem rijst wanneer deze staat voortvloeit uit een rechterlijke beslissing. Tussen de partijen heeft deze gezag van gewijsde (art. 23 Ger.W.). Tegenover derden komt, zoals bij andere authentieke akten, aan de inhoudelijke juistheid van de beslissing maar bewijskracht *juris tantum* toe. De algemene tegenstelbaarheid kan nochtans worden bepleit en is ook wenselijk, mee gelet op de mogelijkheden in verband met bewijs en tussenkomst waarover de rechter bv. bij afstammingsvorderingen beschikt (art. 331*octies* en 331*decies*, tweede lid, waarover meer in *Familierecht in kort bestek*). Derdenverzet zou dan enkel mogen openstaan voor wie ook in de oorspronkelijke vordering partij had kunnen zijn.

III.3. HET BEZIT VAN STAAT

Begrip

59. Bezit van staat is de uitoefening van rechten en uitvoering van plichten verbonden aan een bepaalde staat, ongeacht of men daarvan ook werkelijk titularis is. Het gaat om een feitelijke toestand.

60. Doorgaans worden de voorwaarden om van bezit van staat te spreken, gegroepeerd onder drie noemers *nomen*, *tractatus* en *fama* (cf. art. 331 *nonies* en art. 4, lid 3, W.B.N.).

Nomen is er als men de naam draagt die overeenstemt met de rechtstoestand waarvan men het bezit aanvoert, bv. de familienaam van de beweerde vader.

Met *tractatus* wordt bedoeld dat men door de rechtstreeks betrokkenen, bv. de overheid (art. 331 *nonies*, laatste streepje, art. 17 W.B.N.), wordt behandeld alsof men de betreffende staat heeft.

Dat men in het algemene maatschappelijke verkeer doorgaat als iemand met de betreffende staat, wordt *fama* genoemd.

Er is bezit van staat als voldoende convergerende gegevens een voortdurend en deugdelijk bezit van staat aantonen. Elementen uit de drie noemers mogen alternatief dan wel cumulatief voorhanden zijn.

Functies

61. In het vermogensrecht kan het bezit via de verjaring verkrijgende dan wel uitdovende werking hebben. In het personen- en familierecht is dat doorgaans niet het geval. De staat is immers buiten de handel en niet vatbaar voor verjaring. Het gedrag als gehuwde creëert (voorlopig nog) niet de huwelijkse staat; dat gehuwden zich niet als dusdanig gedragen, heeft ook niet hun echtscheiding tot gevolg.

Doorgaans heeft het bezit van staat een *bewijsfunctie* in het raam van een vordering van staat, zie bv. art. 314, 4^e lid en art. 324, 1^e lid.

Heel uitzonderlijk komt er ook een *rechtscreërende functie* aan toe.

Wie gedurende tien jaar het bezit van staat van Belg heeft, kan in geval van betwisting van zijn Belgische nationaliteit op grond van het bezit van staat aanspraak maken op de nationaliteit (art. 17 W.B.N.).

Is er bezit van staat als gehuwde, dan kunnen de echtgenoten niet meer de nietigverklaring van de akte van huwelijksvoltrekking vorderen (art. 196).

Soms resulteert het bezit van staat ook definitief in de juridische staat doordat het de vaststelling van de staat die niet met het bezit verenigbaar is, verhindert. In dit opzicht komt er evenzeer een rechtscreërende werking aan toe. Zo kan het juridische vaderschap van de echtgenoot van de moeder niet worden betwist ten voordele van dat van de verwekker, als er tussen de echtgenoot en het kind bezit van staat is ontstaan na verloop van enige tijd.

HOOFDSTUK IV. DE IDENTIFICATIE VAN DE PERSOON

Inhoud

IV.1. Inleiding	32
IV.2. Namen	32
2.1. De familienaam	33
Begrip	33
Eerste verkrijging	33
Latere wijzigingen	36
2.2. Voornaam	38
Begrip	38
Eerste verkrijging	39
Latere wijzigingen	39
2.3. Aard en kenmerken van familie- en voornaam	39
2.4. Buitengewone namen	40
IV.3. Woonplaats en verblijfplaats	41
3.1. Woonplaats	41
Gewone woonplaats	41
Bijzondere woonplaatsen	42
3.2. Verblijfplaats	43
Gewone verblijfplaats	43
Bijzondere verblijfplaatsen	43
IV.4. Geslacht	43
4.1. Algemeen	43
4.2. Interseksuelen en transseksuelen	45

IV.1. INLEIDING

62. Uit de vorige hoofdstukken is duidelijk geworden dat elke deelnemer aan het rechtsverkeer een unieke, persoonlijke rechtstoestand heeft die aan iedereen tegenstelbaar is. Deze rechtstoestand komt tot uiting in zijn staat en in zijn vermogen.

Met het oog op de vaststelling van de rechtstoestand door de overheid en met het oog op zijn contacten in het rechtsverkeer met de overheid en andere rechtssubjecten, moet elk rechtssubject daarom als individu identificeerbaar zijn.

‘Nummerplaat’ en ‘chassisnummer’ heten in het personenrecht: naam, woonplaats en geslacht.

De middelen tot identificatie zijn de juridische aanknopingspunten waardoor een persoon wordt geïndividualiseerd en gelokaliseerd. Daarbij staan overwegingen van sociaal nut voorop.¹⁷ Om die reden moeten de identificatiemiddelen in de regel ook onveranderlijk zijn.¹⁸

63. De staat van de persoon is de juridische schaduw bij elke fysieke persoon, die via de middelen tot identificatie wordt geïndividualiseerd. Door deze verbondenheid beschouwen sommigen de middelen tot identificatie mee als elementen van staat. Deze kwalificatie is naar mijn oordeel onjuist in de mate waarin de identificatiemiddelen niet iemands rechtstoestand mee bepalen.

64. In het algemeen neemt in ons recht de noodzaak tot individualisering af. In toenemende mate is er immers een egalisering. Is er wel nog een categorisering, dan wordt die veeleer concreet dan abstract. Ten slotte zijn er digitale middelen tot identificatie door de overheid uitgewerkt op basis van het rijksregisternummer. Om al die redenen wordt meer en meer afgeweken van de principiële onbeschikbaarheid en onveranderlijkheid van de traditionele elementen tot identificatie.

IV.2. NAMEN

C. AERTS, “Naamrecht en Arbitragehof”, *NjW* 2006, 392 – J. FIERENS, “Comment tu t’appelles?”, *R.R.D.* 2002, 11-43 – K. JACOBS, “*Nomen est omen*. Enkele beschouwingen over het naamrecht”, *C.D.P.K.* 1997, 460-462 – E. KRINGS, “De vordering tot verbetering van familienaam”, *T. Not.* 1987, 34-45 – Y. LELEU, “Le nom et les prénoms de l’enfant. Attribution, choix et changement”, in *10 années d’application du nouveau droit de la filiation*, 1998, 273 – W. PINTENS, *Naam*, in *A.P.R.*, Brussel, Story-Scientia, 1981 – J. SOSSON, “Une procédure peu connue: le changement de nom par la voie administrative. Conditions,

¹⁷ Arbitragehof nr. 161/2002, 6 november 2002, www.arbitrage.be; Arbitragehof nr. 82/2004, 12 mei 2004, www.arbitrage.be in verband met de naam.

¹⁸ Arbitragehof nr. 171/2005, 23 november 2005, *R.W.* 2005-06, 1536, noot C. AERTS in verband met de naam.

modalités et effets”, *Ann. dr. Louvain* 1994, 89-123 – S. THIELEN, “Protection posthume de nom patronymique et abus de droits de la personnalité”, *J.L.M.B.* 2001, 955-962.

65. De naam is het geheel van woorden en grafische tekens waardoor een rechtssubject kan worden geïndividualiseerd.

Elke natuurlijke persoon heeft verplicht een voornaam en een achternaam – dit zijn de gewone namen, met min of meer dezelfde kenmerken. Er zijn daarnaast nog een aantal buitengewone namen.

2.1. DE FAMILIENAAM

Zie, wat betreft de familierechtelijke component van navolgende regels, *Familierecht in kort bestek*.

Begrip

66. De familienaam is de naam waarmee een persoon als lid van een familie wordt geïdentificeerd. De familienaam heeft dus een dubbele functie van identificatie van een persoon en van aanduiding tot welke familie hij behoort.¹⁹ De afstamming langs vaderszijde is daarvoor het primaire aanknopingspunt. Vooralsnog heeft men doorgaans één familienaam, die in de regel dan ook de afstamming in de vaderlijke lijn aanduidt.

De familienaam is gemeenschappelijk aan een groep van personen – de familie – die zich daardoor onderscheidt van andere groepen van personen.

De familienaam is verplicht en wordt in de geboorteakte opgenomen.

Eerste verkrijging

67. De toekenning van de oorspronkelijke familienaam moet wegens de sociale functie van de familienaam op eenvoudige en eenvormige wijze gebeuren.²⁰

68. Is bij de geboorte van het kind de afstammingsband ten opzichte van beide ouders vastgesteld, dan krijgt het kind alleen de familienaam van de vader (art. 335, § 1).

Tot de Afstammingswet 2006 gold hierop een uitzondering zo het kind overspelig was langs vaderszijde, in welk geval het kind moedersnaam kreeg. Wegens de algemene regel van art. 334 is die verschillende behandeling opgeheven.

¹⁹ Hof Mensenrechten nr. 77785/01, 2 juni 2005, Znamenskaya t. Rusland, www.echr.coe.int, § 23, waarin overigens naar de biologische afstamming wordt verwezen die niet noodzakelijk met de juridische afstamming samenhangt.

²⁰ Arbitragehof nr. 171/2005, 23 november 2005, R. W. 2005-06, 1536, noot C. AERTS.

De voorkeur voor de vadersnaam ligt in de langdurige patriarchale organisatie van de samenleving. Vanuit het oogpunt van (geëmancipeerde) moeders is dit bekritiseerbaar. Maar omdat zij geen grondrecht hebben om hun familienaam door te geven, volstaat de kritiek voor het Arbitragehof²¹ niet om de regeling als discriminerend te beschouwen.

Wellicht verklaart het gebrek aan een valabel alternatief mee deze oplossing. Er wordt gedacht aan een dubbele familienaam, die deze van de vader en de moeder herneemt (met een streepje ertussen). Gebakkelei over de volgorde tussen de namen en het eventueel achtvoudige keuzerecht vanaf de tweede generatie, doorkruisen echter het vereiste van eenvoud en eenvormigheid. Ook is gedacht aan de invoering van een keuzerecht voor vadersnaam *of* moedersnaam. Deze piste werd verlaten omdat geen oplossing werd gevonden voor de hypothese waarin de ouders het niet eens geraken. Het meest praktisch zou zijn het kind steeds enkel de naam van de moeder te geven, nu deze meestal van bij de geboorte met voldoende zekerheid is gekend.

69. Staat de vaderlijke afstamming niet vast bij de geboorte, dan krijgt het kind de familienaam van de moeder, als die bekend is bij de geboorte (art. 335, § 2).

70. Is ook de moeder niet bekend, dan kent de ambtenaar van de burgerlijke stand de naam toe. Deze zal doorgaans verwijzen naar de omstandigheden waarin het kind wordt gevonden. Sommigen zijn nochtans van oordeel dat de naam de herkomst niet mag 'verraden' en stellen voor enkele voornamen toe te kennen waarvan de laatste als familienaam zal gelden.

²¹ Arbitragehof nr. 161/2002, 6 november 2002, www.arbitrage.be en Arbitragehof nr. 82/2004, 12 mei 2004, www.arbitrage.be.

De Standaard, 27 november 2006

**Essense oma wordt voorlopige voogd van Jasper
*Burgemeester Essen geeft vondeling een naam***

ANTWERPEN – José Eist (65), moeder van twee en oma van vier kinderen, wordt de voorlopige voogd van Jasper Van Essen, de baby die zondag in het station van Essen werd gevonden. Eist is al twaalf jaar OCMW-raadslid in Essen. Haar kandidatuur werd vanavond goedgekeurd door de bijzondere OCMW-raad.

Van over heel het land stromen intussen telefoontjes binnen van gezinnen die de baby willen adopteren. Het zou al om een twintigtal telefoontjes gaan. Het lot van de kleine Jasper is echter in handen van een jeugdrechter die zal beslissen of de baby in een pleeg- of een adoptiegezin terechtkomt.

Naam

De baby die zondag te vondeling werd gelegd aan het station van Essen heeft sinds vanmorgen ook een naam: Jasper Van Essen. Burgemeester Frans Schrauwen heeft de baby ook aangegeven bij de burgerlijke stand van de gemeente Essen.

“We hebben de naam gekozen in samenspraak met politie-officier Marc Jaspers die de zaak opvolgt”, legt Schrauwen uit. “Mijnheer Jaspers heeft mij overigens verzekerd dat Jasper in zeer goede gezondheid verkeert en dat het een mooi kindje is”, aldus nog Schrauwen die mogelijk vandaag nog op babybezoek gaat in het ziekenhuis van Brasschaat.

De baby werd zondag overgebracht naar de kinderafdeling van het Klinaziekenhuis in Brasschaat. Daar zal hij enkele dagen moeten blijven. Burgemeester Schrauwen is ervan overtuigd dat hij er in goede handen is. “Hij zal er zeer veel moeders hebben, met al die verpleegster die zich maar wat graag over hem zullen ontfermen”, aldus Schrauwen.

De politie onderzoekt ondertussen alle mogelijke pistes. Dat de moeder van het kindje met de trein naar Essen kwam, is er daar een van. “Maar er zijn nog zoveel andere mogelijkheden”, besluit Schrauwen.

71. De voorgaande regeling moet als volgt worden 'geëuropeaaniseerd'. Het discriminatieverbod op grond van nationaliteit en het burgerschap van de Europese Unie hebben tot gevolg dat de onderdaan van een andere lidstaat, met ook de Belgische nationaliteit, in België de dubbele familienaam moeten kunnen dragen die hij op grond van de nationaliteit van de andere lidstaat heeft. Een verzoek tot naamsverandering (zie verder) in die zin moet worden toegestaan. Aldus hebben de Spaans-Belgische kinderen van het echtpaar Garcia Avello en Weber een recht om de Spaanse familienaam Garcia Weber te dragen en niet de Belgische familienaam Garcia Avello.²²

Latere wijzigingen

72. In principe is de familienaam onveranderlijk.²³ Toch is een aantal latere wijzigingen ervan mogelijk.

1/ Met toepassing van art. 335, § 2 moet iemands vadersnaam naar zijn moedersnaam worden gewijzigd wanneer de afstamming langs vaderszijde, op grond waarvan hij vadersnaam kreeg (art. 335, § 1), later wordt betwist.

Mutatis mutandis moet ook de moedersnaam bij betwisting van de afstamming langs moederszijde vervallen.

Een dergelijke opgelegde wijziging is echter hinderlijk voor meerderjarigen, die in het rechtsverkeer al zelfstandig onder hun oorspronkelijke familienaam optreden. De meerderjarige heeft daarom een vetorecht tegen de wijziging van zijn familienaam na betwisting van de afstammingsband op grond waarvan deze naam werd toegekend (art. 335, § 4).²⁴ Hij mag kiezen om zijn oorspronkelijke familienaam te behouden. De identificerende functie van de familienaam gaat hier dus voor op de familieaanduidende functie.

Een dergelijk keuzerecht bestaat niet voor minderjarigen. Er is ook minder nood aan, nu zij niet zelfstandig onder hun familienaam aan het rechtsverkeer deelnemen.²⁵

2/ Het kind behoudt in principe moedersnaam als de vaderlijke afstamming na de moederlijke wordt vastgesteld. In het licht van de principiële onveranderlijkheid van de familienaam is dat niet discriminerend.²⁶ Deze onveranderlijkheid speelt echter

²² H.v.J. 2 oktober 2003, C-148/02, Garcia Avello, R.W. 2004-05 (weergave J. MEEUSEN), 638. Voorts R.v.St., Garcia Avello, nr. 102.285, 21 december 2001, A.P.M. 2002, 14 en nr. 126.675, 19 december 2003 (www.raadvst-consetat.be). Ten slotte KB 25 april 2004, B.S. 10 mei 2004.

²³ Laatst nog Arbitragehof nr. 171/2005, 23 november 2005, R.W. 2005-06, 1536, noot C. AERTS.

²⁴ Met betrekking tot de vadersnaam: Arbitragehof nr. 171/2005, 23 november 2005, R.W. 2005-06, 1536, noot C. AERTS.

²⁵ Vgl. in verband met art. 353-1-3 na adoptie: Arbitragehof nr. 183/2004, 16 november 2004, www.arbitrage.be.

²⁶ Arbitragehof nr. 82/2004, 12 mei 2004, www.arbitrage.be.

minder wat betreft minderjarigen. Daarom geldt de volgende uitzondering (art. 335, § 3).

Binnen het jaar na de kennisneming van de vaststelling van de vaderlijke afstamming kan worden geopteerd voor een wijziging van moedersnaam naar vadersnaam. Deze optie moet in elk geval worden uitgeoefend vóór de meerderjarigheid of ontvoogding van het kind. Zij gebeurt door verklaring bij de ambtenaar van de burgerlijke stand door de beide ouders of de enige overlevende ouder. Bij leven heeft elk van de ouders dus een vetorecht. Dit vetorecht is niet discriminerend, nu de wetgever een gezamenlijk oordeel van beide ouders kan vragen.²⁷ Nochtans bestaat het vetorecht niet wanneer één van de ouders met toepassing van de Naamwet een naamsverandering voor het kind vraagt.²⁸

Om reden van de principiële onveranderlijkheid van de familienaam bestaat het beschreven optierecht niet over meerderjarige kinderen.²⁹ Het meerderjarige kind kan wel een verzoek tot naamsverandering indienen (zie verder).

Vóór de Afstammingswet 2006 moest in voorkomend geval de (overlevende) echtgenote van de overspelige vader in de naamswijziging toestemmen. Het Arbitragehof had dit vetorecht als discriminerend beoordeeld.³⁰

3/ Na de gewone en de volle adoptie verkrijgt de geadopteerde in de regel de familienaam van de adoptant of deze van de mannelijke adoptant. De beginselen van art. 335 vinden *mutatis mutandis* toepassing. Er geldt uit de aard een bijzondere regeling in geval van adoptie door of binnen een paar van hetzelfde geslacht, waar voor de familienaam van één partner moet worden gekozen. De keuze geldt ook voor latere adoptiekinderen van het paar.

Meerderjarige gewoon geadopteerden kunnen, om de genoemde redenen, hun familienaam zonder meer behouden. Voor alle gewoon geadopteerden bestaat ook een optierecht voor een combinatie van de oorspronkelijke en de adoptiefamilienaam, met een streepje ertussen, in de ene of in de andere volgorde (art. 353-1 tot 353-6). Bij de volle adoptie bestaat dit optierecht, met het oog op de volledige integratie in de adoptiefamilie, niet (art. 356-2).

4/ Op basis van het huwelijk bestaat er voor echtgenoten een wederzijds gebruiksrecht van elkaars familienaam in het burgerlijke leven of van een gecombineerde familienaam

²⁷ Arbitragehof nr. 79/95, 28 november 1995, *R.W.* 1995-96, 1303, noot F. APS; Arbitragehof nr. 64/96, 7 november 1996, www.arbitrage.be; Arbitragehof nr. 68/97, 6 november 1997, www.arbitrage.be.

²⁸ R.v.St., Van den Bergh, nr. 116.821, 10 maart 2003, *NjW* 2004, 555, noot G. VERSCHULDEN.

²⁹ Arbitragehof nr. 65/94, 14 juli 1994, *R.W.* 1994-95, 668.

³⁰ Arbitragehof nr. 38/93, 19 mei 1993, *R.W.* 1993-94, 121.

met een streepje ertussen, in de ene of de andere volgorde. Het gebruiksrecht eindigt in de regel in geval van ontbinding van het huwelijk door echtscheiding.³¹ Zie over het gebruik van de familienaam in beroepsbetrekkingen art. 216, § 2, waarover meer in *Familierecht in kort bestek*.

5/ Wanneer per vergissing een verkeerde familienaam is genoteerd in de geboorteakte, kan via de vordering tot verbetering van een akte van de burgerlijke stand de verbetering worden gevraagd (art. 101 en art. 627, 7° en 1383-1385 Ger.W.). Wanneer een vergissing gebeurde in de schrijfwijze van de juiste familienaam, erkent het Hof van Cassatie maar een recht op verbetering gedurende één generatie.³² De geboorteakte van de vader is met andere woorden richtinggevend.

6/ Ten slotte kan op grond van art. 2 e.v. Naamwet 1987 een naamsverandering worden gevraagd. Hiertoe moet een ernstige reden worden aangevoerd; de voorgestelde naam mag ook geen verwarring of schade aan derden veroorzaken. De verandering gebeurt bij administratieve procedure bij de Koning.

Zo komen in aanmerking: de verandering van de belachelijke naam die destijds als protest tegen de Napoleontische registratie werd gekozen – in Nederland strekte dat tot aanzien – of de vreemde naam die de integratie als nieuwe Belg hindert, of nog de schadelijke naam, omdat die verwijst naar een hatelijke figuur.

Luxewijzigingen zoals toevoeging van een naam of partikel of de kleine letter kosten meer (tarieven in art. 249, §§ 2 en 3 W.Reg.).

2.2. VOORNAAM

Begrip

73. De voornaam is de naam waardoor een persoon binnen een groep van personen met dezelfde familienaam wordt geïndividualiseerd.

De voornaam is verplicht; hij wordt opgenomen in de geboorteakte.

³¹ Zie nochtans Brussel 30 mei 2002, *E.J.* 2003, 26, noot M. DE THEIJE, waar het gebruiksrecht tot na de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding werd uitgebreid.

³² Cass. 29 oktober 1976, *R.W.* 1977-78, 835, noot W. PINTENS.

Eerste verkrijging

74. De voornaam wordt toegekend door de beide ouders, bij gebreke van twee ouders door de enige bekende ouder en bij gebreke daarvan door de ambtenaar van de burgerlijke stand.

De toekenning door beide ouders behoort niet tot de uitoefening van het ouderlijk gezag, maar is een gezamenlijke bevoegdheid in verband met de staat van het kind (hierover meer in *Familierecht in kort bestek*). Dit betekent dat de regeling van het ouderlijk gezag niet van toepassing is, bv. in geval van betwisting.

75. De keuze van de voornaam is vrij, zolang hij geen verwarring of schade berokkent aan het kind of aan derden (art. 1 Naamwet 1987). De vroegere beperking tot Bijbelse of geschiedkundige namen is weggevallen.

Er moet minstens één voornaam worden toegekend. Een maximum is er niet.

Latere wijzigingen

76. Op de principiële onveranderlijkheid van de voornaam bestaan er drie uitzonderingen.

1/ Ten eerste kan de voornaam van de geadopteerde na volle of gewone adoptie worden gewijzigd (art. 349-2).

2/ Naamsverbetering via de procedure tot verbetering van de akte van de burgerlijke stand (art. 101 en art. 627, 7° en 1383-1385 Ger.W.) is mogelijk als het keuzerecht van de ouders niet werd nageleefd of als er een vergissing gebeurde.

3/ Ten slotte is een voornaamsverandering mogelijk via een administratieve procedure bij de minister van Justitie. Hier volstaat enigerlei reden: het verzoek wordt in principe toegestaan, behalve bij verwarring of schade aan derden of de verzoeker (art. 2 e.v. Naamwet 1987). Er geldt een lager tarief voor verandering van belachelijke, hatelijke, ouderwetse, vreemd klinkende of verwarringstichtende namen (art. 249, § 1 W. Reg).

2.3. AARD EN KENMERKEN VAN FAMILIE- EN VOORNAAM

77. Het grondrecht op een (voor)naam wordt door verscheidene mensenrechtenverdragen uitdrukkelijk erkend (bv. art. 7 Kinderrechtenverdrag) of eronder begrepen

(art. 8 Verdrag Mensenrechten).³³ Ook het Europese Hof van Justitie hecht er een groot belang aan in het vrije verkeersrecht.³⁴

Evenzeer is het recht op een naam een persoonlijkheidsrecht (zie verder), waarmee de juistheid en het exclusieve gebruik ervan kan worden gehandhaafd.

78. Wegens zijn functie raakt de naam de *openbare orde*. De overige kenmerken vloeien hieruit voort.

1/ De naam is *algemeen*. Iedereen heeft een naam en is verplicht deze, en enkel deze, te dragen. Valse familienaamsdracht wordt strafrechtelijk bestraft (art. 231 Sw.).

2/ Als regel is de naam *onbeschikbaar*. Deze onbeschikbaarheid mag niet worden verward met het toelaatbare gebruik van de naam in de handel of als merk om vervolgens daarover te beschikken.

3/ De naam is *onverjaarbaar*: onbruik doet hem niet tenietgaan, terwijl het dragen van een valse naam daarop geen recht doet ontstaan.

4/ Ten slotte is de naam *onveranderbaar*, zij het dat de uitzonderingen hierop de regel schijnen te worden. Over de voornaam valt gemakkelijker te beschikken – net zoals de voorste nummerplaat in bepaalde Staten overigens.

2.4. BUITENGEWONE NAMEN

79. Het recht biedt ook een beperkte (beschermings)regeling voor buitengewone namen. Zo werd door Decreet van 6 fructidor jaar 2 het verdere gebruik toegestaan van *toenamen* die toen in gebruik waren. Een toenaam kan bijvoorbeeld familietakken verder onderscheiden.

Ook voor *adellijke titels* bestaat een bijzondere regeling.

Van *pseudoniemen* – zoals Marc Sleen of Laura Lynn – wordt desgevraagd akte genomen in het bevolkingsregister.

De *handelsnaam* wordt ten slotte in het economisch recht beschermd.

³³ Hof Mensenrechten nr. 77785/01, 2 juni 2005, Znamenskaya t. Rusland, www.echr.coe.int, § 23.

³⁴ H.v.J. 30 maart 1993, C-168/91, Konstantinidis t. Altensteig, www.curia.europa.eu, concl. F. JACOBS; H.v.J. 2 december 1997, C-336/94, Dafeki t. Landesversicherungsanstalt Württemberg, www.curia.europa.eu, concl. A. LA PERGOLA; H.v.J. 2 oktober 2003, C-148/02 (Garcia Avello), R.W. 2004-05 (weergave J. MEEUSEN), 638.

IV.3. WOONPLAATS EN VERBLIJFPLAATS

P. DEFOORT, “Procedures en beoordelingscriteria voor het vaststellen van de hoofdverblijfplaats”, *T. Gem.* 2000, 191-236 – N. GALLUS, “Le domicile”, in *Répertoire pratique du droit belge*. Complément VIII, 317-335.

80. Elk rechtssubject moet ergens bereikbaar zijn voor de overheid en voor andere rechtssubjecten, met het oog op een vlot verloop van het rechtsverkeer (bv. art. 110). De woonplaats is het juridische middel om te bepalen waar de persoon bereikbaar is. Met de woonplaats wordt elk rechtssubject in de ruimte geïdentificeerd of: gelokaliseerd.

Als regel gebeurt dit steeds op dezelfde plaats, die men dan gewone woonplaats kan noemen. Gaat het om de lokalisatie voor bijzondere rechts- of proceshandelingen, dan spreken we over een bijzondere woonplaats.

81. In toenemende mate neemt de wet als aanknopingsfactor de feitelijke, concrete verblijfplaats in plaats van de juridische, abstracte woonplaats, bv. art. 488*bis*, b), § 1, eerste lid of art. 5 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke.

Dit is een van de vele voorbeelden van concretisering of ‘verfeitelijking’ in ons recht. Dit leidt tot rechtsonzekerheid. Er is immers geen algemeen toepasselijk lokalisatiemiddel meer. Nu eens moet men iemand bereiken op de gewone woonplaats, dan weer op de gerechtelijke woonplaats en voor nog andere handelingen op de verblijfplaats.

3.1. WOONPLAATS

Gewone woonplaats

82. De gewone woonplaats is de plaats waar de persoon (a) in hoofdzaak verblijft (b) met de bedoeling er bereikbaar te zijn voor het rechtsverkeer (cf. art. 102: zijn burgerlijke rechten uit te oefenen). Aan het materiële (verblijf) zowel als aan het intentionele (bedoeling) element moet zijn voldaan. Wat het ‘hoofdverblijf’ is, wordt verder omschreven in art. 3 Wet 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters en de identiteitskaarten en art. 16-20 KB 16 juli 1992 betreffende de bevolkingsregisters en het gemeenteregister.

In principe mag de gewone woonplaats vrij worden gekozen. Een aantal categorieën van personen heeft een *verplichte woonplaats*: voor het leven benoemde ambtenaren op de plaats van ambtsuitoefening (art. 107, vgl. art. 106), minderjarigen bij (een van de) ouders of voogd (art. 108) en dienstboden bij hun meesters (art. 109). Voor de laatste twee categorieën gaat het om de plaats waar hun burgerlijke rechten in hoofdzaak worden uitgeoefend (door anderen).

Er is geen akte van de burgerlijke stand of andere akte die de woonplaats vaststelt. Het gaat om een feit dat moet worden bewezen. Doorgaans gebeurt dat door een verklaring bij de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 104); bij gebreke daarvan wordt het afgeleid uit de omstandigheden (art. 105).

83. De woonplaats is *algemeen*. Iedereen heeft een woonplaats om in het rechtsverkeer bereikbaar te zijn.

Omdat men maar op één plaats hoofdverblijf kan houden, is de woonplaats *enkelvoudig*.

Met het oog op de rechtszekerheid vertoont de woonplaats enige *bestendigheid*.

Dit doet niet af aan de *wijzigbaarheid* ervan, voor zover aan het materiële en het intentionele element is voldaan.

Bijzondere woonplaatsen

84. De bijzondere woonplaatsen zijn de juridische middelen tot lokalisatie voor bijzondere rechts- of proceshandelingen.

85. Wellicht de belangrijkste bijzondere woonplaats is de woonplaats in de zin van het Gerechtelijk Wetboek (art. 36 Ger.W.).

Het intentionele, subjectieve, bestanddeel van de burgerrechtelijke woonplaats en de bewijsregeling van die woonplaats, leveren problemen op in verband met de rechtszekerheid. Waar iemand hoofdverblijf houdt met de bedoeling om daar de zetel van zijn belangen te vestigen, is moeilijk zichtbaar. Dit levert bijzondere problemen op in gerechtelijke procedures.

Daarom wordt in het gerechtelijk recht een bijzonder woonplaatsbegrip gebruikt dat zuiver formeel is. Woonplaats is de plaats waar een persoon in de bevolkingsregisters is ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf.

Ik verwees bewust naar 'het gerechtelijk recht' en niet naar het Gerechtelijk Wetboek. Het formele woonplaatsbegrip is bedoeld voor gerechtelijke procedures. Het was de bedoeling die alle te regelen in het Gerechtelijk Wetboek. Van die bedoeling wijkt de wetgever in toenemende mate af door procedures samen met het materiële recht te regelen. Gebeurt dat in het Burgerlijk Wetboek, dan rijst uiteraard de vraag welk woonplaatsbegrip moet worden toegepast. Daarop bestaat geen eenvormig antwoord (bv. art. 390, met een uitdrukkelijke verwijzing naar art. 36 Ger.W.).

86. Voor welbepaalde rechts- of proceshandelingen kan bovendien ook woonplaats worden gekozen bij een bepaalde persoon, op een bepaald adres of in een bepaalde plaats – dit laatste ter bepaling van de bevoegde rechter. Deze keuze kan facultatief zijn (bv. art. 111) dan wel verplicht (art. 176).

87. Tot slot is een aantal bijzondere woonplaatsen in bijzondere wetgeving geregeld. Het gaat bijvoorbeeld om de woonplaats voor maatschappelijke dienstverlening of de kieswoonplaats.

3.2. VERBLIJFPLAATS

Gewone verblijfplaats

88. De gewone verblijfplaats is de plaats waar men op meer dan toevallige wijze verblijf houdt, zonder de bedoeling er de zetel van zijn belangen te vestigen.

De verblijfplaats kan vrijwillig gekozen zijn, of opgelegd door of krachtens wet of contract, bv. na dwangopneming van een geesteszieke.

89. Anders dan de gewone woonplaats is de gewone verblijfplaats niet algemeen. Meestal vallen woonplaats en verblijfplaats samen.

De verblijfplaats is niet noodzakelijk enkelvoudig. Zowel het buitenverblijf aan zee als dat in de Ardennen komen in aanmerking.

Ten slotte is de gewone verblijfplaats minder bestendig dan de woonplaats.

Bijzondere verblijfplaatsen

90. Ons recht kent een aantal bijzondere verblijfplaatsen. Als voorbeelden vallen te noemen de verblijfplaats in de zin van het gerechtelijk recht (art. 36 Ger.W.) en de echtelijke verblijfplaats (art. 214), dit is de plaats waar de echtelijke verplichtingen worden nageleefd. Aan het goed waar de voornaamste echtelijke verblijfplaats is gevestigd, komt als 'voornaamste gezinswoning' een bijzondere bescherming toe (art. 215).

IV.4. GESLACHT

4.1. ALGEMEEN

H. WILLEKENS, *Vrouwelijkheid, mannelijkheid en recht: theoretische verkenningen*, Antwerpen, Kluwer, 1991
– A. MAERTENS, "Transseksualiteit naar Belgisch recht", *T.P.R.* 1992, 297-336.

91. Het geslacht is, taalkundig, de gezamenlijke kenmerken die gelijksoortige wezens met elkaar gemeen hebben, en vandaar: de eigen-aardige soort waartoe zij met elkaar behoren.

92. Artikel 57, 1° verplicht de vermelding van ‘het geslacht’ in de akte van geboorte. De wetgever gaat er dus van uit dat *iedereen bij de geboorte één geslacht heeft*, dat niet wordt gegeven, zoals de naam, maar waarvan enkel akte wordt genomen.

Uit de art. 71 en 388 valt af te leiden dat er *twee geslachten* zijn: het mannelijke en het vrouwelijke.

Bij afwezigheid van betreffende regeling, gaat de wetgever ervan uit dat het geslacht *onveranderlijk* is.

93. De wetgever gaat ervan uit dat de mensen in twee groepen – mannen en vrouwen – zijn onder te verdelen op basis van gemeenschappelijke kenmerken die kunnen worden bewezen.

Er zijn heel uiteenlopende criteria, objectieve zowel als subjectieve, om iemands geslachtstoebehoren vast te stellen.

Er zijn op de eerste plaats *objectieve* criteria. Het *morfologische* criterium gaat uit van de (externe) vorm en bouw, dus van de uitwendige geslachtskenmerken. Met het *genetische* criterium wordt gekeken naar het 23^e paar chromosomen: iemand met twee lange chromosomen (XX) is vrouw, iemand met een lang en een kort (XY) chromosoom is man. De geslachtsbepaling aan de hand van de inwendige of uitwendige secretie van klieren als teelbal of eierstok noemt men het *hormonale* criterium. De geslachtsbepaling op grond van de klieren zelf is het *gonadische* criterium.

Daarnaast zijn er *subjectieve* criteria om het geslacht te bepalen. Het *sociale* criterium verwijst naar iemands gedrag, op grond van het *psychologische* criterium is doorslaggevend hoe iemand zich voelt en het *volitionele* criterium verwijst naar de keuze om tot een bepaald geslacht te behoren.

De stand van de medische wetenschap in 1804 kan niet anders doen besluiten dan dat bij ons het morfologisch-genitale criterium geldt. Dit volgt ook uit de noodzakelijke vaststelling van het geslacht bij de geboorte, door de (niet medisch geschoolde) ambtenaar van de burgerlijke stand.

94. Ingeval een vergissing wordt gemaakt bij de vaststelling van het geslacht, kan een vordering tot verbetering van de geboorteakte worden ingeleid (art. 101 en art. 627, 7° en 1383-1385 Ger.W.).

95. De identificatie van personen aan de hand van hun geslacht zou onnodig zijn als er geen rechtsgevolgen aan worden gehecht.

Tot lang na 1804 was dit ongetwijfeld zo wegens de rechtsverkeersbeperkingen die aan vrouwen enerzijds en aan koppels van gelijk geslacht anderzijds werden opgelegd. Daarvan is nu bijna geen sprake meer; art. 10, 11 en 11*bis* G.W. en art. 1 Antidiscriminatiewet 2003 (in private verhoudingen) verbieden ook een subjectief en onredelijk verschil in behandeling naargelang geslacht of seksuele voorkeur.

Vandaag blijven er enkel verspreide bepalingen in verband met ongelijke behandeling over. In het familierecht is vooral het vereiste geslachtsverschil bij ouderschap opvallend. Twee personen van gelijk geslacht kunnen niet in oorspronkelijke afstamming staan tegenover hetzelfde kind. Wetgevende ingrepen strekken soms ook tot positieve actie en maken daarom een geslachtsonderscheid.

96. De juridische organisatie van het geslacht mag er als regel niet toe strekken rechtsverkeersbeperkingen op te leggen. Daarom wordt geslacht niet (meer) bij de elementen van staat besproken, maar bij de middelen tot identificatie.

Moet dan ook niet de geslachtsregistratie worden afgeschaft? Het antwoord is negatief. Bij gebreke van juridische erkenning van het geslacht, kan men feitelijke discriminaties ook niet bestrijden en is geen positieve actie mogelijk. Bovendien beschermt het Hof Mensenrechten het recht op juridische erkenning van het geslacht.³⁵

Het criterium tot geslachtsbepaling moet evenmin worden gewijzigd. Het huidige criterium dient de rechtszekerheid en laat de eerste vaststelling bij de geboorte toe. Het afnemende juridische belang van het geslacht vertaalt zich wel in toenemende beschikkingsmogelijkheden erover.

4.2. INTERSEKSUELEN EN TRANSSEKSUELEN

K. UYTTERHOEVEN, *De staat van de transseksuele persoon*, Proefschrift, K.U.Leuven, 2000.

97. Een interseksueel is een persoon wiens geslachtstoebehoren verschilt naargelang het toegepaste criterium of wiens geslachtstoebehoren niet duidelijk is. Het gaat bv. om hermafrodieten.

Een transseksueel is de interseksueel wiens geslachtstoebehoren verschilt naargelang objectieve dan wel subjectieve criteria worden gehanteerd.

Het juridische antwoord op deze situaties verschilt en evolueert.

98. Bij *interseksuelen* wier geslacht onduidelijk is of verschilt naargelang het toegepaste objectieve criterium, wordt al gauw medisch ingegrepen om één geslacht te verduidelijken of over te houden. Deze verbetering wordt juridisch vertaald via een vordering tot verbetering van de geboorteakte (art. 101 en art. 627, 7° en 1383-1385 Ger.W.).

³⁵ Hof Mensenrechten (Grote Kamer) nr. 25680/94, 11 juli 2002, I. t. Verenigd Koninkrijk, www.echr.coe.int; Hof Mensenrechten (Grote Kamer) nr. 28957/95, 11 juli 2002, Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk, R.W. 2003-04 (weergave H. PANKEN), 1194.

99. Bij *transseksuelen* kan men moeilijk voorhouden dat een vergissing werd gemaakt bij de vaststelling van het geslacht. De vordering tot verbetering van de akten van de burgerlijke stand (art. 101 en art. 627, 7° en 1383-1385 Ger.W.) is dus niet de aangewezen vordering. Voor hen bestaat er een andere oplossing.

Enerzijds wordt hun recht om van geslacht te wijzigen sinds 1969 in België principieel aanvaard.³⁶ Dit recht wordt als toepassing van het recht op zelfbeschikking ook beschermd onder art. 8 Verdrag Mensenrechten.³⁷

Anderzijds wordt ook het recht op juridische erkenning van het nieuwe feitelijke geslacht beschermd.³⁸

Transseksuelen beschikken daarom in België over een vordering van staat *sui generis*, die niet in de wet is uitgewerkt. Via deze vordering kunnen zij de aanpassing verkrijgen van de relevante akten van de burgerlijke stand en van de vermeldingen op documenten die daarop voortbouwen, zoals de identiteitskaart.

In België worden meer of minder verregaande vereisten gesteld om deze vordering van staat in te willigen. Doorgaans wordt de geslachtswijziging pas in de postoperatieve fase erkend, na een jarenlange medische, ook psychiatrische, begeleiding. De vraag rijst of deze voorwaarden sinds het arrest-Van Kück van het Hof Mensenrechten nog wel mogen worden gesteld.

Voor de verandering naar een voornaam van het nieuwe geslacht zou in principe de procedure van de Naamwet moeten worden gevolgd. Om proceseconomische redenen wordt de voornamswijziging terecht soms gerechtelijk toegestaan naar aanleiding van de vordering van staat die tot aanpassing van de geslachtsaanduiding leidt.

Een bijzonder probleem rijst als de transseksueel kinderen heeft. Is de andere ouder bekend, dan zou de erkenning van de geslachtswijziging tot gevolg hebben dat het kind twee oorspronkelijke ouders van hetzelfde geslacht heeft, wat in ons recht vooralsnog niet mogelijk is. Twee oplossingen zijn mogelijk. Ofwel wordt aan deze categorie van transseksuelen het recht op juridische erkenning van de geslachtswijziging ontzegd, bv. omdat zij sociaal tot hun oorspronkelijke geslacht behoren. Ofwel wordt van deze vordering van staat *sui generis* aanvaard dat het een constitutieve vordering is, die de oorspronkelijke afstammingsverhoudingen ongewijzigd laat. Zo kan een 'nieuwe man' zelfs juridisch moeder van de kinderen zijn. Deze laatste opvatting haalt in België de bovenhand.

³⁶ Corr. Brussel 27 september 1969, *J.T.* 1969, 635.

³⁷ Hof Mensenrechten nr. 35968/97, 12 juni 2003, Van Kück t. Duitsland, www.echr.coe.int.

³⁸ Hof Mensenrechten (Grote Kamer) nr. 25680/94, 11 juli 2002, I. t. Verenigd Koninkrijk, www.echr.coe.int; Hof Mensenrechten (Grote Kamer) nr. 28957/95, 11 juli 2002, Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk, *R.W.* 2003-04 (weergave H. PANKEN), 1194. Vgl. ook H.v.J. 30 april 1996, C-13/94, P. t. S. en Cornwall County Council, www.curia.europa.eu; H.v.J. 7 januari 2004, C-117/01, KB en N.H.S. Pensions Agency, www.curia.europa.eu.

HOOFDSTUK V. REGISTRATIE EN PUBLICITEIT

Inhoud

V.1. Situering	47
V.2. Burgerlijke stand	48
V.3. Bevolkingsregisters	49
V.4. Rijksregister	50
V.5. Identiteitsdocumenten	51
V.6. Belgisch Staatsblad	51
V.7. Bedenkingen	52

V.1. SITUERING

100. “Macht over mensen en over grond begint bij registratie” (P. HOEFNAEGELS). Registratie en publiciteit betreffen de vastlegging en openbaarmaking van de elementen en verhoudingen van staat en de elementen tot identificatie en van de wijzigingen erin. Daarmee wordt de rechtszekerheid beoogd.

De tegenstelbaarheid aan iedereen van ieders unieke staat van de persoon veronderstelt niet alleen iemands identificatie, maar ook de min of meer *publieke registratie* van de staat en van de wijzigingen erin.

Om elk rechtssubject alsook de evolutie van zijn rechtstoestand in tijd en ruimte te kunnen volgen, vindt daarom een registratie plaats van alle juridisch relevante gebeurtenissen tussen geboorte en overlijden. Dit gebeurt in de registers van de burgerlijke stand, waarvan de relevante inhoud op verschillende wijzen publiek wordt gemaakt.

De vereiste kenbaarheid van categorisering van mensen voor de andere deelnemers aan het rechtsverkeer kan worden vergeleken met de verschillende types van nummerplaat of nog met de bijzondere kenmerken van prioritaire voertuigen. Registratie en publiciteit zijn op verscheidene niveaus georganiseerd, dus niet op eenvormige wijze. Zoals zal blijken, komt dit de rechtszekerheid niet ten goede.

V.2. BURGERLIJKE STAND

P. PHILIPPART en M. STROOBANTS, *Burgerlijke Stand, Algemeenheden*, Brugge, Vanden Broele, 1984 – J. LAPERE, *Burgerlijke Stand. Praktisch handboek voor de loketbediende bij de dienst Burgerlijke Stand*, Brugge, Vandenbroele, 2000 – F. RIGAUX, *Traité de l'état civil: les relations internes*, Brussel, Larcier, 1978 – F. SCHRAM, “De verhouding tussen de toegang tot de registers en akten van de burgerlijke stand en het algemene openbaarheidsregime: eindelijk duidelijkheid?”, *T. Gem.* 2003, 182.

101. De burgerlijke stand wordt georganiseerd op gemeentelijk niveau (art. 164 G.W. en art. 125-127 Nieuwe Gemeentewet). De ambtenaren van de burgerlijke stand nemen akte van, en houden registers bij over, de totstandkoming van en wijziging in sommige elementen en verhoudingen van staat en sommige elementen tot identificatie. Die registers zijn beperkt toegankelijk.

De materie is in het algemeen geregeld in de art. 34-54, de bijzondere akten in de art. 55-87 en een aantal bijzondere regelingen in de art. 88-101.

102. Er is slechts een beperkt aantal wettelijk geregelde *akten van de burgerlijke stand*: de akte van geboorte, de akte van aangifte van het huwelijk, de akte van huwelijk en de akte van overlijden. Daarnaast worden in de wet nog de akte van erkenning (art. 62) en de akten in verband met de Belgische nationaliteit (art. 22, § 4 en 25 W.B.N.) vermeld.

103. Van de vier geregelde akten van de burgerlijke stand en van de akten in het Wetboek van Belgische Nationaliteit wordt een verplicht *register van de burgerlijke stand* bijgehouden.

Naast die verplichte registers zijn er facultatieve registers.

Registers van de burgerlijke stand zijn in beginsel openbaar, door de mogelijkheid er afschriften en uittreksels uit te krijgen of opzoeken te laten doen (zie verder). Burgers hebben zelf geen rechtstreekse toegang tot de registers.

104. De ambtenaar van de burgerlijke stand heeft ook tot opdracht andere akten van de burgerlijke stand (bv. art. 171) of uittreksels van gerechtelijke beslissingen (bv. art. 1275, § 2, derde lid Ger.W.) in zijn registers *over te schrijven* of daarvan een

kantmelding te maken (bv. art. 1275, § 2, derde lid Ger.W.), als die de staat vaststellen of wijzigen. Het gaat bv. om de overschrijving van het echtscheidingsvonnis.

105. Akten van de burgerlijke stand zijn *authentieke akten*. Ook behoorlijk afgeleverde afschriften en uittreksels hebben die bewijskracht. Een *afschrift* is een kopie van een akte van de burgerlijke stand, een *uittreksel* is een samenvatting van de relevante inhoud. Afschriften en uittreksels van akten van minder dan honderd jaar oud zijn voorbehouden voor rechtstreeks betrokkenen of hun vertegenwoordigers; van oudere akten kan iedereen afschrift of uittreksel krijgen (art. 45). Wellicht het meest bekende uittreksel uit de registers van de burgerlijke stand is het trouwboekje, dat als bewijs van het huwelijk geldt en verder informatief de huwelijkse kinderen ook vermeldt. Wat dat betreft, is het geen (bewijskrachtig) uittreksel uit het geboorteregister.

106. De verbetering van akten van de burgerlijke stand wordt geregeld in een bijzondere procedure (art. 101 en art. 627, 7° en 1383-1385 Ger.W.). Wat een verbetering is, wordt ruim geïnterpreteerd.

Ontbreekt een akte, dan is soms een akte van bekendheid nodig, die de identiteit kan bewijzen (art. 71).

V.3. BEVOLKINGSREGISTERS

Wet 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters en de identiteitskaarten.

F. CROONENBERGHS, “Nieuwe voorschriften inzake bevolkingsregisters. Een duizendpoot die zowat op elk pootje mank loopt”, *De Gem.* 1992, 574 – P. DE HERT, “De actualiteit van de Wet Bevolkingsregisters in het licht van de Wet Persoonsgegevens. Synthese-oefening naar aanleiding van vragen over de mededeling van persoonslijsten aan scholen, jeugd- en andere verenigingen”, *T. Gem.* 2001, 115.

107. In elke gemeente worden drie bevolkingsregisters gehouden.

Het eigenlijke bevolkingsregister heeft betrekking op Belgen, definitief toegelaten vreemdelingen en woonwagenbewoners, handelsreizigers en daklozen op referentieadres.

Het vreemdelingenregister heeft betrekking op niet-definitief toegelaten vreemdelingen.

Het wachtregister betreft kandidaat-vluchtelingen.

108. In het bevolkingsregister wordt informatie opgeslagen per persoon, en niet per gebeurtenis zoals in de akten en registers van de burgerlijke stand. Naast de gegevens van identificatie en lokalisatie gaat het om een veel ruimer geheel dan enkel de

elementen en verhoudingen van staat, bv. ook orgaantransplantatieverklaringen, pensioenbrevetten e.d.m. (art. 1 KB 16 juli 1992).

109. Toegang tot het bevolkingsregister is beperkt en wordt bereikt via getuigschriften zonder authentieke bewijskracht. Toegang is enkel mogelijk voor degene op wie de gegevens betrekking hebben of zijn vertegenwoordiger, voor derden voor de uitoefening van hun (wettelijk geregelde) rechten en voor derden voor wie de informatie onontbeerlijk is. Eisers in een tegensprekelijke verzoekschriftprocedure kunnen bv. de afgifte vragen van een getuigschrift van woonplaats van de verweerders (art. 1034*quater* Ger.W.). De dienst transplantatie van een ziekenhuis kan bv. orgaantransplantatieverklaringen opvragen.

Degene op wie de gegevens betrekking hebben, heeft ook een recht op verbetering.

110. Door de uitbreiding van het aantal opgenomen gegevens is het bevolkingsregister gegroeid van een hulpmiddel bij volkstellingen tot de belangrijkste informatiebron voor het rechtsverkeer.

V.4. RIJKSREGISTER

Wet 8 augustus 1983 tot regeling van een rijksregister voor natuurlijke personen.

J. BARTHELEMY, "De Wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een rijksregister van de natuurlijke personen", *De Gem.* 1987, 63-66, 123-128, 185-190, 321-326, 446-452.

111. Het rijksregister is een federaal informaticasysteem dat is gebaseerd op de bevolkingsregisters. Iedereen die in de bevolkingsregisters is opgenomen, krijgt een nationaal identificatienummer, waaraan dertien gegevens uit het bevolkingsregister worden gekoppeld.

Het systeem is bedoeld voor opneming, memorisatie en mededeling van informatie. Het kan ook worden gebruikt als elektronisch doorgeefluik van informatie tussen overheden onderling. Toegang tot het register is enkel mogelijk na uitdrukkelijke machtiging aan overheden en diensten of personen die taken van algemeen belang uitoefenen, zoals notarissen en gerechtsdeurwaarders. Voor het gebruik van het identificatienummer is een afzonderlijke machtiging nodig.

V.5. IDENTITEITSDOCUMENTEN

Wet 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters en de identiteitskaarten.

O. GOFFARD en E. ROGER-FRANCE, “L'introduction de la carte d'identité électronique en droit belge par la loi du 25 mars 2003: aspects juridiques”, *J.T.* 2005, 277 – F. REYNTJENS, “Identiteitscontroles. De Belgische 'pasjeswet' is onwettig, ongrondwettelijk en strijdig met het E.V.R.M.”, *Tegenspraak* 1983, 316-331.

112. De *identiteitskaart* is een bewijsstuk van inschrijving in het bevolkingsregister of het vreemdelingenregister. De kaart bevat ook een aantal zichtbare en een aantal elektronisch te lezen persoonsgegevens, gebaseerd op het bevolkingsregister. Soms is de identiteitskaart ook een ‘bijzondere nummerplaat’ die de mogelijkheden in het rechtsverkeer bepaalt. Zo wordt vermeld of de betrokkene in staat van verlengde minderjarigheid is verklaard, of hij de witte blindenstok mag gebruiken en of hij de gele slechtziendenstok mag gebruiken.

113. De identiteitskaart wordt uitgereikt vanaf de leeftijd van twaalf jaar. Voordien krijgt elk kind een *identiteitsstuk* (zonder foto) en, op verzoek, een *identiteitsbewijs* (met foto), waarop ook gegevens staan die de veiligheid van het kind moeten verhogen, zoals contactgegevens in geval van nood.

114. Het *paspoort* is een document waarin identiteitsgegevens zijn opgenomen en dat dienst doet als internationaal erkend reisdocument, meer niet.

V.6. BELGISCH STAATSBLAD

115. Wijziging in elementen of verhoudingen van staat of identificatiegegevens die van groot belang zijn voor het rechtsverkeer wegens de aanpassing van de identiteit of de rechtstoestand, moeten in het *Belgisch Staatsblad* worden bekendgemaakt opdat iedereen er kennis van zou hebben.³⁹ Hierbij is vooral aan de bescherming van schuldeisers gedacht.

116. De naamswijziging, maar niet de voornaamswijziging, wordt gepubliceerd (art. 5 Naamwet 1987).

Wat betreft de nationaliteit worden enkel de naturalisaties (art. 21, § 5 W.B.N.) en de vervallenverklaringen van de Belgische nationaliteit (art. 23 W.B.N.) gepubliceerd.

³⁹ Zie nochtans Arbitragehof nr. 106/2004, 16 juni 2004, *R.W.* 2004-05, 414, noot P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE.

De onbekwaamheid wegens gerechtelijke onbekwaamverklaring of toevoeging van een gerechtelijk raadsman wordt altijd gepubliceerd (art. 1253 Ger.W.). De plaatsing onder voorlopig bewind wordt als regel ook bekendgemaakt, maar hiervan kan worden afgeweken als de voorlopige bewindvoerder een beperkte opdracht heeft (art. 488*bis*, e), §§ 1 en 2). De vermelde statuten van onbekwaamheid komen aan bod in Hoofdstuk XII.

Ten slotte wordt in het *Staatsblad* melding gemaakt van de gerechtelijke scheiding van goederen (art. 1311 en 1316 Ger.W.) en bepaalde andere wijzigingen van het huwelijksvermogensstelsel (art. 1319 en 1319*bis* Ger.W.).

V.7. BEDENKINGEN

117. Bij het voorgaande passen een aantal bedenkingen.

1/ Ten eerste valt op dat voor sommige (nieuwe) elementen of verhoudingen van staat of andere verhoudingen waaraan rechtsgevolgen worden gehecht, geen enkele publiciteit bestaat.

Zo worden in het bevolkingsregister wel de verklaringen in verband met lijkbestemming en orgaantransplantatie opgenomen, maar niet die in verband met euthanasie⁴⁰ en de medische behandelingsweigerings.⁴¹

Zo bestaat er wel een 'trouwboekje', maar niet een samenwoningsboekje voor ongehuwden.

Zo bestaat er wel een registratie van de afstamming, maar geen registratie van de gezagsrechten en rechten op persoonlijk contact met een minderjarige.

2/ Ten tweede is de regeling inzake publiciteit niet voor elke categorie van gegevens en zelfs niet binnen eenzelfde categorie eenvormig. Zo worden de gerechtelijke onbekwaamverklaring en de bijstand van een gerechtelijke raadsman altijd in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd; van de publicatie van de toevoeging van een voorlopige bewindvoerder kan worden afgeweken en de verklaring in staat van verlengde minderjarigheid wordt enkel in de bevolkingsregisters en op de achterzijde van de identiteitskaart vermeld. De vermelde statuten van onbekwaamheid komen aan bod in Hoofdstuk XII.

⁴⁰ Art. 4 Euthanasiewet en KB 4 april 2003 houdende vaststelling van de wijze waarop de wilsverklaring inzake euthanasie wordt opgesteld, herbevestigd, herzien of ingetrokken.

⁴¹ Art. 8, § 4 Wet Patiëntenrechten.

3/ Ten slotte is duidelijk dat bepaalde publiciteitsmaatregelen soms onwerkbaar zijn, zoals de vermelding van de staat van verlengde minderjarigheid op de identiteitskaart.

Er is nood aan een nieuw eenvormig systeem van registratie en, vooral, van publiciteit.

HOOFDSTUK VI.

DE PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN

Inhoud

VI.1. Situering	55
VI.2. Kenmerken	57
VI.3. Overzicht	59
3.1. De fysieke persoonlijkheid	60
3.2. De individualiteit van de persoon	60
3.3. De psychische en morele integriteit	61
3.4. Persoonlijkheidsbelangen als lid van een familie	61
3.5. De processuele persoonlijkheidsrechten	62

X. DIJON, "Het juridisch statuut van het menselijk lichaam", in *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 99 – E. GULDIX en A. WYLLEMAN, "De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch privaatrecht", *T.P.R.* 1999, 1589-1664 – F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 1996 – F. RIGAUX, "La distinction entre les droits subjectifs patrimoniaux et les biens non patrimoniaux", in *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, Brussel, Larcier, 1992, 139-160 – F. RIGAUX, "La doctrine des droits de la personnalité" in *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, Brussel, Larcier, 1992, 115 – F. VAN NESTE, "Ter wille van mensen. Persoonswaarden in het recht", in *Ter wille van mensen. Bijdragen van prof. Fernand Van Neste s.J. over recht, ethiek en politiek, aangeboden bij gelegenheid van zijn emeritaat*, Antwerpen, Maklu, 1997, 83.

VI.1. SITUERING

118. Iedere mens probeert zich fysiek, psychisch en moreel te ontplooiën tot een unieke persoon, onderscheiden van alle anderen. De ene gaat naar de fitness, de andere kleurt zijn haar, nog een andere engageert zich in een levensbeschouwelijke beweging. Zo vormt iedereen zich een persoonlijkheid.

De persoonlijkheid is het geheel van iemands hoedanigheden, eigenschappen en karaktertrekken, waardoor hij tot een individu wordt.

De persoonlijkheidsrechten beschermen deze persoonlijke, niet-economische, eigenheid. Het zijn rechten die het individu tegenover anderen kan doen gelden op de handhaving van zijn fysieke, psychische en morele integriteit. Zij bieden zowel een negatieve bescherming, via afweerrechten, als een positieve, door zeggenschap of een beschikkingsrecht toe te kennen over zichzelf.

119. De *juridische kwalificatie* van de persoonlijkheidsrechten is onzeker.

Persoonlijkheidsrechten vinden hun oorsprong in de grondrechten. In de eerste grondwettelijke documenten werden tegenover de overheid vrijheden vastgelegd in verband met de persoonlijke ontwikkeling, waardoor staatsinmenging wordt voorkomen. Het gaat bv. om de persoonlijke vrijheid, de vrijheid van mening en van vergadering, het communicatiegeheim.

Vooral door de ontwikkeling van nieuwe communicatiemiddelen is het bewustzijn van de eigen persoonlijkheid niet alleen vergroot, maar zijn de mogelijkheden tot inmenging erin door anderen ook toegenomen. De privaatrechtelijke constructie waarmee dan horizontaal in de verhouding tussen private personen onderling de persoonlijkheid werd beschermd, zijn de persoonlijkheidsrechten. Door de aanvaarding van de horizontale werking van grondrechten, is het onderscheid met de persoonlijkheidsrechten minder belangrijk geworden.

Van de persoonlijkheidsrechten is de kwalificatie als subjectief recht betwist. Een subjectief recht biedt aan rechtssubjecten (actieve) zeggenschap – veeleer dan (passieve) bescherming – met betrekking tot een welomlijnd voorwerp, gekoppeld aan een bijzondere sanctie bij schending van het recht door derden. Sommige persoonlijkheidsrechten zijn zeker subjectieve rechten. In andere gevallen wordt een zelfbeschikkingsrecht – zeker over eigen lijf en leden – moeilijker aanvaard en is bij gebreke van bijzondere sanctie de gemeenrechtelijke (buiten)contractuele aansprakelijkheid van toepassing. Men mag ervan uitgaan dat kwalificatie van elk persoonlijkheidsrecht op zich evolueert tussen de twee uitersten van afweer en zeggenschap.

120. De persoonlijkheidsrechten beschermen enkel het persoonlijkheidsbestanddeel zelf. Men mag dit niet verwarren met de *vermogensrechtelijke bescherming van persoonlijkheidsbestanddelen*. Over de uitingen van de persoonlijkheid kunnen contracten worden afgesloten; denk aan het fotomodel, de zanger of de schrijver. Op dit soort contracten zijn de algemene regels van toepassing. De persoonlijkheidsrechten hebben enkel tot gevolg dat het persoonlijkheidsbestanddeel op zich niet kan worden vervreemd (zie verder) en dat de persoon het gebruik van zijn persoonlijkheidsbestanddelen kan herroepen, zij het met een schadevergoedingsplicht tot gevolg.

In de VS regelt een bijzonder patrimoniaal *right to publicity* het controlerecht op de commerciële waarde van de eigen persoonlijkheid.

121. De eerste *bron* van de persoonsrechten is ongetwijfeld de rechtsleer, die het concept ervan heeft ontwikkeld. De bescherming van de verschillende persoonsrechten gebeurt voornamelijk in de rechtspraak. Hier en daar worden persoonsrechten in de wetgeving beschermd, al dan niet met een uitgebreide regeling. Naargelang het belang dat aan de persoonswaarde wordt gehecht, gebeurt de bescherming in verdragen of in de Grondwet, via het strafrecht, dan wel in het privaatrecht.

122. De sanctiëring van de schending van persoonsrechten gebeurt meestal door toekenning van een (morele) schadevergoeding. Ook kan de stopzetting van de inbreuk worden gevorderd, of zelfs preventief het verbod een bepaalde handeling te stellen.

Vele bijzondere wetten bevatten bijzondere sancties op schendingen van persoonsrechten, zoals bv. de Antwoordechtwet, die een recht van antwoord toestaat op persberichten betreffende een persoon.

VI.2. KENMERKEN

123. De persoonsrechten zijn *algemeen*.

De bescherming ervan komt toe aan *elke* persoon, vanaf de geboorte tot aan het overlijden. Uit hun aard komen sommige persoonsrechten, zoals de morele rechten van de auteurs, natuurlijk enkel toe aan bepaalde personen. Hier gaat het om feitelijke en niet om juridische categorieën.

De algemene bescherming van de persoonsrechten geldt in theorie ook voor categorieën van personen aan wie rechtsverkeersbeperkingen zijn opgelegd, zoals minderjarigen, meerderjarige onbekwamen en geesteszieken. Het is duidelijk dat in die gevallen niet of amper sprake is van een zelfstandige ontplooiing van de persoonlijkheid. De vorming – soms ook misvorming – van de persoonlijkheid gebeurt in deze gevallen (op grond van een eigen recht) door anderen (ouders, voogd), onder Staatscontrole. Dit gaat van heel triviale beslissingen over het kapsel tot levensbelangrijke beslissingen zoals de plaatsvervangende weigering van een levensreddende medische behandeling (art. 12-15 Wet Patiëntenrechten).

Van een algemene toekenning van de persoonsrechten kan men dan nog moeilijk spreken.

124. De persoonsrechten zijn als regel *tegenstelbaar aan iedereen*.

Dit absolute karakter valt te nuanceren in het licht van de noodzakelijke belangenafweging. Enerzijds moeten individuele belangen van verschillende personen tegenover elkaar worden afgewogen. De vrije kunstuiting van de een, botst bv. soms met het recht op eer en goede naam van de andere.

Anderzijds worden individuele belangen afgewogen tegenover het algemene belang. In naam daarvan kan de persoonlijkheidsvorming in een bepaalde richting worden verboden of in een andere richting worden opgelegd. Te denken valt aan de eindtermen in het onderwijs, de verplichte inenting tegen bepaalde kinderziekten of de beperkingen aan de godsdienstvrijheid omwille van terrorismebestrijding.⁴²

125. Persoonlijksrechten zijn *extrapatrimoniale rechten*, doordat ze enkel de persoonlijkheidsbestanddelen zelf betreffen en niet de vermogensrechtelijke waarde ervan.

Uit deze eigenschap worden doorgaans de hierna volgende kenmerken afgeleid. Ook de extrapatrimoniale aard van de persoonlijkheidsrechten moet sterk worden genuanceerd. Enerzijds is er de mogelijkheid om over persoonswaarden patrimoniale overeenkomsten te sluiten. Anderzijds wordt de schending van de persoonlijkheidsrechten doorgaans bestraft met geldelijke schadevergoedingen.

126. Persoonlijksrechten zijn *onvervreemdbaar*.

Dit neemt niet weg dat patrimoniale overeenkomsten over persoonswaarden kunnen worden gesloten, bv. een fotoreportage of het gebruik van de stem in een reclameboodschap.

Met de onvervreemdbaarheid is enerzijds bedoeld dat het de persoonswaarde zelf niet kan worden vervreemd. Men kan bv. niet overeenkomen dat over het gebruik van iemands stem volledig en definitief door een ander zal worden beslist of dat iemand zijn stem niet meer zal gebruiken.

Anderzijds is met de onvervreemdbaarheid bedoeld dat het toegestane gebruik van een persoonlijkheidsbestanddeel kan worden herroepen. Dwanguitvoering is niet mogelijk. Uiteraard kan de herroeping aanleiding geven tot de veroordeling tot betaling van een schadevergoeding.

127. Voor de persoonlijkheidsrechten wordt de mogelijkheid van *algemene vertegenwoordiging uitgesloten*.

Een lastgeving in algemene bewoordingen is daarom niet mogelijk, een bijzondere en uitdrukkelijke lastgeving wel.

Het verbod tot vertegenwoordiging kent uitzonderingen voor bepaalde categorieën van personen aan wie rechtsverkeersbeperkingen zijn opgelegd. Men mag deze vertegenwoordiging niet verwarren met de vorming van de persoonlijkheid van een ander op grond van een eigen recht, zoals het ouderlijk gezag van de ouders. Hierbij treden zij niet op 'in naam en voor rekening' van hun kind.

⁴² Hof Mensenrechten nr. 35753/03, 11 januari 2005, Phull t. Frankrijk, www.echr.coe.int (in het raam van een veiligheidscontrole op de luchthaven mag de verwijdering van de tulband worden gevraagd).

128. Wegens hun persoonlijke karakter zijn de persoonlijkheidsrechten *niet vatbaar voor beslag of voor de zijdelingse vordering*.

129. Ook wegens hun hoogstpersoonlijke karakter zijn persoonlijkheidsrechten *niet overerfbaar*.

De persoonlijkheidsbescherming stopt als regel bij het overlijden. Hierop bestaan uitzonderingen, bv. de morele rechten als auteur, die verder door de erfgenamen worden uitgeoefend.

In sommige gevallen heeft een persoonlijkheidsrecht ook pas uitwerking bij het overlijden, bv. de lijkbestemmingsrechten.

Ten slotte bestaan er ook zogenaamde familiale persoonlijkheidsrechten, waarover verder.

130. Persoonlijkheidsrechten zijn niet vatbaar voor verkrijgende of uitdovende *verjaring*.

VI.3. OVERZICHT

131. Een vaste nomenclatuur van beschermde persoonlijkheidsrechten of -belangen bestaat niet.

De evoluerende maatschappelijke noodzaak tot bescherming van bepaalde bestanddelen van de persoonlijkheid bepaalt de rechterlijke of parlementaire agenda in (het verval van) de juridische erkenning van die beschermwaardigheid.

Bovendien gebeurt de bescherming zelf op een continuüm tussen afweerrecht en subjectief recht.

Ook de indeling van de persoonlijkheidsrechten varieert per auteur naargelang zijn invalshoek.

Hierna worden kort de algemeen erkende persoonlijkheidsbelangen weergegeven, gecategoriseerd naargelang de aard van het beschermde belang. Of een bepaald belang of een bepaalde bevoegdheid een afweerrecht dan wel een subjectief recht is, blijft daarbij buiten beschouwing.

Wegens hun nauwe(re) band met andere rechtstakken, blijven de persoonlijkheidsrechten als lid van de Staat en ook de morele rechten van uitvinders en auteurs buiten beschouwing.

Voorafkan nog worden opgemerkt dat de beschermde persoonlijkheidsbelangen naar Duits recht, anders dan bij ons, zijn geordend in één algemeen *Persönlichkeitsrecht*, dat wordt onderverdeeld in *besondere Persönlichkeitsrechte*. Een soortgelijke techniek bestaat bij het Amerikaanse *right to privacy* en bij de continentale rechten op eerbiediging van het privé-leven, die telkens bestaan uit verscheidene deelrechten zoals het recht op communicatiegeheim, op afbeelding, enz.

3.1. DE FYSIEKE PERSOONLIJKHEID

132. Op de eerste plaats wordt de fysieke persoonlijkheid beschermd, vóór de geboorte, bij leven en na het overlijden. Voor zover dit vóór de geboorte en na het overlijden gebeurt, wordt de kwalificatie als persoonlijkeidsrecht wel betwist.

De fysieke vrijheid wordt in art. 12 G.W. beschermd. In naam van het algemeen belang kan iemand in zijn vrijheid worden beperkt of daarvan worden beroofd, bv. na een misdrijf of in geval van een geestesziekte.

Artikel 23 G.W. erkent een recht op menswaardig leven, dat onder meer een recht op bescherming van de gezondheid omvat. Op grond hiervan zou men zich kunnen verzetten tegen de plaatsing van gsm-masten of de uitbating van een afvalverbrandingsoven.

De fysieke integriteit bij leven wordt voorts enerzijds strafrechtelijk beschermd tegen inbreuken (art. 392-422 *quater* Sw.). Anderzijds wordt zeggenschap toegekend in verband met het lichaam. Zo heeft iedereen beslissings- en andere rechten in verband met proportionele medische ingrepen met een therapeutisch oogmerk (art. 5-11 Wet Patiëntenrechten). Binnen bepaalde grenzen bestaan beslissingsrechten over donatie van bloed, bloederivaten en bepaalde organen (Orgaantransplantatiewet en Wet 5 juli 1994 betreffende bloed en bloederivaten van menselijke oorsprong).

Op de grens tussen leven en dood wordt een beperkt zelfbeschikkingsrecht erkend in de Euthanasiewet, hierover onder III.3.

Na iemands overlijden worden zijn lijk en lijkbestemming enerzijds beschermd, onder meer strafrechtelijk (bv. art. 340 en 453 Sw.). Anderzijds wordt zeggenschap toegekend in verband met de lijkbestemming. Zo kan verzet worden gedaan tegen de orgaantransplantatie *post mortem* (art. 10 Orgaantransplantatiewet), kan het lichaam worden geschonken aan de wetenschap en kunnen de wijze en levensbeschouwelijke omkadering van de lijkbezorging worden gekozen (bv. art. 6, 15 en 25 Decreet Begraafplaatsen en Lijkbezorging).

3.2. DE INDIVIDUALITEIT VAN DE PERSOON

133. Sommige persoonlijkeidsbelangen betreffen de individualiteit van de persoon, bv. het recht op erkenning van het geslacht en van de geslachtswijziging, het recht op naam en de vrijheid van beroep.

Op grond van het recht op naam kan men zich bv. verzetten tegen het gebruik van zijn naam door iemand anders.

Een voorbeeld van de belangenafweging is terug te vinden bij de vrijheid van beroep. Als de beroepsuitoefening de gezinsbelangen in het gedrang kan brengen, dan kunnen daaraan op grond van art. 216 gevolgen worden gekoppeld in verband met de organisatie van het huwelijksvermogen.

3.3. DE PSYCHISCHE EN MORELE INTEGRITEIT

134. De meeste persoonlijkheidsbelangen hebben betrekking op de psychische en morele integriteit van de individuele persoon.

Wellicht het belangrijkste persoonlijkheidsrecht is het recht op eerbiediging van het privé-leven (art. 22 G.W.), dat via verscheidene andere persoonlijkheidsrechten wordt bereikt. In verband met het privéleven staan bv. de onschendbaarheid van de woning (art. 15 G.W.), het recht op het communicatiegeheim (art. 22 G.W.) en het beroepsgeheim (art. 458 Sw.).⁴³

Tot het privéleven behoren ook iemands affectieve en seksuele betrekkingen en de (ge)aard(heid) ervan.⁴⁴ Wegens deze bescherming mag bv. niet de seksuele geaardheid van leden van een popgroepje worden bekendgemaakt als daarvoor geen gegronde reden bestaat. Opnieuw vindt belangenafweging plaats. In naam van het algemeen belang kunnen bv. bepaalde vormen van seksualiteitsbeleving worden verboden, bv. pedoseksualiteit (art. 372 e.v. Sw.), vergaand sadomasochisme⁴⁵, overspel (art. 213 en 229) of seks op openbare plaatsen (art. 383 en 385 Sw.).

Via rechtersrecht is de bescherming van de afbeelding⁴⁶ en van de stem totstandgekomen.

Het recht op eer en goede naam wordt via verscheidene wegen beschermd, met name ook strafrechtelijk (art. 443 Sw.) en via de Antwoordrechtwet.

3.4. PERSOONLIJKHEIDSBELANGEN ALS LID VAN EEN FAMILIE

135. Sommige persoonlijkheidsrechten beschermen iemands belangen als lid van een familie.

Op grond van het recht op familiesouvenirs kan bv. in eigen de naam de gave nagedachtenis van een overleden familielid of van verre voorouders⁴⁷ worden beschermd.

⁴³ Maar art. 358bis Sw. en Cass. 13 mei 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1203; *VI. T. Gez.* 1987-88, 173, noot M. VAN LIL; in het belang van de verkrachte kan ook aan de verkrachter worden opgelegd een aids-test te ondergaan – HR 18 juni 1993, *NJ* 1993, 642.

⁴⁴ Hof Mensenrechten nr. 7525/76, 22 oktober 1981, *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*, www.echr.coe.int.

⁴⁵ Cass. 8 januari 1998, www.cass.be en Hof Mensenrechten nrs. 42758/98 en 45558/99, 17 februari 2005, K.A. en A.D. t. België.

⁴⁶ L. DIERICKX, *Het recht op afbeelding*, Antwerpen, Intersentia, 2005.

⁴⁷ VN-Mensenrechtencomité nr. 549/1993, 29 juli 1997, *Hopu en Bessert t. Frankrijk*, www.sim.law-uu.nl, 10.3.

De erkenning van afstammings- en familiebanden wordt voorts beschermd onder art. 8 Verdrag Mensenrechten⁴⁸ en art. 7 Kinderrechtenverdrag.

3.5. DE PROCESSUELE PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN

136. Het grotere belang dat tegenwoordig toekomt aan perceptie dan aan werkelijkheid, zal de nood aan bescherming van de processuele persoonlijksrechten, zoals het vermoeden van onschuld, doen toenemen.⁴⁹ Dit recht is bv. in Frankrijk al in art. 7 C.c. ingeschreven.

⁴⁸ Hof Mensenrechten nr. 6833/73, 13 juni 1979, Marckx t. België, www.echr.coe.int.

⁴⁹ Hof Mensenrechten nr. 13583/02, 21 september 2006, Pandy t. België, www.echr.coe.int.

HOOFDSTUK VII. DE NATIONALITEIT

Inhoud

VII.1. Situering en bedenkingen	64
VII.2. Kenmerken van het Belgische nationaliteitsrecht	66
VII.3. De algemene bepalingen van het W.B.N.	68
VII.4. Toekenning van de Belgische nationaliteit	70
4.1. Op basis van de afstamming: <i>ius sanguinis</i>	70
4.2. Op basis van de geboorte in België: <i>ius soli</i>	70
VII.5. Verkrijging van de Belgische nationaliteit	71
5.1. Verklaringen op grond van een recht	72
Nationaliteitsverklaring	72
Nationaliteitskeuze	72
Verkrijging van de nationaliteit door de vreemde echtgenoot van een Belg	73
Verkrijging op basis van het bezit van staat van Belg	73
Herkrijging	74
Procedure	74
5.2. De naturalisatie	75
VII.6. Het verlies van de Belgische nationaliteit	76
6.1. Op grond van een vrijwillige handeling	76
6.2. Op grond van een rechtsfeit	76
6.3. Op grond van vervallenverklaring	77

Wetboek van de Belgische Nationaliteit (W.B.N.)

S. D'HONDT, "De plaats van nationaliteit in het huidige recht: verwerving, rol en doorwerking", in *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen. Deel 8. Procedures en contentieux in het vreemdelingenrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 271-302 – M.C. FOLETS, "Een nieuw nationaliteitsrecht? De Wet van 1 maart

2000 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de Belgische nationaliteit”, *R.W.* 2000-01, 1145-1161 – M.C. FOBLETS, R. FOCQUÉ en M. VERWILGHEN (eds.), *Naar de Belgische nationaliteit. Een jaar toepassing van het nieuwe Wetboek van de Belgische nationaliteit (Wet van 1 maart 2000)*, Brussel, Bruylant, 2002, 849 – S. ISBIAI, “Code de la nationalité belge: chronique de jurisprudence”, *Rev. dr. étr.* 2003, 347-384 – M. VANDEPUTTE en J. CLEMENT, *Nationaliteit*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Story, 2001 – X, *Droit des étrangers et nationalité*, Brussel, Larcier, 2005.

Het W.B.N. is laatst hervormd door de Wet 27 december houdende diverse bepalingen (I), *B.S.* 29 december 2006.

137. De voorgaande hoofdstukken waren gewijd aan de algemene begrippen en beginselen van de persoon(lijkheid) (Hoofdstuk III – Hoofdstuk VI) en aan de bescherming van de persoonlijkheidsrechten, die voor alle categorieën van personen geldt (Hoofdstuk VII).

In dit en de volgende hoofdstukken kan nu de bespreking volgen van het statuut en de bescherming van personen die behoren tot een bepaalde categorie. Aan die categorieën komt een bijzondere plaats toe in het rechtsverkeer, door toekenning van bijzondere mogelijkheden of, meer voorkomend, door oplegging van bijzondere beperkingen.

Eerst komt de nationaliteit aan bod als middel tot categorisering van personen naargelang hun staat in de natie.

Nadien komen de feitelijke resp. de juridische verwijdering uit het rechtsverkeer aan bod van personen op grond van persoonlijke hoedanigheden die hun staat als enkeling bepalen.

VII.1. SITUERING EN BEDENKINGEN

138. Een Staat of Natie bestaat in de regel wanneer er een georganiseerde machtsuitoefening is – door de Natie, art. 33 G.W. – over een volksgemeenschap, die in hoofdzaak op een bepaald grondgebied verblijft.

De nationaliteit is, juridisch, de band tussen een persoon en een Staat, op basis waarvan hij behoort tot de volksgemeenschap van die Staat.

De Belgische nationaliteit is de juridische band tussen een persoon en het Koninkrijk België, op basis waarvan die persoon als Belg wordt beschouwd.

Alle niet-Belgen zijn vreemdelingen. Tussen de vreemdelingen onderling vindt nog een verdere categorisering plaats, die verder grotendeels buiten beschouwing blijft; het gaat om het vreemdelingenrecht, dat aan bod komt in de bijzondere studie Migratie- en migrantenrecht. Het nationaliteits- en vreemdelingenrecht zijn grotendeels federale bevoegdheden (art. 8, 9, 74, 1° G.W.).

Elke natie beslist als regel soeverein over de verwerving en het verlies van (enkel) zijn nationaliteit.⁵⁰ In het Belgische nationaliteitsrecht kan bv. niet worden bepaald dat wie de Belgische nationaliteit verwerft, de vreemde nationaliteit verliest.

139. Vooralsnog is de nationaliteit een element van staat, omdat het iemands rechtstoestand mee bepaalt.

De rechtsgevolgen van de zogenaamde ‘staat in de natie’ zijn vooral *publiekrechtelijk* van aard. Aan de nationaliteit worden doorgaans drie publiekrechtelijke gevolgen gehecht: het actieve en passieve stemrecht (*ius suffragii*), het recht via een openbaar ambt, bv. van rechter, het openbare gezag uit te oefenen (*ius honorum*) en het recht belastingen te (moeten) betalen (*ius tributi*). In België wordt voor het *ius tributi* geen onderscheid gemaakt naar nationaliteit.

Ook *nationaal privaatrechtelijk* is de nationaliteit van belang. Uit art. 191 G.W. en art. 11 blijkt dat de wet uitzonderlijk het genot van bepaalde rechten kan ontzeggen aan vreemdelingen zonder definitief verblijfsrecht. Deze vreemdelingen kunnen bv. worden verplicht tot borgstelling voor kosten die uit een geding voortvloeien (art. 851-852 Ger.W.).

Ten slotte is de nationaliteit van belang voor het *internationaal privaatrecht*. Het internationaal privaatrecht is het nationale recht dat in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen met een vreemd (lees: internationaal) element, de gevolgen van dit vreemde element regelt, namelijk de rechtsmacht van de Belgische rechters, de aanwijzing van het toepasselijk recht en de voorwaarden voor de uitwerking in België van buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten in burgerlijke zaken en in handelszaken (art. 2 Wetboek IPR). Zo wordt bv. voor de bepaling van iemands staat en bekwaamheid het recht van zijn nationaliteit toegepast, zij het met toenemende uitzonderingen (art. 34 e.v. Wetboek IPR).

140. De nationaliteit en het nationaliteitsrecht zijn in crisis om verschillende redenen. Het belang van de Belgische nationaliteit als element van staat neemt ten eerste af doordat meer algemeen de Belgische staat afbrokkelt, in twee richtingen. Enerzijds is er de toenemende defederalisering, waardoor de rechtsgevolgen van het lidmaatschap van de deelstatelijke entiteiten belangrijk worden. Anderzijds verliest de Belgische staat bevoegdheden aan hogere niveaus, met de ontwikkeling van een burgerschap van de Europese Unie (art. 17 EG-Verdrag) als belangrijkste evolutie.

Ten tweede hebben de opeenvolgende wijzigingen aan het W.B.N. de toegang tot de nationaliteit steeds verder versoepeld. Niet alleen zijn bijkomende categorieën van personen bepaald die de nationaliteit kunnen verwerven, meer algemeen zijn ook de

⁵⁰ H.v.J. 7 juli 1992, nr. C-369/90, Micheletti e.a. t. Delegación del Gobierno en Cantabria, www.curia.europa.eu.

vereisten waaraan daarvoor moet zijn voldaan, versoepeld. 'Iedereen Belg': van een middel tot categorisering kan dan nog bezwaarlijk sprake zijn.

Ten derde is er de al genoemde tendens naar egalisering in ons recht. In toenemende mate worden de uitzonderlijke rechtsverkeersbeperkingen van vreemdelingen in ons recht afgeschaft. Zo is er bv. het beperkte gemeentelijke stemrecht voor vreemdelingen wat betreft het *ius suffragii*.⁵¹ Zo is er bv. de betere toegankelijkheid voor vreemdelingen tot het openbaar ambt, zoals politiediensten, wat betreft het *ius honorum*.

Uit de tweede en derde evoluties blijkt dat de Belgische wetgever met twee handen geeft, waar beter een keuze voor één weg zou worden gemaakt. In een boutade: *of* de snel-Belg-wet *of* het stemrecht voor vreemdelingen.

Ten slotte moet vastgesteld dat de nationaliteit als abstracte categorie op veel plaatsen wordt vervangen door de feitelijke categorie van de (hoofd)verblijfplaats, bv. in de art. 34 e.v. Wetboek IPR. Deze tendens van 'verfeitelijking' kwam eerder al ter sprake. Er is dus minstens nood aan herbronning.

VII.2. KENMERKEN VAN HET BELGISCHE NATIONALITEITSRECHT

141. Het Belgische nationaliteitsrecht heeft de volgende kenmerken:

1/ Als element van staat raakt de nationaliteit uiteraard de *openbare orde*; zie hierboven IV.1.

2/ De nationaliteit is *algemeen*. In overeenstemming met internationale verdragen is onze nationaliteitswetgeving er zoveel als mogelijk op georganiseerd dat iedereen een nationaliteit heeft. Daarmee wordt staatloosheid of apatridie vermeden.

Zo is ieder kind dat in België wordt geboren Belg als het anders staatloos is (art. 10, eerste lid W.B.N.); zo kan een Belg geen afstand doen van zijn nationaliteit als hij geen andere nationaliteit verwerft (art. 22, § 1, 2° W.B.N.).

Apatriden hebben een statuut dat vergelijkbaar is met dat van vluchtelingen. De vaststelling van de apatridie is een (niet-geregelde) vordering van staat.

3/ De nationaliteit kan *meervoudig* zijn. Tot 2006 ging de voorkeur van de Belgische werkgever naar een enkelvoudige nationaliteit. Zo verloor de Belg die vrijwillig een vreemde nationaliteit verwierf, de Belgische nationaliteit. Door de toenemende internationale mobiliteit, het toenemende aantal gemengde huwelijken en de gelijkheid

⁵¹ Wet 19 maart 2004 tot toekenning van het actief kiesrecht bij de gemeenteraadsverkiezingen aan vreemdelingen, B.S. 23 april 2004.

man-vrouw, was het verbod op een dubbele of meervoudige nationaliteit achterhaald. Een Belg mag daarom sinds eind 2006 ook (een) andere nationaliteit(en) hebben.

4/ Tot begin de jaren 1990 bestonden er verschillende categorieën van Belgische nationaliteit, naargelang de wijze waarop men de nationaliteit had verkregen. Als regel bestaat er nu nog maar één soort Belgische nationaliteit, met *uniforme* rechtsgevolgen. Artikel 23, § 1 W.B.N. maakt nog een uitzondering, door de mogelijkheid tot vervallenverklaring van de Belgische nationaliteit te laten afhangen van de manier waarop men Belg werd.

5/ Door de afnemende rechtsgevolgen die nog aan de Belgische nationaliteit worden gehecht, worden de mogelijkheden om de nationaliteit te verwerven of ze te verliezen versoepeld. De nationaliteit is met andere woorden *veranderbaar*.

6/ Het bestaan van een Staat veronderstelt, zoals vermeld, een grondgebied waarop een volksgemeenschap waarover soevereine machtsuitoefening mogelijk is. De verwerving van de nationaliteit door potentiële leden van de volksgemeenschap kan afhankelijk worden gesteld van een band met het grondgebied (door geboorte of hoofdverblijfplaats, *ius soli*) dan wel van een band met de volksgemeenschap (door afstamming, *ius sanguinis*). Ons nationaliteitsrecht heeft lang een pendelbeweging gemaakt tussen deze twee aanknopingspunten.

In het huidige W.B.N. komen de twee aanknopingspunten als evenwaardig naar voor. Voor de verwerving van de Belgische nationaliteit is vereist dat het nieuwe lid van onze volksgemeenschap *een socio-economische band met België* heeft, bv. doordat zijn ouders Belg zijn, doordat hij hier geboren is of al lang woont enz.

Tot de zogenaamde snel-Belg-wet van 2000 werd naast de vereiste objectieve band ook de subjectieve integratiewil getoetst. Naar volksopvattingen kwam de wijkagent dan vragen of bv. de nieuweling wel recepten van Belgische streekgerechten kende of nog de personages van een populaire soap. Deze positieve subjectieve toets is voorlopig na veel discussie verdwenen. De objectieve aanknopingsfactoren volstaan als regel om er de nationaliteit mee te verwerven, onder voorbehoud van een beletsel wegens gewichtige feiten eigen aan de persoon. Dit negatieve toetsingsrecht komt verder aan bod.

7/ Een laatste uitgangspunt van ons nationaliteitsrecht is dat wie *in socio-economisch opzicht afhankelijk* is van een ander, die andere volgt in de verwerving of het verlies van de nationaliteit.

Dat is zo voor minderjarigen, wier Belgische nationaliteit die van de oorspronkelijke of adoptieve ouder als regel volgt (bv. art. 8, § 4; 9, laatste lid; 11, laatste lid; 12, 22; § 1, 2° en 6° W.B.N.).

Nu vrouwen niet meer economisch afhankelijk worden beschouwd van hun echtgenoot – en om schijnhuwelijken te vermijden, heeft het huwelijk van de vrouw geen automatische gevolgen meer voor haar nationaliteit.

VII.3 DE ALGEMENE BEPALINGEN VAN HET W.B.N.

142. Hoofdstuk I van het W.B.N. bevat een aantal algemene bepalingen, van toepassing op verscheidene vormen van verwerving en verlies van de Belgische nationaliteit:

1/ Ten eerste hebben de verwerving en het verlies van de Belgische nationaliteit enkel gevolgen voor de *toekomst* (art. 2 W.B.N.). Ze zijn constitutief van staat.

Hieruit volgt dat verworven rechten en plichten behouden blijven en dat niet retroactief rechten kunnen worden toegekend of plichten worden opgelegd. Dat is ook zo bij verlies van de Belgische nationaliteit na succesvolle betwisting van de oorspronkelijke afstammingsband op grond waarvan iemand de nationaliteit (mee) kreeg (art. 8, § 4 en 11, vierde lid W.B.N.). Dit is een uitzondering op de principiële terugwerkende kracht van declaratieve vorderingen van staat (hierboven, IV.2).

2/ De vaststelling van de (afwezigheid van) *afstammingsband* heeft maar automatisch de verwerving (of het verlies) *ex nunc* (art. 2 W.B.N.) van de nationaliteit tot gevolg, als ze gebeurt voor de meerderjarigheid of ontvoogding (art. 3 W.B.N.). Werd het kind geadopteerd, dan blijft de vaststelling van de oorspronkelijke afstammingsbanden zonder gevolg als die vaststelling niet tegenover de adoptant gebeurt (art. 8, § 3 en 11, derde lid W.B.N.).

3/ Het *bewijs* van de Belgische nationaliteit wordt geregeld in art. 4 en 5 W.B.N. Dit bewijs veronderstelt als regel het bewijs dat aan de wettelijke voorwaarden en vormvereisten voor verwerving is voldaan. Wanneer de nationaliteit alleen op afstamming of adoptie berust, volstaat het dat de ouder of adoptant zonder onderbreking de staat van Belg heeft bezeten. De lezer weet al dat het bezit van de staat van Belg wordt verkregen door uitoefening van de rechten die uitsluitend aan Belgen worden toegekend (art. 4, tweede lid W.B.N. en hierboven IV.3). Ook weet hij intussen dat er dat niet veel meer zijn... (hierboven VIII.1).

Artikel 5 W.B.N. bevat een technische regeling over de akten die met het oog op de bewijslevering (buitenlandse) akten van de burgerlijke stand kunnen vervangen.

4/ De art. 6 en 7 W.B.N. laten *vertegenwoordiging* toe voor iedere rechtshandeling met betrekking tot de nationaliteit.

Eenzijds is vertegenwoordiging via lastgeving mogelijk, op voorwaarde dat de lasthebber een bijzondere en authentieke volmacht heeft.

Anderzijds worden wegens hun geestestoestand onbekwame meerderjarigen vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordiger of hun bewindvoerder. Men neemt overwegend aan dat met de voorlopige bewindvoerder nu de bewindvoerder van art. 488*bis* wordt bedoeld; hierover verder meer.

De wetgever vermeldt niets over de vertegenwoordiging van minderjarigen. Rechtshandelingen in verband met de nationaliteit zijn als regel pas mogelijk na de leeftijd van achttien jaar, dus na de meerderjarigheid. Vóór die leeftijd geldt een rechtsonbekwaamheid: er is geen recht. Bij gebreke van bestaand recht, is voor dat recht uiteraard geen vertegenwoordiging mogelijk. In de gevallen waarin wel een rechtshandeling voor de leeftijd van achttien jaar mogelijk is (bv. art. 16 W.B.N.), moet worden aangenomen dat de minderjarige hiervoor zelf uitzonderlijk handelingsbekwaam is. Is hij zelf niet in staat de handeling geldig te stellen, dan is geen vertegenwoordiging mogelijk. Het voorgaande doet niets af aan de mogelijkheid voor ouders om in eigen hoedanigheid, dus niet als vertegenwoordiger, rechtshandelingen te stellen in verband met de nationaliteit van hun kind (bv. art. 8, § 1, 2°, b) W.B.N.). Aan het kind wordt in dat geval (als object) de nationaliteit *toegekend*; hij *verkrijgt* ze niet (subject).

5/ Op vele plaatsen in het W.B.N. wordt als ontvankelijkheids- of grondvoorwaarde voor de verwerving van de nationaliteit bepaald dat de betrokkene gedurende een zekere periode of op het ogenblik van een verzoek of verklaring, zijn *hoofdverblijfplaats* in België moet hebben (over het begrip hoofdverblijfplaats, hierboven V.3). Het Arbitragehof had de wetgever aangemaand, voor alle vergelijkbare categorieën van vreemdelingen op eenvormige wijze te bepalen of het hoofdverblijf ook wettig moet zijn.⁵²

In art. 7*bis*, § 1 W.B.N. wordt nu bepaald dat men op het ogenblik van een verzoek of verklaring tot verwerving van de Belgische nationaliteit, als regel⁵³ wettig in België moet verblijven. Wat onder wettig verblijf wordt verstaan, wordt omschreven in art. 7*bis*, § 2 W.B.N.

Elders in het W.B.N. wordt het vereiste wettige verblijf gedurende een zekere periode uitdrukkelijk vereist (bv. art. 12*bis*, § 1, 3°; art. 16, § 2, 2°).

⁵² Arbitragehof, nr. 93/2005, 25 mei 2005, www.arbitrage.be.

⁵³ Zie voor een uitzondering bv. art. 12*bis*, § 1, 2° W.B.N.

VII.4. TOEKENNING VAN DE BELGISCHE NATIONALITEIT

143. De *toekenning* van de Belgische nationaliteit is de verwerving die niet afhankelijk is van een vrijwillige handeling van de belanghebbende met het oog op de verwerving (art. 1 W.B.N.).

Dat anderen, bv. de ouders, in eigen hoedanigheid een handeling stellen met betrekking tot de nationaliteit van de belanghebbende, neemt niet weg dat van toekenning sprake is.

De Belgische nationaliteit kan enkel aan een minderjarige worden toegekend, niet aan een meerderjarige.

4.1. OP BASIS VAN DE AFSTAMMING: *IUS SANGUINIS*

144. Een kind is Belg als één van zijn ouders (in oorspronkelijke afstamming) op het ogenblik van diens overlijden of de (latere) geboorte van het kind Belg was.

Bovendien moet een socio-economische band met België blijken doordat het kind ook in België is geboren, het kind in het buitenland is geboren maar zijn ouder in België, het kind in het buitenland is geboren en zijn ouder binnen de vijf jaar verzoekt de Belgische nationaliteit aan het kind toe te kennen of het kind in het buitenland is geboren en vóór zijn achttiende geen andere nationaliteit zou hebben (art. 8 W.B.N.). Hoewel dat bezwaarlijk *ius sanguinis* kan worden genoemd, bestaat een vergelijkbare regeling voor de adoptie door een Belg van een minderjarige (art. 9 W.B.N.).

De verkrijging van de Belgische nationaliteit door een ouder of adoptant, die het ouderlijk gezag uitoefent, heeft de toekenning van de nationaliteit aan de minderjarige tot gevolg (art. 12 W.B.N.).

4.2. OP BASIS VAN DE GEBOORTE IN BELGIË: *IUS SOLI*

145. Om apatridie te vermijden, krijgt en behoudt het kind dat in België wordt geboren de Belgische nationaliteit, als het vóór zijn meerderjarigheid geen andere nationaliteit heeft noch kan verkrijgen (art. 10, 1^e en 2^e lid W.B.N.).

Voor de toepassing van deze regel, wordt een vondeling vermoed in België te zijn geboren (art. 10, 3^e lid, W.B.N.).

146. Derdegeneratievreemdelingen worden automatisch Belg. Derdegeneratievreemdelingen zijn kinderen geboren in België, wier ouder of adoptant zelf in België is

geboren en er gedurende vijf jaar zijn hoofdverblijf heeft gehad in de tien jaren voorafgaand aan de geboorte of adoptie (art. 11 W.B.N.).

147. Tweedegeneratievreemdelingen kunnen op grond van art. 11*bis* W.B.N. Belg worden na een verzoek tot toekenning van de nationaliteit door hun ouders of adoptant, vóór het kind twaalf jaar wordt. Adoptie op latere leeftijd blijft hier dus zonder invloed. Het kind moet in België geboren zijn en er sindsdien zijn hoofdverblijf hebben gehad. De ouder(s) moet(en) hoofdverblijf in België hebben gedurende tien jaren vóór de verklaring; minstens één van de ouders moet op dat ogenblik ook gemachtigd zijn tot een verblijf van onbeperkte duur.

Zijn er twee beschikbare ouders, dan leggen zij als regel de verklaring samen af. Het verzet van de ouder die geen hoofdverblijf heeft in België, blijft zonder invloed als het recht op verzet wordt misbruikt en de verklaring tot toekenning van de nationaliteit geen ander doel heeft dan het belang van het kind (art. 11*bis*, § 7 W.B.N.).

De verklaring wordt tegen ontvangst afgelegd voor de ambtenaar van de burgerlijke stand. De verdere procedure is geregeld in art. 11*bis*, §§3 e.v. W.B.N. Het parket beschikt als regel over een termijn van vier maanden om verzet aan te tekenen of te verklaren dat niet te doen. Doet het niets, dan wordt er geacht geen verzet te zijn. Het verzet kan enkel hierop berusten dat volgens het parket de verklaring een ander oogmerk heeft dan het belang van het kind om de Belgische nationaliteit toegekend te krijgen, bv. een verblijfsrechtelijk voordeel voor de ouder.⁵⁴ De rechtbank van eerste aanleg beslist over het verzet.

De verklaring heeft gevolgen vanaf de inschrijving in de registers van de burgerlijke stand, desgevallend nadat het verzet definitief werd afgewezen.

VII.5. VERKRIJGING VAN DE BELGISCHE NATIONALITEIT

D. NUYTS, “Verkrijging van de Belgische nationaliteit”, in *Administratieve wegwijzer voor vreemdelingen, vluchtelingen en migranten*, Mechelen, Kluwer, losbladig.

148. De verkrijging van de Belgische nationaliteit is de verwerving die afhankelijk is van een vrijwillige handeling van de belanghebbende met het oog op de verwerving (art. 1 W.B.N.). Anders dan de toekenning gebeurt de verkrijging dus nooit automatisch.

⁵⁴ Vergelijk met H.v.J. 19 oktober 2004, C-200/02, (Chen e.a.), www.curia.europa.eu over een Chinese vrouw die in Noord-Ierland was bevallen om vervolgens op een verblijfsrecht aanspraak te maken via haar dochter, die wegens de geboorte in Ierland de Ierse nationaliteit had.

Als regel is de verkrijging enkel mogelijk voor meerderjarigen, zie bv. art. 12*bis*, eerste lid en art. 14, eerste lid, 1° W.B.N. én kunnen meerderjarigen de Belgische nationaliteit enkel verkrijgen en niet toegekend zien.

De verklaringen waarmee de nationaliteit wordt verkregen, berusten meestal op een recht om de Belgische nationaliteit onder bepaalde voorwaarden te verwerven. In sommige gevallen is dat recht al wat sterker dan in andere. De procedure is vergelijkbaar voor alle gevallen.

Uitzonderlijk berust de toekenning van de nationaliteit na een verklaring niet op een recht maar op een gunst. Dat is de naturalisatie, met een eigen procedure.

5.1. VERKLARINGEN OP GROND VAN EEN RECHT

Nationaliteitsverklaring

149. De nationaliteitsverklaring (art. 12*bis* W.B.N.) is mogelijk voor drie categorieën van vreemdelingen.

De verklaring kan ten eerste worden gedaan door de vreemdeling die in België is geboren en er sinds zijn geboorte zijn hoofdverblijf heeft.

Ten tweede kan de verklaring worden gedaan door een vreemdeling, in België of in het buitenland geboren, van wie een ouder Belg is op het ogenblik van de verklaring. Gaat het om een adoptieve ouder, dan moet de adoptie gevolgen hebben vóór de ontvoogding of de leeftijd van achttien van de vreemdeling. De wetgever wil hiermee misbruik van de adoptie vermijden. De vreemdeling mag zijn hoofdverblijfplaats in het buitenland hebben, maar moet dan wel aantonen werkelijke banden te hebben bewaard met zijn in België hoofdverblijf houdende ouder.

Ten slotte kan de verklaring worden gedaan door de vreemdeling die sinds ten minste zeven jaar zijn wettige⁵⁵ hoofdverblijf in België heeft gevestigd en die, op het tijdstip van de verklaring, een verblijfsrecht van onbepaalde duur heeft.

Nationaliteitskeuze

150. De nationaliteitskeuze is geregeld in art. 13-14 W.B.N.

De keuze is mogelijk voor het in België geboren kind, voor het in het buitenland geboren kind van wie een adoptant op het tijdstip van de verklaring Belg is, voor het

⁵⁵ Bij gebreke van uitdrukkelijke bepaling in art. 12*bis*, § 1, 1° lid, 3° W.B.N. vóór 2006 had het Hof van Cassatie eerst aangenomen dat het hoofdverblijf ook onwettig geweest mocht zijn : Cass. 16 januari 2004, *T.B.B.R.* 2005, 259, noot T. ROBERT, "Het begrip 'hoofdverblijf' in het W.B.N.: discussie (voorlopig) gesloten". In art. 299 Programmawet 27 december 2004 is een andersluidende interpretatieve bepaling opgenomen (T. ROBERT, *T.B.B.R.* 2005, 328). Het hoofdverblijf moet gedurende 7 jaar wettig geweest zijn. In die zin nu Cass. 20 juni 2006, www.cass.be. Daags na dat arrest is een beroep tot vernietiging van de betreffende bepaling afgewezen in Arbitragehof, nr. 102/2006, 21 juni 2006, www.arbitrage.be.

in het buitenland geboren kind van wie een ouder of een adoptant op het tijdstip van die geboorte Belg was of geweest was en voor het kind dat voor de leeftijd van zes jaar gedurende ten minste één jaar zijn hoofdverblijf in België heeft gehad samen met een persoon die over hem wettelijk het gezag uitoefende.

Bovendien moet de belanghebbende ouder zijn dan achttien jaar en jonger dan tweeëntwintig, zijn hoofdverblijf in België hebben gehad gedurende de twaalf maanden voorafgaand aan de keuze, en zijn hoofdverblijf in België hebben gehad, hetzij vanaf de leeftijd van veertien tot achttien jaar, hetzij gedurende ten minste negen jaar. Deze voorwaarde geldt niet voor het in het buitenland geboren kind van wie een ouder of een adoptant op het tijdstip van die geboorte Belg was of geweest was. Verblijf in het buitenland kan met een verblijf in België worden gelijkgesteld, als er nog een werkelijke band met België was.

Verkrijging van de nationaliteit door de vreemde echtgenoot van een Belg

151. Zoals gemeld, heeft het huwelijk van de vrouw van rechtswege geen gevolg meer op haar nationaliteit. Onder meer om schijnhuwelijken te voorkomen, zijn de nationaliteitsrechtelijke voordelen van het huwelijk zo beperkt mogelijk gehouden.

Toch levert het (tenminste) nog (nationaliteitsrechtelijke) voordelen op (art. 16 W.B.N.).

Een nationaliteitskeuze kan worden gedaan door de minderjarige of meerderjarige vreemdeling die met een Belg(ische) is gehuwd, zolang zij in België samenleven.

Bovendien moeten ze ofwel gedurende ten minste drie jaar in België samen hebben verbleven – de voorhuwelijkse samenwoning telt mee, ofwel gedurende ten minste zes maanden in België samen hebben verbleven, op voorwaarde dat de belanghebbende op het ogenblik van de verklaring sinds ten minste drie jaar een verblijfsrecht van meer dan drie maanden of een vestigingsrecht had. Samenleven in het buitenland kan worden gelijkgesteld met samenleven in België, wanneer de belanghebbende bewijst dat er tussen hem en België een werkelijke band is ontstaan.

Verkrijging op basis van het bezit van staat van Belg

152. Nationaliteitskeuze is ook mogelijk voor de minderjarige of meerderjarige die tien jaar zonder onderbreking bezit van staat van Belg heeft gehad, welk bezit nu wordt betwist (art. 17 W.B.N.). De verklaring moet worden afgelegd binnen het jaar nadat het bezit niet meer vaststaat of binnen het jaar na de meerderjarigheid, wanneer de afstamming voor de meerderjarigheid wordt betwist. Het parket (zie verder) heeft hier géén opportuniteitsoordeel te maken, enkel een wettigheidsoordeel.

Herkrijging

153. Wie ooit de Belgische nationaliteit had, maar ze is verloren, kan ze herkrijgen als hij ze niet verloor door vervallenverklaring en sinds twaalf maanden voorafgaand aan de verklaring zijn hoofdverblijf in België had. Hij moet daartoe na de meerderjarigheid een verklaring doen (art. 24 W.B.N.).

Na verlies van de nationaliteit door vrijwillige afstand, zal het parket in principe negatief adviseren over herkrijging. De omstandigheden van het verlies van de nationaliteit en de redenen voor de herkrijging kunnen echter een positief advies rechtvaardigen. Om dezelfde redenen kan ook van het vereiste hoofdverblijf worden afgeweken.

Procedure

154. De procedures beginnen altijd met een verklaring tegen ontvangstbewijs voor de ambtenaar van de burgerlijke stand of het hoofd van de diplomatieke of consulaire post van de hoofdverblijfplaats. Die stuurt de verklaring voor advies naar het parket. Er wordt ook een afschrift verzonden aan de Dienst Vreemdelingenzaken en aan de Veiligheid van de Staat.

Het parket beschikt vervolgens als regel over een termijn van vier maanden om verzet te doen of te verklaren geen verzet te doen. Doet het niets, dan wordt het geacht geen verzet te doen.

Het verzet kan op twee zaken berusten.

Eerst gaat het parket in een wettigheidstoezicht na of aan alle grond- en vormvoorwaarden is voldaan.

Daarnaast maakt het parket een opportuniteitsoordeel over de toekenning van de nationaliteit. Het doet verzet als er een beletsel is wegens gewichtige feiten, eigen aan de persoon. Dit moet worden gemotiveerd. Het gaat bv. om drughandel of prostitutie. Zoals gemeld, mag de integratiewil niet meer worden nagegaan. Dat de belanghebbende de verklaring doet, zou zijn integratiewil aantonen. Het opportuniteitsoordeel is niet toegestaan ingeval de verklaring berust op het bezit van staat van Belg.

In geval van verzet kan de belanghebbende twee wegen bewandelen.

Ofwel vraagt hij de aanhangigmaking van de zaak bij de rechtbank van eerste aanleg.

De verklaring wordt dan via gerechtelijke weg afgehandeld.

Ofwel vraagt de belanghebbende de aanhangigmaking niet en zal de ambtenaar van de burgerlijke stand het verzoek automatisch overmaken aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers. Daar wordt het verzoek verder behandeld als een naturalisatieaanvraag (zie 5.2). Aan de grondvoorwaarden daarvan moet dan zijn voldaan.

5.2. DE NATURALISATIE

155. De naturalisatie is geregeld in de art. 19-21 W.B.N. Er zijn twee soorten naturalisatieaanvragen: de zelfstandige (rechtstreekse) en de afgeleide, na negatief advies over een nationaliteitsverklaring (zie hierboven).

Binnen bepaalde voorwaarden kan de naturalisatie als Belg worden gevraagd aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers. Ook al is aan alle voorwaarden voldaan, de verkrijging van de nationaliteit op deze grond is een gunst en geen recht.

De naturalisatie wordt verleend door een wet in de formele zin van het woord (art. 9 en 74, 1° G.W.). Doordat het gaat om een gunstmaatregel waarover de wetgever soeverein beslist, is uiteraard geen toetsing aan het gelijkheidsbeginsel mogelijk.⁵⁶

156. Elke aanvrager moet op het ogenblik van de aanvraag minstens achttien zijn en sinds drie jaar wettig hoofdverblijf hebben in België. Een verblijf in het buitenland kan daarmee worden gelijkgesteld. De termijn wordt herleid tot twee jaar voor politieke vluchtelingen. De aanvrager moet gedurende heel de procedure in België wettig hoofdverblijf houden.

De procedure verloopt als volgt.

Het zelfstandige verzoek gebeurt rechtstreeks bij de Kamer of bij de ambtenaar van de burgerlijke stand, die het overmaakt aan de Kamer. De behandeling van het verzoek wordt verdaagd als de betrokkene ook een nationaliteitsverklaring s.b. aflegde.

Het afgeleide verzoek wordt automatisch aan de Kamer overgemaakt na negatief advies van het parket als er geen verzoek is tot aanhangigmaking bij de rechtbank van eerste aanleg.

Vervolgens gebeurt een wettigheids- en opportuniteitsonderzoek door drie diensten: het parket, de Dienst Vreemdelingenzaken en de Dienst Veiligheid van de Staat. Die beschikken daarvoor als regel over een termijn van vier maanden, na verloop waarvan het advies geacht wordt positief te zijn. In geval van een afgeleid verzoek kan de aanvrager zelf of op verzoek een memorie indienen. Verder onderzoek door de drie betrokken diensten is dan mogelijk.

Vervolgens wordt over de naturalisatie gestemd in de Kamer. De naturalisatie is verworven na publicatie van de betreffende wet in het *Belgisch Staatsblad*.

⁵⁶ Arbitragehof nr. 61/96, 7 november 1996, www.arbitrage.be, r.o. B.12.

VII.6. HET VERLIES VAN DE BELGISCHE NATIONALITEIT

D. NUYTS, “Verkrijging van de Belgische nationaliteit”, in *Administratieve wegwijzer voor vreemdelingen, vluchtelingen en migranten*, Mechelen, Kluwer, losbladig.

157. Het verlies van de Belgische nationaliteit kan berusten op een vrijwillige handeling van de belanghebbende, op een rechtsfeit en op een gerechtelijke procedure.

6.1. OP GROND VAN EEN VRIJWILLIGE HANDELING

158. Er kan vrijwillig afstand worden gedaan van de Belgische nationaliteit. Deze afstand wordt ingewilligd, behalve wanneer de belanghebbende niet kan aantonen dat hij een vreemde nationaliteit heeft of zal hebben (art. 22, § 1, 2° W.B.N.). De Belgische wetgever wil apatridie vermijden. Zoals vermeld, is verkrijging van de Belgische nationaliteit na vrijwillige afstand als regel niet mogelijk.

6.2. OP GROND VAN EEN RECHTSFEIT

159. De Belg verliest zijn Belgische nationaliteit door langdurig verblijf in het buitenland zonder behoud van een effectieve band met België. Hiertoe moet hij in het buitenland zijn geboren, er ononderbroken zijn hoofdverblijfplaats hebben gehad van zijn achttiende tot achtentwintigste verjaardag en niet door de Belgische overheid of een Belgische (rechts)persoon tewerkgesteld zijn. Het verlies van de Belgische nationaliteit kan worden vermeden door een eenmalige verklaring, vóór de leeftijd van achtentwintig jaar, de Belgische nationaliteit te willen behouden (art. 22, § 1, 5° W.B.N.).

Het minderjarige, niet-ontvoogde kind volgt zijn laatste Belgische ouder in het (vrijwillige) verlies van de nationaliteit, zij het op voorwaarde dat het de vreemde nationaliteit van de ouder heeft of krijgt – dit is de bescherming tegen apatridie (art. 22, § 1, 3° en 6° W.B.N.).

Het minderjarige, niet-ontvoogde kind dat door een vreemdeling wordt geadopteerd, verliest de Belgische nationaliteit als het de nationaliteit van de adoptant krijgt – bescherming tegen apatridie – en geen Belgische ouder of adoptant overhoudt (art. 22, § 1, 4° W.B.N.).

De minderjarige die op grond van de apatridienregelen de Belgische nationaliteit verkreeg of behield, verliest ze als hij voor zijn meerderjarigheid een vreemde nationaliteit verwerft.

6.3. OP GROND VAN VERVALLENVERKLARING

160. De vervallenverklaring van de Belgische nationaliteit kan als sanctie worden uitgesproken tegen alle Belgen behalve tegen de Belgen die hun nationaliteit verkregen door geboorte uit een ouder die Belg was op de dag van hun geboorte of als derdegeneratievreemdeling (art. 23 W.B.N.).

161. Vervallenverklaring is mogelijk in twee gevallen.

Op de eerste plaats is vervallenverklaring mogelijk binnen een vervaltermijn van vijf jaar na de verkrijging van de Belgische nationaliteit, indien bij de verkrijging fraude is gepleegd. Onder fraude wordt verstaan: het gebruik van valse verklaringen of valse of vervalste documenten, die doorslaggevend waren bij de verkrijging.

Op de tweede plaats kan de vervallenverklaring worden uitgesproken wegens ernstige tekortkomingen aan de verplichtingen als Belgische burger. Na WO II is van de vervallenverklaring gebruik gemaakt tegen zogenaamde ‘incivieken’ die met de bezetter hadden gecollaboreerd. Recenter is een procedure tot vervallenverklaring opgestart tegen een aantal moslimfundamentalisten, naar aanleiding van een veroordeling wegens betrokkenheid bij Al Qaeda.

162. De procedure verloopt op vordering van het Parket-Generaal voor het Hof van Beroep, volgens de procedure in strafzaken. Er is géén bescherming tegen apatridie. De vervallenverklaarde persoon kan enkel via naturalisatie terug Belg worden.

HOOFDSTUK VIII. DWANGOPNEMING VAN GEESTESZIEKEN

Inhoud

VIII.1.	Situering	80
VIII.2.	Persoonlijk toepassingsgebied van de wet	82
VIII.3.	Materiële toepassingsvoorwaarden	83
3.1.	Geestesziekte	83
3.2.	Gevaar	85
3.3.	Causaal verband tussen geestesziekte en gevaar	86
3.4.	De toestand moet de opneming vereisen	87
3.5.	Geen andere geschikte behandeling	87
VIII.4.	Procedure	87
4.1.	Bevoegdheid	87
4.2.	Gewone procedure	88
4.3.	Spoedprocedure	88
VIII.5.	Maatregelen	89
5.1.	Behandeling in een ziekenhuis	89
Observatieperiode		89
Verder verblijf		89
Nazorg		90
5.2.	Verpleging in een gezin	91
5.3.	Waarborgen	91
VIII.6.	Dwangbehandeling?	91
VIII.7.	De bekwaamheid van de opgenomen geesteszieke	92

Wet Bescherming Persoon Geesteszieke

C. ALEXANDER en S. GUTWIRTH, *Te gek voor Recht?*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 181 – G. BAETEMAN (ed.), *Het nieuwe statuut van de geesteszieken. (Wetten van 1990-1991)*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 294 – G. BENOIT, I. BRANDON en J. GILLARDIN, *Malades mentaux et incapables majeurs*, Brussel, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994 – H. NYS, *Wet Bescherming Persoon Geesteszieke*, in *Comm. Pers.* – M. RONSE, “Opsluiten, isoleren en binden en de wet betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke”, *Vl. T. Gez.* 1991-92, 235-243 – P. SENAËVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, 305 – F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000 – F. SWENNEN en N. CALUWÉ, “Dwangopname van minderjarigen”, in X, *Jongeren & psychiatrie*, Antwerpen, Intersentia, 2007 – X., *Les incapacités*, Luik, Formation Permanente CUP, 2003, 313 – X., *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs: Le droit belge après les réformes*, Diegem, Story-Scientia, 1996, 374.

VIII.1. SITUERING

163. Iedereen heeft als regel het recht te gaan en te staan waar hij wil. De persoonlijke vrijheid en veiligheid zijn gewaarborgd in art. 5 Verdrag Mensenrechten en art. 12 G.W. Uitzonderlijk zijn vrijheidsbeperkingen of -berovingen nochtans toegelaten, als daarvoor een goede verantwoording bestaat.

Eén van de toegelaten redenen voor een vrijheidsbeperking of -beroving is iemands gezondheidstoestand; art. 5, e) Verdrag Mensenrechten laat (enkel) de rechtmatige gevangenhouding toe van personen die een besmettelijke ziekte zouden kunnen verspreiden, van geesteszieken en van verslaafden aan alcohol of andere verdovende middelen.⁵⁷

Het gaat hier duidelijk om een maatregel die verband houdt met een persoonlijke hoedanigheid: de gezondheidstoestand.

In België wordt die maatregel in hoofdzaak geregeld in de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke. Deze wet verwijst door naar de Wet Sociaal Verweer wat betreft meerderjarige delinquente geesteszieken en naar de Jeugdbeschermingswet wat betreft minderjarige delinquente geesteszieken, al bevat die wet een herverwijzing naar de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke.

164. De gevangenhouding van geesteszieken mag niet automatisch hun onbekwaamheid in het rechtsverkeer tot gevolg hebben.⁵⁸

Strikt genomen is er dus geen reden om de dwangopneming van geesteszieken onder het personenrecht te behandelen, als ‘staat van de persoon als enkeling’. De inbreuk

⁵⁷ Recentelijk nog in verband met geesteszieken: Hof Mensenrechten nr. 61603/00, 16 juni 2005, Storck t. Duitsland, www.echr.coe.int, §§ 71-78.

⁵⁸ Hof Mensenrechten nr. 6301/73, 24 oktober 1979, Winterwerp t. Nederland, www.echr.coe.int; *T. Vred.* 2002 (verkort), 264, noot I. BRANDON.

op de persoonlijke vrijheid daargelaten, blijft de staat van de geesteszieke abstract gezien immers ongewijzigd.

Toch moet duidelijk zijn dat een feitelijke verwijdering uit het rechtsverkeer aan een persoon in grote mate de feitelijke mogelijkheden ontnemt om zijn persoon en zijn vermogen juridisch te vormen. Daartoe is de persoonlijke vrijheid immers een voorwaarde. Een bespreking van de beroving van de vrijheid is aldus gerechtvaardigd vooraleer in het volgende hoofdstuk de abstracte onbekwaamheid te onderzoeken.

165. Wegens de uitwassen onder het Nazi-regime, nadien onder het communisme en de bestrijding daarvan, gaat op het vlak van de mensenrechten veel aandacht naar de bescherming van geesteszieken.

Het Hof Mensenrechten heeft in het arrest Winterwerp t. Nederland (1979) voor het eerst een aantal basisbeginselen vastgelegd, die nadien zijn uitgewerkt in Aanbeveling R(83)2 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa. Op basis van latere ontwikkelingen zijn de basisbeginselen geactualiseerd in Aanbeveling Rec(2004)10 van het Comité van Ministers.

De wettige en rechtmatige gevangenhouding van geesteszieken veronderstelt met name een objectief medisch onderzoek waarin een geestesstoornis wordt vastgesteld en een snelle en nadien regelmatige toetsing van de vrijheidsberoving op die grond door een onafhankelijk orgaan.

166. Onze wetgeving is hiermee lang niet in overeenstemming geweest. In de wet ging meer aandacht naar de bereddering van het vermogen van geesteszieken dan naar die van hun persoon.

In het Burgerlijk Wetboek was de gerechtelijke onbekwaamverklaring (zie Hoofdstuk XII) geregeld van krankzinnigen, onnozelen en razenden. Deze personen konden, na de gerechtelijke onbekwaamverklaring, door de familieraad⁵⁹ in een gesticht worden geplaatst. De wetgever ging ervan uit dat op die plaatsing zelf geen controle meer nodig was, wegens de vele waarborgen die in de procedure tot gerechtelijke onbekwaamverklaring waren ingebouwd.

Vele families regelden de vermogenstoestand van hun geestesgestoord familielid echter liever 'onder tafel' dan via de gerechtelijke onbekwaamverklaring. Als gevolg daarvan was er evenmin nog een onrechtstreekse controle op de plaatsing.

Dit probleem werd verholpen met de Krankzinnigenwet van 1850, grondig hervormd in 1874. In deze wet werd de collocatie (in een gesticht) of de sekwestratie (in een gezin) geregeld volgens een administratieve procedure. Op een verklaring van een arts verleende de burgemeester een visum voor collocatie of sekwestratie voor onbepaalde

⁵⁹ De familieraad was een vergadering van doorgaans 6 familieleden – verwanten en aanverwanten – uit de twee familietakken – de vaderlijke en de moederlijke – van de onbekwame, die werd voorgezeten door de vrederechter. Zie *De Valks Juridisch Woordenboek*, 1^e ed.

termijn. Alle verdere beslissingen in verband met de vrijheid werden dan getroffen door de arts. Het administratieve en gerechtelijke toezicht was gebrekkig geregeld. Naast de regeling over de plaatsing, voorzag de Krankzinnigenwet ook in het bewind over de goederen, waarover meer in Hoofdstuk XII.

Pas in 1990 werd de dwangopneming van geesteszieken door de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke in overeenstemming gebracht met art. 5 Verdrag Mensenrechten. Aan de wet gingen lange debatten vooraf over de keuze tussen zgn. medicalisering en juridisering. Onder een medisch model kan de arts via administratieve weg beslissen over de dwangopneming, met toetsing achteraf door een onafhankelijk (administratief) orgaan. In een juridisch model gelden materiële en procedurele juridische voorwaarden, doordat de dwangopneming niet enkel van een medisch oordeel afhankelijk is maar voorafgaandelijk door een rechter wordt getoetst. In de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke is duidelijk gekozen voor een juridisch model van dwangopneming. Bovendien is de regeling van het bewind afgescheiden van de beslissing over de opneming.

VIII.2. PERSOONLIJK TOEPASSINGSGEBIED VAN DE WET

167. De Wet Bescherming Persoon Geesteszieke is van toepassing op meerderjarige én minderjarige geesteszieken.

In art. 1, § 1 van de wet wordt als regel vooropgesteld dat een (onvrijwillige) vrijheidsbeperking met het oog op de diagnose en de behandeling van geestesstoornissen enkel op grond van die wet kan plaatsvinden.

168. Meteen worden in de wet twee uitzonderingen op die regel aangegeven.

Meerderjarige delinquenten – die een ernstig feit pleegden dat als misdaad of wanbedrijf zou worden gekwalificeerd – kunnen ten eerste via de Wet Sociaal Verweer worden *geïnterneerd* als ze bij hun berechting of tijdens hun hechtenis geestesgestoord zijn of worden.

Minderjarige delinquenten – die een als misdrijf omschreven feit pleegden – van boven de twaalf jaar kunnen ten tweede op grond van de Jeugdbeschermingswet in een open of gesloten afdeling van een jeugdpsychiatrische dienst worden *geplaatst*. Een jeugdpsychiater moet daartoe in een verslag van maximaal een maand oud bevestigen dat de minderjarige lijdt aan een geestesstoornis waardoor zijn verstand of wil is aangetast. Voor de plaatsing in een *gesloten* afdeling verwijst de Jeugdbeschermingswet echter terug naar de bepalingen van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke, onder voorbehoud van enkele bijzonderheden (art. 37, § 2, 11° en 43 Jeugdbeschermingswet; art. 1, § 2 en 22 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).

Voorts kan de Jeugdrechtbank ook op grond van 23, § 1, 13° Gecoördineerde Decreten Bijzondere Jeugdbijstand de minderjarige in een problematische opvoedingssituatie in een psychiatrische inrichting plaatsen als dit na psychiatrische expertise noodzakelijk blijkt.

De genoemde maatregelen van jeugdbescherming resp. bijzondere jeugdbijstand worden verder gesitueerd in *Familierecht in kort bestek* en komen uitgebreid aan bod in *Jeugdbeschermingsrecht in kort bestek*.

Tenslotte kunnen ouders op grond van hun ouderlijk gezag om de opname verzoeken van hun geestestoord minderjarig kind dat nog onvoldoende mondig is om hierover een beslissing te nemen.

169. In ons recht bestaat nog een aantal andere vrijheidsbeperkingen of -berovingen op grond van de (fysieke) gezondheidstoestand, zoals de afzondering bij bepaalde besmettelijke ziekten⁶⁰ of de verplichte inenting tegen poliomyelitis.⁶¹ Deze maatregelen blijven verder buiten beschouwing.

VIII.3. MATERIEËLE TOEPASSINGSVOORWAARDEN

170. Voor de dwangopneming moet cumulatief zijn voldaan aan vijf materiële voorwaarden (art. 2 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke). Elke voorwaarde moet op zichzelf en in samenhang met de andere voorwaarden restrictief worden geïnterpreteerd.

3.1. GEESTESZIEKTE

171. De rechtmatige gevangenhouding van geesteszieken veronderstelt uiteraard dat er een behoorlijk vastgestelde geestesziekte is.

172. De wetgever definieert bewust niet wat een geestesziekte is. Dit moet aan de hand van de meest actuele stand van de medische wetenschap worden bepaald. Met zo een open begrip worden de evoluties in die wetenschap meteen opgevangen.

Een geestesziekte is een *species* van het *genus* geestesstoornis, net zoals de verstandelijke handicap een *species* is. Een geestesstoornis kan worden omschreven als een abnormaal functioneren van de geest dat voor de betrokkene of voor anderen hinder veroorzaakt en dat klinisch waarneembaar is.

⁶⁰ Art. 47 Decreet 21 november 2003 betreffende het preventieve gezondheidsbeleid, B.S. 3 februari 2004.

⁶¹ KB 26 oktober 1966 waarbij de inenting tegen poliomyelitis verplicht gesteld wordt.

Ongetwijfeld schuilt er een deel waarheid in de bewering van de antipsychiatrische beweging dat op basis van de heersende maatschappelijke opvattingen wordt beoordeeld of iemand geestesziek is en dat die opvattingen kunnen evolueren. Dit is bv. duidelijk wat betreft seksuele voorkeuren zoals homoseksualiteit of pedoseksualiteit.

Wellicht moet het begrip geestesziekte in de zin van de wet als geestesstoornis worden begrepen, zodat bv. ook dwangopneming van verstandelijk gehandicapten mogelijk is.

De *American Psychiatric Association* heeft een *Diagnostic and Statistical Manual* ontwikkeld, met daarin een opsomming van symptomen per geestesstoornis. Deze DSM wordt als richtinggevend beschouwd bij de diagnosticering van geestesstoornissen door een arts. De rechter oefent op die diagnose in de praktijk slechts een *marginale* controle uit. Dit betekent dat hij enkel met *kennelijk onredelijke* diagnoses minder rekening zal houden en zijn oordeel zal laten doorwegen.

173. De wet bevat wel een negatieve omschrijving van geestesziekte. De onaangepastheid aan de zedelijke, maatschappelijke, religieuze, politieke of andere waarden mag op zichzelf niet als een geestesziekte worden beschouwd.

Vooraf belangrijk is dat de onaangepastheid in combinatie met andere factoren wel als geestesziekte in aanmerking komt.

174. Anders dan art. 5, e) Verdrag Mensenrechten en sommige buitenlandse wetgevingen doen, vermeldt art. 2 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke drank- of druggebruikers niet als afzonderlijke categorie van personen die onder dwang kan worden opgenomen. Over hun mogelijke categorisering als geesteszieken bestaan tegenovergestelde standpunten.

Een middelengebruiker kan naar mijn oordeel maar als geesteszieke worden beschouwd als het gebruik resulteert uit een andere geestesstoornis, zoals een depressie, of daarin resulteert, zoals een stoornis door het gebruik van een middel of het syndroom van Korsakoff. Op zichzelf maakt middelengebruik, hoe ernstig ook, geen geestesziekte uit.

Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de categorisering als geesteszieke van bejaarden met psychische ouderdomsverschijnselen. Een lichte vergeetachtigheid volstaat uiteraard niet om een bejaarde onder dwang in een rust- en verzorgingstehuis te laten plaatsen.

3.2. GEVAAR

175. In een medisch model van wetgeving zou voor een dwangopneming volstaan dat iemand geestesziek is en een behandeling nodig heeft. Dat is niet zo in een juridisch model: een bijkomende rechtvaardiging is nodig.

De genoemde rechtvaardiging ligt in twee klassieke grondslagen voor overheidsop treden.

Op grond van de zogenaamde *police power* heeft de overheid de bevoegdheid en de plicht om de samenleving en de leden ervan voor schade en dreiging van schade te behoeden, bv. voor schade veroorzaakt door geestesgestoorden.

Op grond van de zogenaamde *parens patriae power* heeft de Staat de bevoegdheid en de verantwoordelijkheid om de leden van de samenleving te verzorgen als daartoe de behoefte bestaat, bv. wanneer zij geestesgestoord zijn.

Berust het overheidsop treden veeleer op de *police power*, dan hangt het af van het gevaarscriterium. Berust het veeleer op de *parens patriae power*, dan hangt het af van het bestwilcriterium.

Onze wetgeving hanteert een gevaarscriterium, zij het aangelengd met een smaak van bestwil. De dwangopneming van een geesteszieke is mogelijk “indien zijn toestand zulks vereist, hetzij omdat hij zijn gezondheid en zijn veiligheid ernstig in gevaar brengt, hetzij omdat hij een ernstige bedreiging vormt voor andermans leven of integriteit”.

176. Gevaar is de mogelijkheid, de kans, dat uit gegeven omstandigheden onheil, ongeluk of nadeel kan voortkomen. Zowel de mogelijkheid op onheil, als het onheil zelf, moet volgens de wet ernstig zijn.

Nu valt gevaar niet te voorspellen, ook niet door psychiaters. Men spreekt in de voorspellingen van gevaar over een foutmarge van 66 tot 75 procent. Sommige psychiaters vinden dit best aanvaardbaar: beter twee tot drie ongevaarlijke geesteszieken op te sluiten dan één gevaarlijke in vrijheid te laten.

Hier is daarom een belangrijke taak weggelegd voor de rechter. Die moet het gevaar concreet beoordelen. Toch blijkt dat gevaar vooral wordt beoordeeld op grond van de voorgeschiedenis of zelfs louter op grond van de diagnose van een bepaalde geestesstoornis.

177. Als gevaar komt voor de wet enkel in aanmerking: gevaar voor zichzelf of voor anderen, niet voor goederen.

178. Dwangopneming is op de eerste plaats mogelijk als de geesteszieke cumulatief zijn gezondheid en veiligheid ernstig in gevaar brengt. Hieronder valt te verstaan dat

de geesteszieke zijn leven in gevaar brengt of ernstige fysieke gezondheidsschade zou oplopen.

De rechters zijn vrij terughoudend in verband met zelfverwaarlozing en maatschappelijke ondergang als grond tot dwangopneming.

Nog moeilijker is de vraag of de geesteszieke zichzelf in gevaar brengt als zijn toestand schadelijke reacties bij anderen opwekt, bv. als manzieke vrouw de seksuele interesse van te veel of verkeerde mannen.

Bij de dwangopneming op deze grond heeft de wetgever een bestwilcriterium geformuleerd als gevaarscriterium. Het vereiste gevaar heeft tot gevolg dat men dikwijls de zaken moet laten escaleren vooraleer een dwangopneming mogelijk is. Beter zou daarom zijn een bestwilcriterium te formuleren waaronder dwangopneming mogelijk is telkens een geesteszieke niet meer geschikt is zelf te oordelen over zijn gezondheid en behandeling.

179. Hoewel de wet als titel “bescherming van de persoon van de geesteszieke” draagt, is dwangopneming ook mogelijk bij een ernstige bedreiging voor andermans leven of integriteit.

Het volstaat niet dat de geesteszieke gevaarlijk is voor de veiligheid van de Staat of voor een collectiviteit van personen, zoals ‘de maatschappij’. Het is vereist, maar het volstaat ook, dat hij een bedreiging vormt voor een bepaalde of bepaalde persoon of groep van personen.

De bedreiging van het leven of van de integriteit volstaat. Zowel de fysieke als de psychische of morele integriteit van anderen komt in aanmerking. Een loutere bedreiging van het psychische welbehagen van de omgeving volstaat dan weer niet. Dit gevaarscriterium moet zo worden uitgelegd dat dwangopneming op deze grond maar mogelijk is als de geesteszieke gevaar oplevert wegens zijn ontoerekeningsvatbaarheid. Levert hij wetens en willens gevaar op, dus niet wegens zijn stoornis, dan zijn de gemeenrechtelijke (strafrechtelijke) sancties van toepassing, bv. vervolging wegens *stalking* (belaging).

3.3. CAUSAAL VERBAND TUSSEN GEESTESZIEKTE EN GEVAAR

180. De Wet Bescherming Persoon Geesteszieke biedt maar een grondslag voor dwangopneming van geesteszieken die *wegens hun geestesziekte* gevaar opleveren. Tussen de twee voorwaarden moet een causaal verband bestaan.

3.4. DE TOESTAND MOET DE OPNEMING VEREISEN

181. De geestestoestand van de betrokkene moet zijn dwangopneming vereisen, anders zou de maatregel niet proportioneel zijn. Aan deze voorwaarde is ook voldaan als de lichamelijke toestand juist door de geestestoestand verslechtert, bv. wanneer een patiënt een tumor niet aan ziekte maar aan een demon toeschrijft en geen behandeling maar een uitdrijving van de demon wil.

3.5. GEEN ANDERE GESCHIKTE BEHANDELING

182. Met toepassing van het subsidiariteitsbeginsel is dwangopneming slechts mogelijk bij gebreke van enige andere geschikte behandeling, als met andere woorden geen vrijwillige ambulante of residentiële behandelingsmogelijkheid bestaat.

Het is betwist wanneer er geen vrijwilligheid is.

De rechter moet ten eerste loze beloften om een behandeling te ondergaan, negeren. Moeilijker is het wanneer een geesteszieke zich niet bereid toont om opgenomen te worden, maar zich hiertegen evenmin verzet. Is de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke dan van toepassing? In een ruime visie wel: telkens wanneer iemand niet zelf positieve bereidheid in een opneming toont, moet de weg van de dwangopneming worden gevolgd. In een striktere visie is een dwangopneming pas nodig als er werkelijk verzet is tegen de dwangopneming. Voor personen die geen bereidheid (kunnen) tonen, zou bij vertegenwoordiging over de opneming kunnen worden besloten (art. 12-15 Wet Patiëntenrechten).

VIII.4. PROCEDURE

4.1. BEVOEGDHEID

183. De bevoegde rechter is de *vrederechter* (art. 1, § 2 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke; art. 594, 15° Ger.W.) van de plaats waar de zieke wordt verzorgd of geplaatst is, of van de plaats waar hij zich bevindt (art. 627, 6° Ger.W.).⁶² In de wet is een systeem van overzending naar een ander kanton voorzien (art. 6 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).

De *jeugdrechtbank* is bevoegd voor de dwangopneming van alle minderjarigen en van meerderjarigen tot 23 jaar die als minderjarige een als misdrijf omschreven feit pleegden en over wie een maatregel van jeugdbescherming is aangehouden. Het gaat om de jeugdrechtbank van de verblijfplaats van de ouders, voogd of persoon die de bewaring over de minderjarige heeft (art. 1, § 2 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke; art 44 Jeugdbeschermingswet).

⁶² De afwijkende bevoegdheidsbepaling in art. 9, 5° lid en 23 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke moet worden geacht stilzwijgend te zijn opgeheven.

Loopt er nog een maatregel van dwangopneming op het ogenblik dat de minderjarige meerderjarig wordt of dat de jeugdbeschermingsmaatregel over een meerderjarige vervalt, dan wordt het dossier van de jeugdrechtbank overgeheveld naar de vrederechter.

4.2. GEWONE PROCEDURE

184. De gewone tegensprekelijke procedure wordt ingeleid met een verzoekschrift, waarvan de inhoud in art. 5, § 1 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke wordt geregeld.

185. Op straffe van niet-ontvankelijkheid wordt daarbij een omstandig geneeskundig verslag gevoegd (art. 5, § 2 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).

Op basis van een onderzoek van maximaal vijftien dagen oud moet een arts in een beschrijving van de symptomen de materiële toepassingsvoorwaarden vaststellen. De wet verbiedt de opstelling van het verslag door sommige categorieën van artsen, bv. familieleden. Daarnaast is betwist of de behandelende huisarts het verslag mag opstellen. De wet bevat geen verbod daartoe, zodat de huisarts zelf mag beoordelen of hij het verslag ja dan neen opstelt. Wegens toenemende terughoudende rechtspraak verdient het echter aanbeveling een andere arts het verslag te laten opstellen.

Kan geen verslag worden opgesteld, dan kan de rechter het verzoek wegens overmacht toch ontvankelijk en gegrond verklaren of ontvankelijk verklaren en een geneesheer-deskundige aanstellen.

Is het verzoek kennelijk nietig of niet-ontvankelijk, dan kan de rechter dat binnen de 24 uren in een beschikking vaststellen (art. 6 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).

In het andere geval krijgt de betrokkene een advocaat toegewezen – meestal gaat het om *pro Deo*-advocaten. Het omstandig geneeskundig verslag is niet vereist in geval de jeugdrechtbank de dwangopneming op grond van art. 37, § 2, 11° Jeugdbeschermingswet uitspreekt. De andere voorwaarden van de Wet Bescherming Persoon blijven wel van toepassing.

186. De rechter bezoekt de zieke vervolgens, wint alle nuttige inlichtingen van medische en sociale aard in en doet dan binnen een (niet dwingende) ordetermin van tien dagen uitspraak (art. 7 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).

De rechter bepaalt – meestal na overleg – waar de zieke wordt opgenomen. Het parket voert deze beslissing ten slotte uit.

De rechtsmiddelen zijn geregeld in de art. 30-31 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke.

4.3. SPOEDPROCEDURE

187. Soms lopen de zaken anders en mag de geesteszieke al van zijn vrijheid worden beroofd vooraleer de procedure wordt ingeleid. Dat kan in spoedeisende gevallen. In sommige kantons loopt het aantal spoedeisende gevallen op tot 80% van het totale aantal dwangopnemingen. De materiële toepassingsvoorwaarden van de wet zijn volgens sommigen namelijk zo streng dat een dwangopneming pas mogelijk is als de zaak spoedeisend is.

De spoedprocedure is geregeld in art. 9 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke.

De procureur des Konings van de plaats waar de zieke zich bevindt, kan in spoedeisende gevallen zelf beslissen tot dwangopneming van een persoon in een psychiatrische dienst. Dit gebeurt op eigen initiatief na medisch advies of op verzoek van een belanghebbende waarbij een medisch verslag is gevoegd. Uit het advies of het verslag moet het spoedeisende karakter blijken.

Vervolgens start de procureur binnen de 24 uren de gewone procedure op. Op die procedure moet de rechter binnen een (dwingende) vervaltermijn van tien dagen uitspraak doen, anders wordt de betrokkene vrijgelaten.

VIII.5. MAATREGELEN

188. Er zijn twee mogelijke maatregelen: de behandeling in een ziekenhuis en de verpleging in een gezin.

5.1. BEHANDELING IN EEN ZIEKENHUIS

Observatieperiode

189. Eerst is er altijd een observatieperiode van maximaal 40 dagen, tijdens welke de zieke wordt bewaakt, grondig onderzocht en behandeld. Die behandeling kan ook ambulant zijn (art. 11 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).

De observatieperiode kan voortijdig worden beëindigd door de rechter of de geneesheer-diensthof (art. 12 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).

De beëindiging door de geneesheer-diensthof wordt echter niet onmiddellijk uitgevoerd als ze betrekking heeft op de observatie die door de jeugdrechtsbank werd bevolen nadat een als misdrijf omschreven feit werd gepleegd. In dat geval beschikt de jeugdrechtsbank over 5 dagen tijd om een andere maatregel van jeugdbescherming, bv. plaatsing in een jeugdinstituut, te bevelen (art. 43 Jeugdbeschermingswet).

Verder verblijf

190. Na de observatieperiode ontslaat de directeur van de instelling de zieke, tenzij om verder verblijf werd verzocht. Dat verzoek is aan termijnen gekoppeld; belangrijk is dat het verder verblijf wordt bevolen vooraleer de 40 dagen van de observatieperiode zijn verstreken (art. 13 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).⁶³

191. Het verdere verblijf beslaat periodes van maximaal 2 jaar, die een onbeperkt aantal keren kunnen worden verlengd (art. 14 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke). Wat betreft minderjarigen en meerderjarigen tot 23 jaar die als minderjarige een als misdrijf omschreven feit pleegden en over wie een maatregel van jeugdbescherming is aangehouden, moet het verder verblijf om de 6 maanden worden herbekeken. Herziening is zelf om de drie maanden verplicht als het verder verblijf als voorlopige

⁶³ Cass. 13 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, 584, *R. Cass.* 1998, 170, noot F. SWENNEN, *R.W.* 1996-97, 720, noot.

maatregel onder art. 52 Jeugdbeschermingswet is bevolen nadat een als misdrijf omschreven feit werd gepleegd (art. 22, 2^e lid Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).

192. De geneesheer-diensthooft bepaalt de modaliteiten van de behandeling en van het verlot. Zo kan aan de zieke worden toegestaan overdag te gaan werken of lessen bij te wonen, of om 's nachts thuis te gaan slapen. Overbrenging naar een andere dienst is mogelijk met de instemming van de zieke (art. 15 en 18).

193. Het verdere verblijf eindigt door een beslissing van de rechter of van de geneesheer-diensthooft (art. 19 en 22 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke). Desgevallend wordt de zieke terug toevertrouwd aan de persoon onder wiens gezag hij stond, of aan een andere persoon (art. 21 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke). In de regel beëindigt de beslissing door de geneesheer-diensthooft het verder verblijf onmiddellijk, al kan tegen deze beslissing wel verzet worden gedaan (art. 20 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).

Dit is anders ingeval het verder verblijf door de jeugdrechtsbank werd bevolen nadat een als misdrijf omschreven feit werd gepleegd. In dat geval beschikt de jeugdrechtsbank over 5 dagen tijd om een andere maatregel van jeugdbescherming, bv. plaatsing in een jeugdinstitution, te bevelen (art. 43 Jeugdbeschermingswet).

De rechter kan de beslissing tot verder verblijf te allen tijde herzien op grond van art. 22 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke. Zoals vermeld, is herziening om de 6 of zelfs om de 3 maanden verplicht ingeval het gaat om een minderjarige of een meerderjarige over wie nog een maatregel van jeugdbescherming is aangehouden.

Nazorg

194. De geneesheer-diensthooft kan de zieke tijdens een periode van verder verblijf voorwaardelijk ontslaan. Hij mag dan voorwaarden opleggen over behandeling, maatschappelijke hulpverlening en verblijfplaats (art. 16 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke). Niet-naleving ervan leidt tot heropneming zonder dat de procedure hoeft te worden overgedaan.

Dit systeem mag hoogstens één jaar duren, waarna de zieke vrij is.

Het mag ook minder dan één jaar duren: voordien kan de zieke al wel definitief worden ontslagen, dan wel terug worden opgenomen in verder verblijf (art. 17 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).

'Optimale' controle over geesteszieken wordt bereikt door het verder verblijf te vragen voor twee jaar, de patiënt onmiddellijk in nazorg te plaatsen en na een jaar één dag terug op te nemen. Vervolgens is een bijkomend jaar nazorg mogelijk.

5.2. VERPLEGING IN EEN GEZIN

195. De verpleging in een gezin verloopt volgens een vergelijkbare structuur. De verpleging kan worden bevolen wanneer beschermingsmaatregelen noodzakelijk zijn, maar de toestand van de geesteszieke en de omstandigheden verpleging in een gezin toelaten (art. 23 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).

Met gezin is ook bedoeld: een gezinsvervangende structuur, zoals een rust- en verzorgingstehuis, een psychiatrisch verzorgingstehuis of een project van beschut wonen.

De rechter geeft opdracht aan een bepaalde persoon om de zieke te bewaken en aan een arts om te zieke te behandelen (zie de art. 24, § 3 en 27 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).

5.3. WAARBORGEN

196. Voor alle geesteszieken bevat de wet een aantal waarborgen, op het vlak van respect voor de persoonlijkheid en op het vlak van het klachtrecht. Ook wordt het toezicht op de psychiatrische diensten georganiseerd (art. 32-33 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).

VIII.6. DWANGBEHANDELING?

197. De wet voorziet in de maatregelen van behandeling in een ziekenhuis of verpleging in een gezin. Herhaaldelijk wordt verwezen naar de behandeling van de zieke.

Toch is op medische behandelingen van dwangpatiënten de algemene regeling van toepassing uit de Wet Patiëntenrechten. Plaatsvervangend beslissen is enkel mogelijk voor patiënten die niet in staat zijn hun rechten uit te oefenen (art. 12-15 Wet Patiëntenrechten). Dwangbehandeling – dit is een behandeling tegen het bewuste en gewilde verzet in van een patiënt – is als regel verboden.⁶⁴ Enkel de strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden als de noodtoestand en wettige verdediging bieden hier een uitweg voor proportionele dwangmaatregelen.

De mogelijkheid tot dwangbehandeling zou wettelijk moeten worden uitgewerkt. Daarmee wordt afwezigheid van controle bij de bestaande informele dwangbehandeling en behandelingen onder drang vermeden. Bovendien is dwangbehandeling als

⁶⁴ Hof Mensenrechten nr. 61603/00, 16 juni 2005, Storck t. Duitsland, www.echr.coe.int, §§ 143-144. Zie in verband met (toegelaten) dwangbehandeling op een wilsongeschikte patiënt: Hof Mensenrechten nr. 10533/83, 25 september 1992, Herczegfalvy t. Oostenrijk, www.echr.coe.int, § 82.

vrijheidsbeperking soms een meer proportionele oplossing dan een vrijheidsberoving. Zeker met ambulante dwangbehandeling kan de geesteszieke in de samenleving worden gehouden waar dat aangewezen is.

VIII.7. DE BEKWAAMHEID VAN DE OPGENOMEN GEESTESZIEKE

198. In overeenstemming met de leer van het arrest-Winterwerp t. Nederland van het Hof Mensenrechten, heeft de dwangopneming geen rechtstreekse weerslag op de bekwaamheid van de patiënt. Die blijft titularis van zijn rechten en mag ze vanuit de psychiatrische dienst verder uitoefenen.

199. Onrechtstreeks heeft de dwangopneming als feit wel een weerslag op de rechtstoestand.

Ten eerste kan de rechter naar aanleiding van zijn beslissing over de dwangopneming ambtshalve beslissen de betrokkene onder voorlopig bewind te plaatsen (zie Hoofdstuk XII).

Ten tweede kan uit de dwangopneming een argument worden geput voor de bewering dat de geesteszieke feitelijk niet in staat is zijn belangen te behartigen, en kan op grond daarvan de nietigverklaring van een rechtshandeling worden gevorderd (art. 1108, art. 901).

Ten slotte beïnvloedt de dwangopneming de persoonlijke rechtsverhoudingen van de geesteszieke. Hij kan bv. in de voortdurende onmogelijkheid worden verklaard het ouderlijk gezag uit te oefenen (art. 1236*bis* Ger.W., zie verder) of nog kan hij niet in staat worden geacht om zijn wil te kennen te geven (bv. art. 220, § 1).

HOOFDSTUK IX. INLEIDING TOT DE ONBEKWAAMHEID

Inhoud

IX.1. Begrip: onbekwaamheid en ongeschiktheid	94
IX.2. Wettelijke grondslag	95
IX.3. Doelstelling	96
IX.4. Draagwijdte	96
IX.5. Gevolgen: slaan en zalven	97
Slaan	98
Zalven	98
Geen keerzijden van eenzelfde medaille	99
Bevoegdhedenverdeling	99
Bewindsdoel	101
Verboden handelingen	101
Controle op bewindvoerders	102

F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000.

200. Het begrip ‘onbekwaamheid’ klinkt de lezer niet meer onbekend in de oren; hier en daar kwam het al ter sprake om er rechtsverkeerbeperkingen mee aan te duiden. *Van Dale* omschrijft de onbekwaamheid in haar juridische betekenis als *het gemis van enig vereiste om een rechtshandeling te verrichten*. Dat gemis is juridisch; het beperkt abstract de mogelijkheden in het rechtsverkeer door een verbod om zelf of zelfstandig rechtshandelingen te stellen. De (on)bekwaamheid valt af te leiden uit de staat van de persoon; zij is er een gevolg van.

201. Uit de bespreking van de nationaliteit in Hoofdstuk VIII is gebleken dat de onbekwaamheid soms voortvloeit uit iemands staat van de persoon in de natie. Uitzonderlijk vloeit de onbekwaamheid voort uit een verhouding van staat, dit is uit de staat van de persoon in de familie. Ze beperkt dan op grond van die verhouding

de mogelijkheden in het rechtsverkeer zowel binnen de verhouding als tegenover derden.

In ons recht vloeit de onbekwaamheid meestal voort uit de staat van de persoon als enkeling; ze is dan een rechtstreeks of onrechtstreeks gevolg van fysieke, psychische of morele eigenschappen die als element van staat worden gebruikt. De leeftijd, de slechte fysieke of psychische gezondheidstoestand en de immorele opvattingen over het uitgavenpatroon zijn dergelijke elementen van staat.

202. In de volgende paragrafen wordt een en ander toegelicht met het oog op de technische bespreking van de verschillende onbekwaamheden in de volgende hoofdstukken. Voor een goed begrip van die bespreking is het nodig dat men verschillende basisbegrippen- en beginselen goed begrijpt. Aan die theoretische kapstokken van dit hoofdstuk kan het rechtstechnische gedeelte dan worden opgehangen.

IX.1. BEGRIP: ONBEKWAAMHEID EN ONGESCHIKTHEID

203. Het onderscheid tussen (on)bekwaamheid als rechtstoestand en de feitelijke (on)geschiktheid tot verrichting van een rechtshandeling, is erg belangrijk.

Het komt best naar voor in art. 1108. Als vereisten om een rechtshandeling te verrichten, zijn in die bepaling onder meer gesteld: de toestemming en de bekwaamheid van de partij.

204. De toestemming is een feitelijk gegeven, namelijk: wetens en willens verklaren rechten en plichten op zich te willen nemen.

Iemand kan hiertoe om verscheidene redenen ongeschikt zijn, bv. omdat hij krankzinnig is, slachtoffer van een wilsgebrek of dronken.⁶⁵

Deze ongeschiktheid wordt altijd in feite, concreet, beoordeeld. Het gaat hierom of iemand iets *kan*.

Er is geen hoedanigheid die als element van staat in aanmerking zou komen, waardoor de rechtstoestand van de betrokkene abstract een verandering zou ondergaan.

205. In geval van onbekwaamheid is er wel zo een abstracte verandering. De onbekwaamheid vloeit voort uit de staat van de persoon. Die bepaalt, aan de hand van de elementen en de verhoudingen van staat, abstract iemands rechtstoestand.

Meestal gebeurt dit op grond van een feitelijke toestand die enige bestendigheid vertoont, bv. een aanhoudende staat van onnozelheid of krankzinnigheid (art. 489).

⁶⁵ Cass. 21 oktober 1971, R.W. 1971-72, 1145.

Deze feitelijke toestand wordt dan overeenkomstig de wet vastgesteld als element van staat, waardoor de rechtstoestand abstract wijzigt. Abstract wil zeggen dat de geldigheid van een rechtshandeling niet meer achteraf concreet hoeft te worden onderzocht (kon hij?), maar dat men op voorhand weet of een rechtshandeling wegens onbekwaamheid ongeldig zal zijn (hij mocht niet). In het voorbeeld van art. 489 wordt de betrokkene gerechtelijk onbekwaamverklaard. De gerechtelijke onbekwaamverklaring heeft zijn handelingsonbekwaamheid tot gevolg: al zijn rechtshandelingen zijn rechtens vernietigbaar (art. 502). Hier gaat het niet meer om (feitelijk) *kunnen*, maar om (juridisch) *mogen*. Zelfs al kan hij, dan nog mag hij niet tot door of krachtens de wet is vastgesteld dat het element van staat is gewijzigd (art. 489 en 512).

206. De minderjarigheid verduidelijkt dit nog beter. Als regel is een persoon onbekwaam als minderjarige tot aan de leeftijd van 18 jaar (art. 388 en 488). Hij *mag* pas vanaf die leeftijd geldig rechtshandelingen stellen. Wellicht *kan* hij al daags voordien, maar dan *mag* hij het nog niet.

207. Wegens het fundamentele belang van dit onderscheid, licht ik het nog eens toe aan de hand van het verkeersrecht. In het verkeer *mag* men de meeste gemotoriseerde voertuigen maar besturen als men een rijbewijs heeft. Ook al gaat de aflevering van het rijbewijs terug op het oordeel dat iemand *kan* rijden, en de intrekking op het oordeel dat hij dat niet (meer) *kan*, houdt het rijbewijs zelf enkel een toelating in (men mag) en geen oordeel over de geschiktheid om te rijden (kan men?). Omgekeerd is duidelijk dat ook al *kan* men rijden, men dat niet *mag* zonder rijbewijs, en dat zelfs wie niet *kan* rijden dat wel *mag* met een rijbewijs.

208. Het belang van het beschreven onderscheid tussen ongeschiktheid en onbekwaamheid neemt wel af. Voor een toenemend aantal rechtshandelingen wordt de onbekwaamheid als middel van categorisering verlaten ten voordele van de concrete toets van de feitelijke geschiktheid: als men kan, dan mag men ook (na rechterlijke beoordeling of men kan). Voorbeelden hiervan zijn te vinden in art. 328, 1^e lid en 488*bis*, h), § 2. Een dergelijk systeem komt de rechtszekerheid niet altijd ten goede.

IX.2. WETTELIJKE GRONDSLAG

209. Iedereen mag rechtshandelingen stellen, als hij hiertoe door de wet niet onbekwaam is verklaard (art. 1123). Niet alleen is de onbekwaamheid dus de uitzondering, zij kan ook enkel bestaan door of krachtens de wet.

IX.3. DOELSTELLING

210. Rechtshandelingen zijn een communicatiemiddel in het rechtsverkeer; men legt er rechten en verplichtingen mee vast. Voor sommige categorieën van personen is het niet aangewezen dat ze over bepaalde rechten en plichten juridisch communiceren of dat ze dat zelf en zelfstandig doen. Dit kan hen dan uitzonderlijk worden verboden via een rechts- of handelingsonbekwaamheid. Voor zo een verbod moet een verantwoording bestaan.

211. Er zijn in het algemeen drie redenen voor de onbekwaamheid, of drie soorten onbekwaamheid naar doelstelling gezien:

1/ De *beschermende onbekwaamheid* wordt ingesteld in het belang van de onbekwame zelf, omdat hij feitelijk ongeschikt wordt geacht om zijn belangen zelf en zelfstandig te behartigen. Dat wordt hem daarom verboden. Hiermee wordt de rechtszekerheid gediend: de ongeschiktheid is een grond tot vernietiging achteraf van de rechtshandeling. Andere deelnemers zouden de onzekerheid hierover kunnen vermijden door een ongeschikte feitelijk van juridische communicatie uit te sluiten. De abstracte onbekwaamheid die vooraf duidelijk is – de zgn. ‘bijzondere nummerplaat’ – is daarom een betere oplossing. Het gaat bv. om minderjarigen en bepaalde groepen van geestesgestoorden.

2/ De *derdenbeschermende onbekwaamheid* wordt ingesteld in andermans belang, dat de onbekwame daarzonder in gevaar zou kunnen brengen. Zo is de voogd rechtsonbekwaam om giften te ontvangen van zijn pupil, wegens het gevaar van invloedsmisbruik (art. 907). Ook hier speelt de juridische onzekerheid mee over de geldigheid van de verboden rechtshandelingen, mocht het verbod niet bestaan.

3/ Ten slotte zou de juridische bekwaamheid aan iemand kunnen worden verboden bij wijze van (bijkomende) *straf*. Dergelijke onbekwaamheden bestaan hier en daar verspreid in ons recht.

IX.4. DRAAGWIJDTE

212. De onbekwaamheid is het gemis van enig vereiste om een *rechtshandeling* te verrichten. Zij blijft op zichzelf zonder invloed op materiële handelingen, zoals een onrechtmatige daad. Wel kan de onbekwaamheid worden verrekend bij het oordeel of een materiële handeling toerekenbaar is aan de schuld van een persoon (zie hierover verder in de leergang Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en verzekeringen).

213. De *genots- of rechtsbekwaamheid* is de bekwaamheid – de juridische geschiktheid of mogelijkheid – om titularis te zijn van rechten en plichten. Ik noemde eerder het voorbeeld van de rechtsbekwaamheid om te erven.

De *handelingsbekwaamheid* is de bekwaamheid – de juridische geschiktheid of mogelijkheid – om de rechten en plichten waarvan men titularis is, zelf en zelfstandig uit te oefenen. Als bv. een erfenis toekomt aan een minderjarige, kan hij die als regel niet zelf aanvaarden, maar moet dat in zijn naam en voor zijn rekening gebeuren door een vertegenwoordiger (art. 378, § 1, eerste lid en 410, § 1, 5°).

214. De onbekwaamheid is *absoluut* als ze iemands bekwaamheid beperkt tegenover alle andere deelnemers aan het rechtsverkeer. De onbekwame mag met niemand juridisch communiceren.

De onbekwaamheid is *relatief* als ze iemands bekwaamheid enkel beperkt ten opzichte van bepaalde (categorieën van) deelnemers aan het rechtsverkeer. Zo mag een voogd enkel geen giften ontvangen van zijn pupil of van zijn gewezen pupil zolang de voogdij-rekening niet is goedgekeurd (art. 907).

215. De onbekwaamheid is *algemeen* als ze de onbekwame voor alle rechtshandelingen uitsluit van juridische communicatie, bv. art. 502.

De onbekwaamheid is *te algemenen titel* als ze de onbekwame voor alle rechtshandelingen van een bepaalde categorie uitsluit van juridische communicatie, bv. alle rechtshandelingen over het vermogen, bv. art. 488*bis*, f).

De onbekwaamheid is *bijzonder* als ze de onbekwame enkel voor bepaalde rechtshandelingen (van een bepaalde categorie) uitsluit van juridische communicatie, bv. art. 907.

216. Ten slotte zijn nog variaties mogelijk in de mate van uitsluiting van juridische communicatie over de rechtshandelingen die onder de onbekwaamheid vallen.

Logischerwijze is deze variatie enkel mogelijk voor de handelingsonbekwaamheid en niet voor de rechtsonbekwaamheid. In geval van rechtsonbekwaamheid is er geen recht, dus is er hoe dan ook geen enkele mate van juridische communicatie over dit afwezige recht mogelijk.

De handelingsonbekwaamheid is *volledig* als ze de onbekwame verbiedt om zelf juridisch te communiceren. Desgevallend kan iemand dat voor hem doen.

De handelingsonbekwaamheid is *beperkt* als de onbekwame nog wel zelf in het rechtsverkeer mag optreden, maar niet zelfstandig.

IX.5. GEVOLGEN: SLAAN EN ZALVEN

217. Even belangrijk als het onderscheid tussen onbekwaamheid en ongeschiktheid, is de tweeledigheid van de onbekwaamheid zelf.

De onbekwaamheid houdt aan de ene kant een verbod in om door rechtshandelingen deel te nemen aan het rechtsverkeer. De onbekwame wordt hiervan in meerdere of mindere mate uitgesloten. Dit verbod wordt gehandhaafd door de vernietigbaarheid op grond van onbekwaamheid van de rechtshandelingen die de onbekwame toch (alleen) stelt. Dit is het slaan, ook het negatieve, bestraffende aspect van de onbekwaamheid genoemd.

De uitsluiting van een rechtssubject uit het rechtsverkeer is (economisch) hinderlijk, zowel voor het rechtsverkeer (en de economie) in het algemeen als voor de rechtssubjecten met wie de onbekwame in relatie stond. Aan de andere kant houden de statuten van onbekwaamheid daarom maatregelen in om de onbekwame juridisch in leven te houden, om met andere woorden zijn persoon en vooral zijn vermogen niet aan het rechts- en economische verkeer te onttrekken. Dit is het zalven, ook het positieve, ondersteunende aspect van de onbekwaamheid genoemd.

Slaan

218. Aan de ene zijde van de onbekwaamheid wordt vastgelegd welk verbod de onbekwame treft om zelf nog in het rechtsverkeer op te treden. Miskenning van het verbod leidt tot vernietigbaarheid van de rechtshandeling die in strijd ermee werd gesteld (bv. art. 502, art. 1305).

De nietigheid als gevolg van een onbekwaamheid is als regel relatief. Dit wil zeggen dat de nietige rechtshandeling vatbaar is voor bevestiging, dat de vordering verjaart door verloop van tien jaar – vijf jaar bij het voorlopig bewind – en dat enkel de onbekwame of zijn vertegenwoordiger de nietigheid kan vorderen (art. 1125, tweede lid).

Zalven

219. Aan de andere zijde van de onbekwaamheid wordt de wijze georganiseerd waarop de (persoon en het vermogen van de) onbekwame plaatsvervangend of met bijstand in het rechtsverkeer wordt gehouden.

220. Met betrekking tot het vermogen noemt men dit *bewind*. Bewind is de door de wet, een gerechtelijke beslissing of een rechtshandeling aan een persoon (de bewindvoerder) gedelegeerde bevoegdheid om het onder bewind gestelde vermogen geheel of gedeeltelijk te beheren, wanneer de vermogenstitularis dat zelf niet mag (of kan). Logischerwijze bestaat dit aspect van de onbekwaamheid enkel in geval van handelingsonbekwaamheid en niet voor de rechtsonbekwaamheden. Als er geen recht is, kan het evenmin plaatsvervangend worden uitgeoefend.

Mag de volledig onbekwame niet meer zelf in het rechtsverkeer optreden, dan doet een ander dat in zijn naam en voor zijn rekening. Dit heet *vertegenwoordiging*, die wettelijk, gerechtelijk of conventioneel kan zijn.

Mag de beperkt onbekwame nog wel zelf, maar niet zelfstandig optreden, dan krijgt hij hulp van derden. Dit gebeurt vooraf via *bijstand*, *instemming* of *machtiging*. Soms vindt slechts een controle achteraf plaats, positief via *homologatie* en negatief via een *verzetrecht*.

Geen keerzijden van eenzelfde medaille

221. Soms slaat de wetgever zonder te zalven, of zalft hij op plaatsen waar niet werd geslagen. Met andere woorden stemmen het positieve en het negatieve aspect van de onbekwaamheid niet altijd helemaal overeen.

Soms bestaat er ondersteuning zonder corresponderend verbod. Als bv. een gehuwde niet in staat is om zijn wil te kennen te geven, kunnen bepaalde rechten bij vertegenwoordiging door de andere echtgenoot worden uitgeoefend zonder dat de ene voor die uitoefening onbekwaam is (art. 220, " 1 en 2).

Andersom bestaat er soms een verbod tot juridisch communiceren zonder dat is voorzien in plaatsvervangende van de onbekwame. Zoals vermeld, is dat uit de aard van de zaak zo bij rechtsonbekwaamheden. Ook kan het verbod tot vertegenwoordiging betrekking hebben op rechtshandelingen die een hoogstpersoonlijke afweging veronderstellen, zoals een huwelijksluiting of een testament. Zo een afweging mag dan als regel niet plaatsvervangend worden gedaan door een vertegenwoordiger. Ten slotte mag een vertegenwoordiger het bewindvermogen als regel niet eenzijdig verarmen, bv. door giften te doen.

De handelingsonbekwaamheid komt in deze gevallen dan feitelijk neer op een rechtsonbekwaamheid.

In toenemende mate – en terecht – wijkt de wetgever wel af van het vertegenwoordigingsverbod voor hoogstpersoonlijke handelingen. Zo kan het bv. zinvol zijn vertegenwoordiging als eiser tot echtscheiding mogelijk te maken. In andere gevallen laat de wetgever voor hoogstpersoonlijke rechtshandelingen de bekwaamheid (bijna) intact.

Bevoegdhedenverdeling

222. Bij de bepaling van de mate van onbekwaamheid kan het zinvol zijn een onderscheid te maken naargelang de impact van een rechtshandeling op de persoon of het vermogen: voor ongevaarlijke handelingen kan men de bekwaamheid laten bestaan, of de onbekwaamheid kan net worden beperkt tot heel gevaarlijke handelingen.

In geval van vertegenwoordiging kan de wetgever de impact van handelingen ook verrekenen bij de bepaling van de waarborgen voor de onbekwame. Zo kan de bevoegdheid van de alleen optredende vertegenwoordiger worden beperkt tot ongevaarlijke handelingen, en voor gevaarlijke een rechterlijke controle vooraf worden ingesteld.

223. De impact van een rechtshandeling wordt traditioneel gemeten aan de hand van de driedeling bewaring, beheer en beschikking.

1/ Daden van bewaring zijn dringende (rechts)handelingen waarmee wordt vermeden dat het vermogen of een bestanddeel ervan tenietgaat. Die handelingen kunnen daden van beheer of daden van beschikking zijn.

2/ Daden van beheer zijn (rechts)handelingen waarmee een bestanddeel van het vermogen wordt instandgehouden, op niet-speculatieve wijze wordt vermeerderd en tot redelijke vruchtdraging wordt gebracht.

3/ Daden van beschikking zijn ten slotte (rechts)handelingen waardoor een bestanddeel van het vermogen daaruit verdwijnt of voor langere tijd wordt bezwaard met een recht.

224. Bij algemene en volledige onbekwaamheid wordt aangenomen dat de onbekwame altijd nog daden van bewaring mag stellen.

De bewindvoerder of vertegenwoordiging mag alleen optredend daden van bewaring en daden van beheer stellen. Zijn bewindsopdracht is: het beheer van het bewindsvermogen.

Wegens het gevaar ervan mag de bewindvoerder niet alleen optredend daden van beschikking stellen; indien nodig mag hij dat pas na een voorafgaande rechterlijke controle of de medewerking van een toeziend bewindvoerder.

Andere vormen van onbekwaamheid zijn op dit systeem gebaseerd.

225. Heel lang is er een discussie geweest over de interpretatie van de begrippen bewaring, beheer en beschikking. Naargelang men die zuiver juridisch dan wel economisch interpreteert, komt men tot een ander resultaat op het vlak van de bevoegdhedenverdeling tussen onbekwame en bewindvoerder enerzijds en tussen de verschillende bewindsorganen anderzijds. Een cassatiearrest dat een juridische interpretatie vooropstelde⁶⁶, liet heel wat rechtsonzekerheid bestaan. In 2001 heeft de wetgever voor het algemene voogdijrecht dan ook geopteerd voor een limitatieve opsomming van wat daden van beschikking zijn (art. 410; zie de afwijkende lijst in art. 488bis, f), § 3). In ondergeschikte orde blijft voor de interpretatie van de bedoelde daden eerdere rechtspraak en rechtsleer van belang.

⁶⁶ Cass. 6 mei 1943, *Arr. Cass.* 1943, 97.

226. Het voorgaande is *mutatis mutandis* ook van toepassing op beslissingen in verband met de persoon, zij het dat de wetgever daar ten onrechte geen lijst van handelingen heeft bepaald die aan een bijkomende controle worden onderworpen, zoals bv. de plaatsvervangende beslissing over de stopzetting van een levensondersteunende medische behandeling.

Meer algemeen geldt, zonder andere vermelding, de bespreking van het bewind in dit en volgende hoofdstukken ook voor beslissingen in verband met de persoon.

Bewindsdoel

227. Hoe dan ook mag een bewindvoerder daden van bewaring, beheer en beschikking maar stellen als ze beantwoorden aan het uiteindelijke bewindsdoel. In die zin is het bewind een doelgebonden bevoegdheid.

Het bewind moet er als regel toe strekken het vermogen in stand te houden, op niet-speculatieve wijze te doen vermeerderen en tot redelijke vruchtdraging te brengen. Dit geldt *mutatis mutandis* ook op het gebied van beslissingen over de persoon.

Verboden handelingen

228. Sommige handelingen, of het nu daden van bewaring, beheer of beschikking zijn, mogen nooit door een bewindvoerder worden gesteld.

1/ Het gaat ten eerste om handelingen die een eenzijdige verarming van het vermogen inhouden, zoals een gift. Zo een handelingen streven het bewindsdoel als regel immers niet na. Kleine giften vallen niet onder het verbod. *Mutatis mutandis* kan men dit verbod uitbreiden tot handelingen over de persoon, die een definitieve beschikking over lijf of leden zouden inhouden zonder dat daarvoor een goede verantwoording bestaat. Het verbod om plaatsvervangend giften te doen is nochtans bekritiseerbaar in verband met giften die vermoedelijk beantwoorden aan de wil van de onbekwame en waarmee een goede vermogensplanning kan worden bereikt.

2/ Ten tweede zijn hoogstpersoonlijke handelingen, zoals vermeld, evenmin vatbaar voor vertegenwoordiging. Persoonlijke afwegingen mogen als regel niet plaatsvervangend worden gedaan. Ook dit verbod is voor kritiek vatbaar, bv. wat betreft de vordering tot echtscheiding.

3/ Ten slotte moet de bewindvoerder zich als regel onthouden in geval van belangenconflict. Hoe dan ook mag hij als vertegenwoordiger nooit met zichzelf contracteren.⁶⁷

⁶⁷ Cass. 18 maart 2004, R. W. 2004-05, 303, noot A. SMETS.

Controle op bewindvoerders

229. Aan alle vormen van bewind is ook gemeenschappelijk dat de bewindvoerders in het belang van de onbekwame worden gecontroleerd. Deze controle is zowel preventief als repressief.

Een controle wordt ten eerste bereikt door de uitsluiting of onbekwaamheid als bewindvoerder van 'onbetrouwbare personen'.

Met betrekking tot het bewind zelf zijn (bijna) alle bewindvoerders verplicht tot voorafgaande boedelbeschrijving van het bewindsvermogen en moeten zij waarborgen stellen en verantwoording afleggen.

Zoals vermeld, is ook een bevoegdhedenverdeling georganiseerd.

De bewindvoerder moet zich ten slotte als regel onthouden als een belangenconflict met de onbekwame dreigt.

HOOFDSTUK X. RECHTSONBEKWAMEN

Inhoud

X.1. Situering	103
X.2. Absolute onbekwaamheden	103
X.3. Relatieve onbekwaamheden	104

X.1. SITUERING

230. De lezer herinnert zich dat elke persoon een rechtssubject is en dat alle rechtssubjecten gelijk zijn (III.1). De gelijke toekenning van de rechtssubjectiviteit zou zinloos zijn zonder algemene en gelijke toekenning van de rechtsbekwaamheid, dit is de juridische mogelijkheid van bepaalde rechten en plichten titularis te zijn (IV.1). Wat baat het immers drager te kunnen zijn van rechten en plichten als de mogelijkheid daartoe vervolgens algemeen wordt uitgesloten?

Daarom geldt als regel dat iedereen algemeen rechtsbekwaam is. Door de afschaffing van de burgerlijke dood (art. 18 G.W.) kan geen algemene rechtsonbekwaamheid worden ingesteld. Wel zijn bijzondere rechtsonbekwaamheden toelaatbaar.

Er bestaan absolute en relatieve rechtsonbekwaamheden. Deze vloeien voort uit de wet of uit een rechterlijke uitspraak.

X.2. ABSOLUTE ONBEKWAAMHEDEN

231. De meeste *wettelijke absolute* rechtsonbekwaamheden zijn gebaseerd op art. 191 G.W. en art. 11, volgens welke uitzonderlijk het genot van rechten kan worden ontzegd aan vreemdelingen zonder definitief verblijfsrecht in België. Een van de laatste resterende voorbeelden is de verplichting tot borgstelling bedoeld in art. 851-852 Ger.W.

De *gerechtelijke absolute* rechtsonbekwaamheden zijn meestal bestraffend van aard. In het burgerlijk recht valt te denken aan de onbekwaamheid als voogd na bepaalde strafrechtelijke veroordelingen (art. 31, 5° Sw., vgl. art. 123*bis* en 382*bis* Sw.).

X.3. RELATIEVE ONBEKWAAMHEDEN

232. Als *wettelijke relatieve* rechtsonbekwaamheden zijn vooral bekend, de onbekwaamheden om giften te ontvangen vanwege personen over wie invloedsmisbruik kan worden vermoed. Zo mag de voogd niet ontvangen van zijn pupil, de geestelijke en de afgevaardigde van de Centrale Vrijzinnige Raad niet van degene die werd bijgestaan, en bepaalde actoren in de gezondheidszorg niet van bepaalde patiënten (art. 907, 909 en art. 15, tweede lid Euthanasiewet).

Een *gerechtelijke relatieve* rechtsonbekwaamheid is bv. te vinden in art. 32 Jeugdbeschermingswet, volgens welk een ouder kan worden ontzet uit het ouderlijk gezag over sommige van zijn kinderen.

HOOFDSTUK XI. MINDERJARIGEN

Inhoud

XI.1. Inleiding	106
XI.2. Niet-ontvoogde minderjarigen	109
2.1. Het bestraffende aspect	109
Regels	109
Uitzonderingen	110
Proceshandelingen	111
2.2. Het ondersteunende aspect: inleiding	111
2.3. Ouderlijk bewind	113
Dubbele hoedanigheid	113
Wie is bewindvoerder	113
Bevoegdhedenverdeling	115
Waarborgen	116
2.4. Voogdij	116
A. <i>Ontstaan en einde van de voogdij</i>	117
Ontstaan	117
Einde	119
B. <i>De voogdijorganen</i>	119
Vrederechter	119
Voogd	120
Toeziend voogd	121
Kenmerken van de opdrachten van voogd en toeziend voogd	121
Gronden van onbekwaamheid, uitsluiting en ontzetting	123
Andere voogdijorganen	123
C. <i>Werking van de voogdij</i>	125
Dringende maatregelen	125
Boedelbeschrijving	125
Basisbeschikking	125
Werking over de persoon	127

Werking over de goederen	128
Conflict tussen voogd(en) en pupil	130
D. Controle van de voogdijorganen	130
E. Het einde van de voogdij(opdracht): de voogdijrekening	131
F. Gerechtelijke regeling van de voogdij	132
Beginsel	132
Afwijkingen	132
Procespositie van de pupil	132
Voogdijdossier	132
2.5. Andere vormen van voogdij	133
XI.3. Ontvoogding	133
3.1. Wie kan worden ontvoogd?	133
3.2. Bestraffend aspect	134
Met betrekking tot de persoon	134
Met betrekking tot de goederen	134
3.3. Ondersteunend aspect	135
3.4. Intrekking van de ontvoogding	135

Achtergrondliteratuur: M. DEKKERS, *De larf. Over kinderen en metamorfose*, Amsterdam, Contact.

XI.1. INLEIDING

233. Een minderjarige is de natuurlijke persoon die de dag en het uur van de volle leeftijd van achttien jaar niet heeft bereikt (art. 57, 1°, 388 en 488 *a contrario*).

In sommige bijzondere regelingen wordt als synoniem rechtsbegrip ook ‘kind’ gebruikt (art. 1 Kinderrechtenverdrag, art. 343, § 1, c).

Dit leidt tot verwarring, omdat ‘kind’ doorgaans als synoniem wordt gebruikt van ‘zoon of dochter zonder op de leeftijd te letten’ (4e betekenis volgens *Van Dale*; bv. art. 331 *nonies*, 371).

Ik gebruik de begrippen ‘minderjarige’ en ‘kind’ in hun algemene juridische betekenis.

234. De algemene taalkundige betekenis van het woord ‘kind’ is ‘mens in onvolwassen staat’. De mens behoort tot de diersoorten die pas na een proces van volwassenwording in staat zijn zelf en zelfstandig te functioneren, *in casu* in het maatschappelijke en rechtsverkeer. Tijdens dat proces is hij min of meer afhankelijk van anderen. De gevolgen van deze onvolwassenheid worden in twee rechtsinstellingen geregeld.

235. De eerste instelling is de minderjarigheid. De minderjarigheid is het statuut van onbekwaamheid van mensen beneden de achttien jaar. Het gaat om een beschermende handelingsonbekwaamheid.

Kinderen worden in het algemeen niet in staat geacht om zelf en zelfstandig hun (rechts)belangen te behartigen. Hen zelf of zelfstandig in het rechtsverkeer laten optreden, levert voor henzelf gevaar op, bv. van benadeling. Daardoor komt ook het vlotte verloop van het rechtsverkeer in het gedrang, bv. doordat de geldigheid van een handeling van een kind achteraf nog zou kunnen worden betwist. In hun belang, maar ook in dat van het rechtsverkeer in het algemeen, krijgen kinderen daarom rechtsverkeersbeperkingen opgelegd.

Deze rechtsverkeersbeperkingen worden, met het oog op de rechtszekerheid, abstract bepaald, waardoor ze tot de staat van de persoon behoren. Het relevante element van staat is hier: de leeftijd beneden de achttien jaar. Uiteraard zijn sommige kinderen al vóór die leeftijd geschikt om hun belangen te behartigen. Voor categorisering is evenwel een herkenbaar en vast aanknopingspunt nodig. In dit geval is dat de leeftijd waarop iemand *in het algemeen* feitelijk in staat wordt geacht zijn belangen zelf en zelfstandig te behartigen. Die leeftijd evolueert: tot 1990 bedroeg hij 21 jaar. Ondanks de langer wordende periode van volwassenwording, vermindert de wetgever de rechtsverkeersbeperkingen sneller. Soms mogen mensen daardoor juridisch communiceren terwijl ze het nog niet kunnen. Ik kom daarop meteen terug.

Het ondersteunende aspect van de handelingsonbekwaamheid houdt in dat de rechten en plichten waarvan de minderjarige titularis is, bij vertegenwoordiging of met bijstand moeten worden uitgeoefend omdat de minderjarige dat niet zelf of zelfstandig mag.

236. De tweede instelling is het ouderschap. Een mens mag als regel pas op zijn achttiende zelf en zelfstandig zijn belangen behartigen; maar op die leeftijd moet hij het ook kunnen. De volwassenwording houdt in dat het kind daarvoor – door anderen – klaar moet worden gemaakt. Het moet worden gesocialiseerd. De socialisering heeft een materieel aspect, het levensonderhoud, en een immaterieel aspect, de opvoeding door iemand met gezag. Het *ouderschap* is de verhouding van staat waarin die socialisering wordt georganiseerd. Heel het ouderschap komt aan bod in *Familierecht in kort bestek*. Hier is al belangrijk te onthouden dat beslissingen over de socialisering niet samenhangen met de onbekwaamheid van de minderjarige, dus niet bij vertegenwoordiging gebeuren maar op grond van een eigen recht van de ‘ouder’.

237. Onder dit hoofdstuk komen enkel de bestraffende en ondersteunende aspecten van de minderjarigheid aan bod, met inbegrip van de knooppunten met het ouderschap.

238. Binnen de categorie van minderjarigen zijn er twee subcategorieën.

De *niet-ontvoogde minderjarigen* zijn absoluut, algemeen en volledig handelingsonbekwame minderjarigen. Zij worden vertegenwoordigd.

Kan de minderjarige al iets meer, dan is ontvoogding mogelijk. *Ontvoogde minderjarigen* zijn absoluut, bijzonder en beperkt handelingsonbekwame minderjarigen. Zij worden voor bepaalde handelingen bijgestaan, terwijl ze voor andere handelingen een machtiging nodig hebben. De ontvoogding houdt het midden tussen minderjarigheid en meerderjarigheid.

239. De juist beschreven duidelijke categorisering gaat meer en meer teloor. Dat komt door de toenemende emancipatie van minderjarigen. Via twee wegen wordt op die manier de ‘princiële’ onbekwaamheid tot de leeftijd van achttien afgeschaft.

Een eerste weg houdt in dat voor een toenemend aantal handelingen een bijzondere categorisering plaatsvindt, doordat de ‘meerderjarigheidsgrens’ wordt verlaagd. Zo mag een minderjarige bv. bepaalde giften doen vanaf de leeftijd van zestien (art. 904). Er zijn steeds meer van dit soort handelingen.

Een tweede weg is veel gevaarlijker voor de rechtszekerheid. Hij houdt in dat van de categorisering op grond van leeftijd wordt afgestapt. In een toenemend aantal gevallen mag een minderjarige een rechtshandeling stellen als hij kan. Of hij mag, hangt dus af van het concrete, feitelijke, oordeel of hij onderscheidingsvermogen heeft of in staat is zijn belangen te behartigen. In termen van art. 1108 volstaan voor de geldigheid van een rechtshandeling toestemming, voorwerp en oorzaak. Dat is bv. zo voor de erkenning van een kind (art. 328, 1e lid) en de uitoefening van de patiëntenrechten (art. 12, § 2 Wet Patiëntenrechten) – althans als men deze als rechtshandeling kwalificeert.

240. Al het voorgaande gebeurt onder verwijzing naar de mensenrechten van kinderen. Meer dan vroeger worden aan het kind als zelfstandige – en geen afgeleide – titularis grondrechten toegekend. In de mate van het mogelijke moet hij die ook zelf en zelfstandig mogen uitoefenen. Het belangrijkste mensenrechteninstrument ter zake is zeker het VN-Kinderrechtenverdrag van 20 november 1989.⁶⁸ Het maakt de uitoefening van de kinderrechten in hoofdzaak afhankelijk van de zich ontwikkelende vermogens van het kind (art. 5 Kinderrechtenverdrag) of van zijn rijpheid (art. 12.1 Kinderrechtenverdrag).

Voornamelijk voor de uitoefening van persoonlijke rechten en plichten wordt de handelingsonbekwaamheid daarom een overbodige constructie. De rechtszekerheid wordt daardoor niet altijd gediend.

⁶⁸ Geratificeerd door Wet van 25 november 1991, B.S. 17 januari 1992.

XI.2. NIET-ONTVOOGDE MINDERJARIGEN

S. MOSSELMANS, *Voogdij*, in A.P.R., Mechelen, Kluwer, 2004 – J. SOSSON (ed.), *Tutelle et administration légale. Questions d'application des lois du 29 avril 2001 et du 13 février 2003*, Brussel, Larcier, 2005, 242 – P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 498.

2.1. HET BESTRAFFENDE ASPECT

Regels

241. Als regel zijn niet-ontvoogde minderjarigen absoluut, algemeen en volledig handelingsonbekwaam (art. 1124). Toch is nietigverklaring van hun rechtshandelingen maar mogelijk in de gevallen door de wet bepaald (art. 1125, eerste lid).

In verband met de nietigverklaring wegens onbekwaamheid wordt in de rechtsleer soms een onderscheid gemaakt tussen de ‘burgerlijk’ en de ‘natuurlijk’ onbekwame minderjarigen. In feite gaat het om minderjarigen met resp. zonder onderscheidingsvermogen (‘*infantes*’). De eersten zouden onbekwaam zijn enkel op grond van de wet alleen, de tweeden ook omdat ze niet in staat zijn rechtshandelingen te stellen. Nietigverklaring van rechtshandelingen van de eersten zou enkel mogelijk zijn in de gevallen door de wet bepaald, die van de tweeden zouden altijd vernietigbaar zijn. Zoals vermeld, *mag* een onbekwame niet. Of hij al dan niet *kan*, is in dat geval als regel irrelevant. Het gemaakte onderscheid tussen ‘burgerlijk’ en ‘natuurlijk’ onbekwame minderjarigen is daarom wat dit betreft niet zinvol; er bestaat ook geen wettelijke grondslag voor.

Eigenlijk gaat het om het volgende. Een minderjarige zonder onderscheidingsvermogen is niet in staat om rechtshandelingen te stellen. Hij kan dus geen geldige toestemming geven (art. 1108). Zijn rechtshandeling is vernietigbaar wegens afwezigheid van toestemming. Om die reden zijn de beperkingen aan de vernietigbaarheid wegens onbekwaamheid inderdaad niet meer relevant. Met de onbekwaamheid heeft dat niets te zien.

De hierna volgende regels over vernietigbaarheid betreffen enkel de onbekwaamheid en zijn enkel van belang zo de nietigheid van de rechtshandeling niet kan worden gevorderd wegens afwezigheid van toestemming.

242. Algemeen wordt aanvaard dat de minderjarige zelf geldig *daden van bewaring* mag stellen, bv. de vernieuwing van een hypothecaire inschrijving.

Daden van beheer zijn enkel vernietigbaar op grond van de onbekwaamheid in geval van eenvoudige benadeling (art. 1305). ‘Eenvoudig’ wil zeggen dat er geen bepaalde mate van benadeling, bv. 7/12, hoeft te zijn.

Er is benadeling in twee gevallen.

Intrinsieke benadeling is er wanneer tussen de prestaties van de partijen bij de rechtshandeling een wanverhouding bestaat, bv. wanneer een minderjarige de nieuwprijs betaalt voor een motorfiets van enkele jaren oud.

Extrinsieke of functionele benadeling is er wanneer de intrinsiek niet-onevenredige prestatie van de minderjarige niet in verhouding staat tot zijn vermogen – als het om een vermogensrechtelijke handeling gaat – of zijn rijpheid – als het om een persoonsrechtelijke handeling gaat. Hij geeft bv. al zijn spaargeld uit aan een nutteloze aankoop. Uit deze regels vloeit de principiële bekwaamheid voort van minderjarigen voor daden van beheer, of nog: voor de handelingen van het dagelijkse leven zoals de aankoop van benzine voor de motorfiets, filmtickets, condooms (meestal in deze volgorde). De ‘onbekwaamheid’ rechtvaardigt namelijk enkel de vernietiging wegens eenvoudige benadeling.

Anders is het gesteld voor *dadenvanbeschikking* (art. 410). Uit art. 1314 kan *a contrario* worden afgeleid dat daden van beschikking die de minderjarige stelt, rechtens vernietigbaar zijn. Dit wil zeggen dat de rechter geen beoordelingsbevoegdheid heeft en tot nietigverklaring is verplicht als ze wordt gevraagd. De nietigheid blijft wel relatief.

De ‘formaliteiten’ waarvan sprake in art. 1314, zijn de machtigingsvereisten. Zoals vermeld, is machtiging enkel vereist voor daden van beschikking, die limitatief zijn opgesomd in art. 410.

Uitzonderingen

243. Uitzonderlijk is de niet-ontvoogde minderjarige bekwaam. De draagwijdte van die bekwaamheid kan verschillen. Soms mag hij zelf en zelfstandig optreden (bv. art. 328, 1e lid, daden van beheer indien geen benadeling). In andere gevallen mag hij wel zelf optreden, maar niet zelfstandig. Soms volstaat dan de instemming van een andere persoon of instantie (bv. art. 145 en art. 148 over het huwelijk), in andere gevallen is bijstand nodig (bv. om een huwelijkscontract te sluiten, art. 1397). Ten slotte bestaat soms een omgekeerde techniek: de minderjarige treedt rechtsgeldig zelfstandig op, maar derden – meestal de wettelijke vertegenwoordigers – hebben een verzetrecht. Dat is bv. zo in verband met de uitbetaling van het loon (art. 44 Arbeidsovereenkomstenwet).

Proceshandelingen

244. Voor proceshandelingen geldt *mutatis mutandis* dezelfde regeling. Dat is ook logisch: proceshandelingen zijn rechtshandelingen waarop de geldigheidsvereisten van rechtshandelingen van toepassing zijn.⁶⁹ Daden van bewaring, zoals de vordering van een verzegeling, mag de minderjarige stellen.

Voor daden van beheer liggen de zaken moeilijker, nu enerzijds de benadeling moeilijk valt te beoordelen en anderzijds een procesverhouding een aaneenschakeling is van proceshandelingen. Zoals voor daden van beschikking wordt hiervoor daarom de principiële onbekwaamheid aangenomen, ook als er geen benadeling is. De meeste problemen rijzen hoe dan ook al bij het instellen van een vordering als eiser, wat doorgaans een daad van beschikking is (art. 410, § 1, 7°).

De sanctie ligt anders dan bij materiële rechtshandelingen. Bij rechtshandelingen heeft de co-contractant de keuze al dan niet te contracteren met de minderjarige en aldus het gevaar te lopen dat achteraf de nietigheid wordt gevorderd. In een procesverhouding heeft hij die keuze niet: hij wordt erin gedwongen. Hij kan daarom zelf een opschortend middel van ontoelaatbaarheid van de vordering opwerpen, totdat de minderjarige geldig in het proces is. Is geen vertegenwoordiging mogelijk, dan is zijn middel afdoend en is de vordering afgelopen. Een echte afwijking van art. 1125, tweede lid is dat niet: er hoeft nog niets te worden nietig verklaard, enkel is regularisatie van de procespositie nodig. De rechter moet dergelijke middelen ook amtsshalve opwerpen.

245. Nu ondergaat de procespositie van de minderjarige heel wat wijzigingen, met een verdergaande 'uitzonderlijke' bekwaamheid tot gevolg dan bij materiële rechtshandelingen het geval is. Aldus ontstaat een 'hinkende rechtspositie': in het materiële recht is de minderjarige onbekwaam, voor de betreffende vordering wordt hij bekwaam.

Op de eerste plaats is, onder invloed van het Kinderrechtenverdrag, veel aandacht gegaan naar het hoorrecht van minderjarigen (art. 931 en 1233, § 1, 2° Ger.W., art. 56bis Jeugdbeschermingswet).

Belangrijker is op de tweede plaats de uitbreiding van het aantal gevallen waarin wet en rechtspraak de 'uitzonderlijke' procesbekwaamheid van minderjarigen aanvaarden. In de wet gebeurt dat bv. in art. 331*sexies*. Zowel in burgerlijke als in administratieve zaken aanvaardt de rechtspraak een veelvoud aan procesbekwaamheden, bv. bij de vordering tot levensonderhoud, vorderingen in schoolkwesties enz. Ten slotte bestaat nog een reeks regels in verband met de belangenbehartiging voor minderjarigen via rechtsbijstand of aanstellingen van een voogd *ad hoc*. De jeugdadvocaten zorgen voor interessante ontwikkelingen ter zake.

Over dit alles valt voorlopig door de bomen nog geen bos te zien.

2.2. HET ONDERSTEUNENDE ASPECT: INLEIDING

246. Het positieve, ondersteunende aspect van zijn statuut houdt in dat de minderjarige als volledig handelingsonbekwame moet worden vertegenwoordigd. Naargelang hij al dan niet nog ouders heeft, gebeurt dit door de ouder(s) resp. door een voogd. De organisatie van deze vertegenwoordiging heeft een bewogen geschiedenis en wellicht ook een bewogen toekomst, om twee redenen: de betrokkenheid van de

⁶⁹ Cass. 5 februari 1998, R.W. 1998-99, 40, concl. DE SWAEF.

ruimere familie enerzijds en de gelijkstelling, op het vlak van controle, van ouders met de voogd anderzijds.

247. Waren er twee beschikbare ouders, dan bleef het ouderlijke bewind over de minderjarige tot 2001 grotendeels vrij van inmenging door andere familieleden en door de overheid.

Bij gebreke van twee beschikbare ouders was die inmenging er wel. Was er slechts één of was er geen ouder meer over, dan ontstond de voogdij – de enig overblijvende ouder werd in voorkomend geval als regel wel voogd. Het voogdijbewind kenmerkte zich door een vergaande controle op de voogd. De voogd verrichtte, onder toezicht van een toeziend voogd, enkel de daden van beheer. De krijtlijnen van dat beheer werden uitgetekend door de familieraad, een vergadering van 6 familieleden van de onbekwame uit de twee familietakken en onder voorzitterschap van de vrederechter. Wilde de voogd een daad van beschikking stellen, dan had hij daarvoor de machtiging nodig van de familieraad. Bovendien moest een aantal van die machtigingen nog eens worden gehomologeerd door de rechtbank van eerste aanleg.

Dit systeem werd als problematisch aan gevoeld. Enerzijds werd de wettelijke voogdij van de enige ouder aan gevoeld als een te grote inbreuk op diens privé- en gezinsleven, wegens de rol van de familieraad. Anderzijds boet de familie aan belang in; dikwijls werden onvoldoende geïnteresseerden gevonden voor de samenstelling van de familieraad.

Om die reden zijn in 2001 twee verregaande ingrepen verricht. Ten eerste is de wettelijke voogdij van de enige ouder afgeschaft: de voogdij ontstaat nog maar als er geen enkele ouder meer beschikbaar is. Ten tweede is de familieraad afgeschaft. De rol van de familieraad en van de rechtbank van eerste aanleg is overgenomen door de vrederechter, die het kader van de voogdij bepaalt en de nodige machtigingen verleent.

248. Een tweede knelpunt is de vraag of ouders al dan niet aan dezelfde verregaande controle moeten worden onderworpen als de voogd.

Als reden voor een negatief antwoord wordt onder meer aangehaald dat de ouders een genotsrecht hebben op de goederen van hun minderjarige kinderen, op grond waarvan zij het beheer in eigen naam en voor eigen rekening voeren. De voogd heeft een dergelijk genotsrecht niet.

Omdat het genotsrecht geen beschikkingsrecht inhoudt, zijn de ouders wat betreft dit laatste nochtans “enkel de beheerders van het vermogen van hun kinderen”.⁷⁰ In principe zouden daarom voor daden van beschikking dezelfde regels van toepassing moeten zijn als voor de voogd het geval is. In 1987 is die regel beperkt ingevoerd: handelingen waarvoor de voogd én de machtiging van de familieraad én de homolo-

⁷⁰ Cass. 14 oktober 1957, *R.W.* 1958-59, 1343; Cass. 14 januari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 517.

gatie ervan door de rechtbank van eerste aanleg nodig had, moesten ook voor de ouders worden gemachtigd door de rechtbank van eerste aanleg.

Sinds 2001 is voor alle daden van beschikking enkel nog een vrederechterlijke machtiging vereist; de eventuele homologatie is afgeschaft. Moest voor de ouders het machtigingsvereiste dan tot alle handelingen worden uitgebreid of voor allemaal worden afgeschaft? De wetgever koos voor het eerste, een aantal uitzonderingen daargelaten. Voor de enige ouder betekende dat min of meer een *status quo* wat betreft de machtigingen. Maar in de hypothese waarin er twee ouders beschikbaar zijn, was de hervorming verdergaand. Die ouders staan sinds 2001 onder controle, niet van de familieraad, maar van de vrederechter. Dit is een voorbeeld van de toenemende rechtstreekse Staatscontrole in familiale aangelegenheden.

2.3. OUDERLIJK BEWIND

Dubbele hoedanigheid

249. In het ouderlijke bewind moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de hoedanigheid waarin de ouders optreden. De ouders die de goederen van hun kinderen beheren, hebben daarvan als regel ook het genotsrecht (art. 384). Dit recht houdt verband met hun ouderschap. Het komt neer op een soort van vruchtgebruik. Het genotsrecht geeft de ouders ook beheersrechten – art. 384 stelt het onterecht omgekeerd.

Als titularis van het genotsrecht, voeren de ouders het beheer dan ook *in eigen naam en voor eigen rekening* en niet in naam en voor rekening van de minderjarige. Het gaat hier niet om vertegenwoordiging.

Wat betreft goederen waarvan de ouders niet het genot hebben (art. 387) gebeurt het beheer wel in naam en voor rekening van de minderjarige.

Het genotsrecht biedt de ouders voorts niet de bevoegdheid daden van beschikking te stellen. Voor alle goederen van de minderjarige geldt daarom dat daden van beschikking gebeuren in naam en voor rekening van de minderjarige.

Behalve wat betreft de verantwoordingsplicht, maakt de wet geen onderscheid naargelang de hoedanigheid waarin de ouders optreden, zodat het belang voor de praktijk beperkt is.

Wie is bewindvoerder

250. Het beheer van de goederen en de vertegenwoordigingsbevoegdheid komen toe aan de ouders die het gezag uitoefenen over de persoon (art. 376, op grond van art. 373-375) – dit is het verband met het ouderschap.

1/ Is er maar *één ouder* beschikbaar, dan oefent hij de bevoegdheden alleen uit. De voogdij ontstaat niet (meer).

2/ *Wonen de (twee beschikbare) ouders samen*, dan oefenen zij de genoemde bevoegdheden als regel samen uit.

De derde te goeder trouw met wie één van hen alleen handelt, kan zich wel beroepen op een vermoeden van instemming van de andere ouder. Dit vermoeden geldt enkel daden van beheer.

Bereiken de ouders geen overeenstemming over een handeling, dan kunnen zij zich richten tot de rechtbank. Eén ouder kan dan worden gemachtigd alleen op te treden voor een bepaalde handeling. Logisch zou zijn art. 378, § 1, vijfde lid steeds toe te passen op alle handelingen met betrekking tot het vermogen waarover geen eensgezindheid bestaat, en niet enkel op daden van beschikking waarvoor machtiging is vereist. In dit geval machtigt de vrederechter één van de ouders om alleen op te treden. In een andere interpretatie zouden de ouders zich enkel tot de vrederechter kunnen richten in verband met vermogensrechtelijke handelingen waarvoor een machtiging is vereist, terwijl ze zich in verband met andere handelingen tot de jeugdrechtbank zouden moeten richten.

3/ *Wonen de ouders niet samen*, dan blijft als regel de regeling onder 2/ van toepassing. De uitoefening van het ouderlijk gezag kan op diverse gronden wel aan één ouder worden opgedragen (art. 374, tweede lid, 223, 302, 1479 en art. 1258 en 1288, eerste lid, 2° Ger.W., daarover meer in *Familierecht in kort bestek*). In dat geval komen beheer en vertegenwoordiging toe aan de ene ouder die het gezag uitoefent.

De andere ouder behoudt enkel het recht om toezicht te houden. Hij kan bij de ouderbewindvoerder of bij derden alle nuttige informatie inwinnen en zich in het belang van het kind tot de jeugdrechtbank wenden.

In geval van *belangenconflict* is nog een andere regeling van toepassing.

Bij een belangenconflict tussen één van beide ouders-bewindvoerders en het kind, treedt de andere op.

Bestaat het belangenconflict tussen beide ouders en het kind of tussen de enige ouder en het kind, dan moet een voogd *ad hoc* worden aangesteld. Meestal is dat een advocaat. De aanstelling is uitdrukkelijk geregeld voor daden van beschikking (art. 378, § 1, zesde lid) en voor het belangenconflict dat rijst voor een bodemrechter (art. 378, § 2). Deze bepalingen moeten ook op andere gevallen van toepassing worden geacht. Hebben beide ouders-bewindvoerders onderling tegengestelde belangen, dan kan de vrederechter één van hen machtigen alleen op te treden (art. 378, § 1, vijfde lid, dat ook van toepassing moet worden geacht op daden van beheer).

Bevoegdhedenverdeling

251. Elke ouder-bewindvoerder kan alleen optredend de nodige *dad*en van bewaring stellen.

De *dad*en van beheer worden verricht alleen optredend door de enige ouder-bewindvoerder of door de ouders-bewindvoerders samen. Zoals vermeld, speelt in het tweede geval wel het vermoeden van instemming.

Of ze nu samen optreden of alleen, de ouders-bewindvoerders hebben op grond van een verwijsbepaling naar het voogdijrecht een vrederechterlijke machtiging nodig voor de *dad*en van beschikking (art. 378, § 1, eerste lid en 410). Een aantal handelingen waarvoor de voogd wel machtiging nodig heeft, is voor de ouders vrijgesteld. Ouders-bewindvoerders hebben machtiging nodig om:

- de goederen van de minderjarige, met uitzondering van de vruchten en de onbruikbare voorwerpen, te vervreemden;
- een lening aan te gaan;
- de goederen van de minderjarige te hypothekeren of in pand te geven;
- een pachtcontract, een handelshuurovereenkomst of een gewone huurovereenkomst van meer dan negen jaar te sluiten alsook een handelshuurovereenkomst te hernieuwen;
- een nalatenschap, een algemeen legaat of een legaat onder algemene titel te verwerpen of te aanvaarden, wat slechts onder voorrecht van boedelbeschrijving kan geschieden;
- een legaat onder bijzondere titel te aanvaarden;
- een overeenkomst van onverdeeldheid te sluiten;
- een onroerend goed aan te kopen;
- een dading aan te gaan of een arbitrageovereenkomst te sluiten;
- een handelszaak voort te zetten die is verkregen door wettelijke erfopvolging of door erfopvolging krachtens uiterste wil;
- souvenirs en andere persoonlijke voorwerpen, zelfs als het om voorwerpen van geringe waarde gaat, te vervreemden;
- te beschikken over de goederen die onbeschikbaar zijn op grond van een beslissing genomen krachtens artikel 379, op grond van artikel 776 of overeenkomstig een beslissing van de familieraad genomen voor de inwerkingtreding van de wet van 29 april 2001 tot wijziging van verscheidene wetsbepalingen inzake de voogdij over minderjarigen.

252. De machtiging wordt op eenzijdige verzoekschriftprocedure gevraagd bij de vrederechter. De territoriale bevoegdheid is geregeld in art. 378, § 1, tweede en derde lid.

Als regel wordt het verzoekschrift ingediend door de ouders-bewindvoerders samen of door de enige ouder-bewindvoerder. De andere ouder kan in dat geval geen verzoekschrift indienen.

Wordt het verzoekschrift ingediend door één ouder – zelfs omdat hij alleen bewindvoerder is – dan wordt de andere in elk geval opgeroepen om te worden gehoord.

Artikel 378, § 1, eerste lid verwijst naar de ‘handelingen’ bedoeld in art. 410, niet naar de procedure die bij die laatste bepaling hoort. Het gaat om de procedure die de voogd dient te volgen bij zijn verzoek tot machtiging (daarover verder). Daarin is onder meer sprake van een hoorrecht van de minderjarige vanaf 12 jaar wat betreft zijn persoon en vanaf 15 jaar wat betreft zijn goederen (art. 1233, § 1, 2° Ger.W.). Op de minderjarige onder ouderlijk bewind is die bepaling niet van toepassing; enkel de algemene bepaling van art. 931 Ger.W. geldt hier.

Waarborgen

253. Naast algemene controlematregelen in verband met ouderschap, waarover later, bestaan er met betrekking tot het bewind over het vermogen drie waarborgen die de minderjarige tegen zijn ouders moeten beschermen.

1/ Op de eerste plaats moeten geldsommen die door een rechterlijke beslissing aan de minderjarige worden toegekend, verplicht op een geblokkeerde rekening worden gestort. Vrijmaking is pas mogelijk op machtiging door de vrederechter (art. 379, tweede lid, 378, § 1, eerste lid en 410, § 1, 14°).

2/ Op de tweede plaats kan de jeugdrechtbank in het belang van het kind alle beschikkingen in verband met het ouderlijke bewind opleggen of wijzigen op grond van art. 387*bis*.

3/ Ten slotte zijn ouders-bewindvoerders aan het einde van hun bewind desgevraagd door het kind éénmalig verantwoording verschuldigd over de eigendom en opbrengsten van goederen waarvan ze niet het genot hebben en over de eigendom van goederen waarvan ze het genot hebben (art. 379, eerste lid). Vooraf kan de minderjarige zijn ouders niet tot verantwoording dwingen. Wel kan een fout in het bewind al worden vastgesteld.⁷¹

2.4. VOOGDIJ

S. MOSSELMANS, *Voogdij*, in *A.P.R.*, Mechelen, Story Scientia, 2004 – P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002.

⁷¹ Cass. 14 oktober 1957, *R.W.* 1958-59, 1343.

A. *Ontstaan en einde van de voogdij*

Ontstaan

254. Artikel 389 bepaalt wanneer de voogdij *ontstaat*. Het ontstaan van de voogdij is het rechtsfeit dat ertoe aanleiding geeft de voogdij (opnieuw) te organiseren. Het ontstaan van de voogdij is niet het *openvallen* ervan. Tijdens een bestaande voogdij kan het vóórkomen dat één van de voogdijorganen moet worden vervangen. Die bepaalde voogdijfunctie wordt dan vacant en moet opnieuw worden ingevuld; dit heet het openvallen ervan.

255. De voogdij ontstaat (of herleeft) enkel wanneer *beide* ouders ongeschikt of niet (meer) beschikbaar zijn om het ouderlijk bewind (goed) te laten functioneren. Op die manier wordt geen rekening gehouden met zogenaamde hersamengestelde of mozaïekgezinnen. Ouders van een kind scheiden; één ouder is in het kind niet meer geïnteresseerd en verliest gezag en bewind (art. 374, tweede lid en 376), de andere sticht een nieuw gezin met een nieuwe partner, die de ouderrol op zich neemt. Wordt de ouder-bewindvoerder onbeschikbaar, dan komen aan de nieuwe partner geen rechten in verband met bewind en gezag toe. De overblijvende ouder wordt volledig in zijn rechten hersteld en heeft als ouder-bewindvoerder als regel zelfs het genot van het vermogen van zijn kind, dat het erfde van andere ouder.

256. Ouders zijn ongeschikt of niet (meer) beschikbaar:

- als zij overleden zijn;
- als zij wettelijk onbekend zijn;
- als zij in de voortdurende onmogelijkheid verkeren het ouderlijk gezag uit te oefenen;
- of als er combinatie van ontstaansgronden is, zoals één ouder overleden en de andere wettelijk onbekend.

257. Met *wettelijke onbekendheid* is de weinig vóórkomende hypothese bedoeld waarin de afstamming van een kind van bij de aangifte van de geboorte in de twee lijnen onbekend is. Het gaat daarnaast ook om de hypothese waarin een bestaande afstammingsband succesvol wordt betwist of een gewone adoptie wordt herroepen.

258. De *voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen* verwijst als ontstaansgrond van de voogdij naar art. 375, tweede lid. Deze bepaling schrijft de voogdij voor als er van beide ouders geen overblijft die in staat is het ouderlijk gezag uit te oefenen, dus het bewind te voeren. Dit wordt nu in art. 389 uitgewerkt.

Het bewijs van de voortdurende onmogelijkheid het gezag uit te oefenen, vloeit afdoende voort uit twee soorten maatregelen, maar kan ook feitelijk worden geleverd.

259. Het bewijs van de voortdurende onmogelijkheid het ouderlijk gezag uit te oefenen, vloeit *afdoende* voort uit de afwezigheid en uit bepaalde maatregelen van onbekwaamheid.

Met afwezigheid (zie Hoofdstuk II.4) zijn bedoeld, de rechterlijke maatregelen naar aanleiding van een vermoeden van afwezigheid (art. 112-113) alsook de eigenlijke verklaring van afwezigheid (art. 115). De verdwijning bedoeld in art. 142 geeft op zichzelf geen aanleiding tot het ontstaan van de voogdij, maar tot een voorlopige beschermingsregeling. De (langdurige) verdwijning die niet tot maatregelen aanleiding gaf, kan ook een feitelijk bewijs opleveren van de onmogelijkheid het ouderlijk gezag uit te oefenen.

De onmogelijkheid vloeit ook afdoende voort uit de gerechtelijke onbekwaamverklaring (art. 489) en de verklaring in staat van verlengde minderjarigheid (art. 487*bis*). Een criterium voor beide maatregelen van onbekwaamheid is dat de betrokkene ongeschikt is om zichzelf te leiden en zijn goederen te beheren. De gerechtelijke vaststelling van die toestand impliceert dan het besluit dat de beschermde persoon evenmin kan instaan voor de persoon en goederen van zijn kind.

De toevoeging van een gerechtelijke raadsman (art. 513 en art. 1247 Ger.W.) of van een voorlopige bewindvoerder (art. 488*bis*) volstaat niet om er de voortdurende onmogelijkheid uit af te leiden het ouderlijk gezag uit te oefenen. Men kan uit die maatregelen op zich niet afleiden dat de betrokkene niet meer in staat zou zijn het ouderlijk bewind te voeren. Wel kan de toevoeging van een gerechtelijke raadsman of een voorlopige bewindvoerder bij het feitelijke bewijs van de voortdurende onmogelijkheid worden betrokken.

Ook een dwangopneming onder de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke, een internering en een veroordeling tot een langdurige gevangenisstraf zijn niet aangehouden als afdoende bewijs van de onmogelijkheid tot gezagsuitoefening.

De ontzetting uit het ouderlijk gezag (art. 32 e.v. Jeugdbeschermingswet, zie verder *Familierecht in kort bestek*) doet de voogdij ten slotte evenmin ontstaan. Daarvoor is een dubbele reden. Enerzijds kan de ontzetting tijdelijk, gedeeltelijk en beperkt zijn. Ze impliceert dus niet noodzakelijk een voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen. Anderzijds kadert de ontzetting in een geheel van maatregelen van jeugdbescherming. Het behoud van het algemene toezicht daarop door de jeugdrechter is aangewezen.

De minderjarigheid van de ouder is geen ontstaansgrond van de voogdij. Minderjarigen zijn bekwaam tot uitoefening van gezag en bewind over (het vermogen van) hun kinderen.

260. Als de voortdurende onmogelijkheid niet voortvloeit uit één van de beschreven maatregelen, kan ze feitelijk worden vastgesteld door de rechtbank van eerste aanleg.⁷² De rechtbank wijst de vordering toe op het bewijs van de voortdurende (lees: aanhoudende) onmogelijkheid. Te denken valt, zoals vermeld, aan een internering, een langdurige gevangenisstraf of verdwijning, een stoornis in de geestvermogens, een probleem van drugsmisbruik, ... Het feit dat een (overlevende) ouder in het verleden niet naar zijn kind(eren) heeft omgekeken, volstaat niet. De rechtbank kan bovendien het verlies van het wettelijke vruchtgenot van art. 384 uitspreken. De vordering tot opheffing van de vaststelling van voortdurende onmogelijkheid wordt bij verzoekschrift ingediend door de ouder(s). De procedure is dezelfde als de vordering tot vaststelling van de onmogelijkheid.

Einde

261. De voogdij eindigt bij de meerderjarigheid, de ontvoogding of het overlijden van de pupil.

Er is niet voorzien in een overgangsregeling voor het geval waarin de pupil als meerderjarige onbekwaam zou moeten worden verklaard.

De voogdij herleeft als de ontvoogding wordt ingetrokken en er geen ouder beschikbaar is.

De voogdij eindigt ook wanneer er – zij het in één lijn – een juridische afstammingsband tot stand komt of wanneer uit een gerechtelijke beslissing blijkt dat de onmogelijkheid tot gezagsuitoefening niet meer bestaat.

B. De voogdijorganen

Vrederechter

262. De vrederechter is als organisator en controleur het centrale voogdijorgaan.

Artikel 594, 6° Ger.W. maakt hem daarom materieel bevoegd voor alle verzoeken in verband met de voogdij.

Territoriaal bevoegd is de vrederechter van de woonplaats en, bij gebreke daarvan, de verblijfplaats van de pupil. De woonplaats is die bedoeld in art. 36 Ger.W. (art. 390).

Het voogdijforum is als regel onveranderlijk. Dit betekent dat de voogdij in beginsel in het eerste vredegerecht gevestigd blijft, ook al verandert de minderjarige daarna van

⁷² De procedure verloopt op eenzijdig verzoekschrift van de procureur des Konings, dat in raadkamer wordt behandeld (art. 1236bis Ger.W.).

woon- of verblijfplaats. De voogdijrechter is op deze manier veel beter in staat de voogdij grondig en volledig te kennen. Uitzonderlijk kan de voogdijrechter het voogdijforum in het belang van de pupil en op verzoek van de voogd of zelfs ambtshalve overbrengen naar de woon- of verblijfplaats van de voogd (art. 390).

Voogd

263. De voogd is als het ware de ‘gedelegeerde bestuurder’. Hij wordt altijd aangewezen door de vrederechter. Ofwel homologeert deze de aanwijzing van de voogd door de ouder(s), ofwel benoemt hij een voogd naar zijn keuze.

Vooraleer om het even welke voogd te benoemen, vergewist de vrederechter zich van diens toestemming. Bovendien hoort de vrederechter de minderjarige boven de twaalf jaar, bepaalde familieleden en iedereen van wie de mening voor hem nuttig kan zijn. Dezelfde procedure is van toepassing bij de vervanging van de voogd (art. 394 en 401).

264. De ouders kunnen samen een voogd *aanwijzen* bij verklaring voor de vrederechter of voor de notaris (art. 392). De ouder die het laatst het ouderlijk gezag uitoefent, kan dat bovendien alleen, ook bij testament. Elke ouder kan de verklaring altijd herroepen, ook als ze uitgaat van beide ouders. De verklaring blijft dan wel gelden voor de niet-herroepende ouder, mocht die als laatste het ouderlijk gezag hebben uitgeoefend.

De ouderlijke aanwijzing van een voogd is een onderdeel van het ouderlijk gezag. De bevoegdheid tot aanwijzing moet daarom worden bepaald op grond van art. 373-375. Het vermoeden van instemming van de andere ouder is niet van toepassing.

Het voorgaande belet niet dat één van beide ouders of de ouder die het gezag niet uitoefent toch (alleen) een voogd aanwijst. De geldigheid van zo een verklaring wordt beoordeeld op het ogenblik dat de voogdij ontstaat. Als dan blijkt dat de bedoelde ouder degene was die laatst het ouderlijk gezag uitoefende, is de aanwijzing geldig. De persoon die door de ouder(s) is aangewezen, wordt niet van rechtswege voogd. Hij kan de aanwijzing ten eerste weigeren. Ten tweede moet de vrederechter de aanwijzing homologeren. Hij kan dat weigeren op grond van ernstige redenen met betrekking tot het belang van het kind, bv. het bestaan van een familievete of het gevaar voor een voortdurende belangentegenstelling tussen voogd en pupil. Die redenen moet hij nauwkeurig aangeven.

Wanneer na de benoeming van een voogd door de vrederechter een testament of verklaring wordt ontdekt waarin een andere persoon als voogd wordt aangewezen, roept de vrederechter deze beide ‘voogden’ op in raadkamer en doet uitspraak. De vrederechter kan de aanwijzing van de voogd vervolgens alsnog homologeren (art. 1234 Ger.W.).

265. Bij gebreke van ouderlijke aanwijzing benoemt de vrederechter de voogd (art. 393). Hij kiest een voogd die geschikt is om de minderjarige op te voeden en zijn goederen te beheren en houdt daarbij rekening met de concrete omstandigheden van de zaak. De vrederechter benoemt bij voorkeur een naast familielid.

Toeziend voogd

266. De toeziend voogd is de 'auditor' van de voogdij. Hij wordt altijd benoemd door de vrederechter. Een bindende ouderlijke aanwijzing is hier niet mogelijk. Dat is ook logisch. De toeziend voogd moet voldoende onafhankelijk zijn tegenover de voogd. Die onafhankelijkheid zal er dikwijls niet zijn als de ouders hem aanwijzen: de toeziend voogd wordt misschien uit dezelfde familielijn als de voogd gekozen. De wet houdt daarom uitdrukkelijk als regel aan dat vrederechter de toeziend voogd bij voorkeur uit de andere lijn kiest als de voogd een bloed- of aanverwant uit de ene lijn is.

267. De vier taken van de toeziend voogd worden omschreven in art. 403-404.

1/ Ten eerste houdt de toeziend voogd toezicht op de voogd. De voogd moet daartoe alle medewerking verlenen, bv. de overlegging van de voogdijrekeningen en -verslagen. De wetgever waarborgt het toezicht soms door een verplichte aanwezigheid van de toeziend voogd bij bepaalde handelingen of zelfs door een verplicht gezamenlijk optreden.

2/ Ten tweede stelt de toeziend voogd de vrederechter onmiddellijk in kennis van de tekortkomingen en onregelmatigheden van de voogd in de opvoeding en in het beheer. Hij kan de vrederechter ook verzoeken om de ontzetting van de voogd.

3/ Ten derde vertegenwoordigt de toeziend voogd de minderjarige in plaats van de voogd wanneer de belangen van de voogd en de pupil tegenstrijdig zijn.

4/ Ten vierde doet de toeziend voogd een nieuwe voogd benoemen wanneer de voogdij openvalt. Hij vervangt de voogd in dat geval niet van rechtswege, zelfs niet voor de afhandeling van lopende zaken.

Kenmerken van de opdrachten van voogd en toeziend voogd

268. Als regel is de opdracht van voogd en van toeziend voogd *enkelvoudig*. De vrederechter duidt één voogd aan die zorg draagt voor de persoon van de minderjarige én diens goederen beheert.

Uitzonderlijk kan de voogdij in het belang van de minderjarige worden gesplitst, door benoeming van een voogd over de persoon en een over het vermogen (art. 395). Splitsing is mogelijk bij het ontstaan, bij het openvallen of op om het even welk ogenblik tijdens de werking van de voogdij. De vrederechter kan de gesplitste aanwijzing door de ouders bekrachtigen. Hij kan de ouderlijke aanwijzing van één voogd ook slechts homologeren wat betreft één aspect van de voogdij die hij zelf splitst.

De splitsing is tijdens de parlementaire voorbereiding niet uitdrukkelijk beperkt tot één voogd over de goederen en één voogd over de persoon. Zo kunnen verscheidene voogden over de goederen en één voogd over de persoon, of andersom, worden benoemd. De vrederechter zou ook één voogd kunnen belasten met de zorg over de persoon en het dagelijkse goederenbeheer en een andere voogd met het verdergaande beheer. Concurrerende bevoegdheden voor verscheidene voogden kunnen niet, bij gebreke van regels over hoe deze voogden knopen moeten doorhakken.

De voogden oefenen hun opdracht uit in onderling overleg onder toezicht van de vrederechter. Die beslecht geschillen in het belang van de pupil. Elk van de voogden stelt binnen zijn bevoegdheid de nodige rechtshandelingen en neemt de nodige beslissingen. Rechtshandelingen en beslissingen die zowel persoon als vermogen raken, moeten gezamenlijk worden gesteld resp. verricht. Tegenover derden te goeder trouw geldt een vermoeden van instemming. Het ligt voor de hand dat de meeste beslissingen over de persoon ook het vermogen zullen raken. Beter ware daarom geweest dat de voogd over de persoon ook alleen bevoegd zou zijn voor de vermogensrechtelijke weerslag, althans binnen de grenzen van het budget dat hij kreeg toegewezen door de vrederechter (art. 407 § 1, 1°).

De splitsing is ten slotte ook mogelijk voor de toeziende voogdij.

269. *Niemand is verplicht* een (toeziende) voogdijopdracht te aanvaarden (art. 396). De belangen van de minderjarige zouden door zo een verplichting niet zijn gediend. Vrijwillig ontslag is in de loop van de voogdij slechts mogelijk om wettige redenen, dit zijn omstandigheden waardoor de (toeziend) voogd niet meer in staat is de opdracht uit te oefenen. Zij kunnen van medische, familiale of professionele aard zijn. Wegens het onverplichte karakter van de voogdijopdrachten, is het mogelijk dat niemand de (toeziende) voogdij op zich wil nemen. In dat geval wijst de OCMW-raad onder zijn leden een voogd en een toeziend voogd aan (vgl. ook art. 63-68 OCMW-Wet).

270. De voogdijopdrachten zijn als regel *onbezoldigd*. Toch kan de vrederechter een onkostenvergoeding en zelfs een bezoldiging toekennen.

271. De voogdij is een *persoonlijke last* die niet overgaat op de erfgenamen (art. 400). De meerderjarige erfgenamen moeten het beheer niet voortzetten totdat een nieuwe

voogd is benoemd. Het vacuüm dat daardoor na het overlijden van de voogd ontstaat, wordt deels opgevangen via art. 391 (zie verder).

Binnen bepaalde grenzen kan de voogd zich wel laten bijstaan of kan hij een lasthebber aanstellen (art. 405, § 1, vierde lid).

Gronden van onbekwaamheid, uitsluiting en ontzetting

272. Artikel 397 bevat *gronden van onbekwaamheid* om de (toeziende) voogdijopdracht op te nemen. De onbekwaamheid geldt van rechtswege en laat geen beoordelingsbevoegdheid aan de rechter. De gronden van onbekwaamheid beogen rechtstreeks het belang van de minderjarige te beschermen. Mogen geen (toeziend) voogd zijn: personen die niet de vrije beschikking hebben over hun goederen en personen over wie de jeugdrechtsbank een maatregel bedoeld in art. 29-32 Jeugdbeschermingswet heeft bevolen. De eerste categorie van personen omvat de minderjarige en meerderjarige onbekwamen, daarin begrepen personen aan wie een gerechtelijke raadsman of een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Bepaalde strafrechtelijk veroordeelden mogen evenmin (toeziend) voogd zijn (art. 31 Sw.).

Als een grond van onbekwaamheid pas wordt ontdekt of ontstaat in de loop van de voogdij, moet de voogd onmiddellijk worden vervangen (art. 398-399).

273. Er zijn ook absolute en relatieve gronden tot *uitsluiting* en *ontzetting*.

De *gronden tot uitsluiting* – bij de aanvang van een voogdijopdracht – en *van ontzetting* – gedurende de uitvoering ervan – laten de rechter wel enige beoordelingsbevoegdheid. Ze zijn opgesomd in art. 398.

De absolute gronden tot ongeschiktheid zijn het kennelijke wangedrag en onbekwaamheid (lees: ongeschiktheid) of ontrouw (lees: kwade trouw) in het beheer.

Een relatieve grond tot uitsluiting en ontzetting als voogd treft de persoon die tegen de pupil een rechtsgeding voert waarbij de staat van de minderjarige, zijn vermogen of een aanzienlijk deel van het vermogen is betrokken. Ook de partner van die persoon en bepaalde familieleden zijn uitgesloten.

De vrederechter spreekt de ontzetting uit op verzoek van de (toeziend) voogd of het Openbaar Ministerie of ambtshalve (art. 1235 Ger.W.).

Andere voogdijorganen

274. Als de belangen van de pupil in strijd zijn met die van de voogd én de toeziend voogd, benoemt de vrederechter op verzoek van iedere belanghebbende of ambtshalve een voogd *ad hoc* en een toeziend voogd *ad hoc* (art. 404).

Als de belangen van de pupil enkel in strijd zijn met die van de voogd, treedt, zals vermeld, de toeziend voogd op. Moet er dan een toeziend voogd *ad hoc* worden

aangesteld? Volgens de wet niet. Minstens is zo een aanstelling nodig als voogd en toezien voogd volgens de wet samen moeten optreden.

Als de belangen van de pupil enkel in strijd zijn met die van de toezien voogd, is volgens de wet evenmin de benoeming van een toezien voogd *ad hoc* nodig.

275. De voogd kan zich onder zijn verantwoordelijkheid en na machtiging door de vrederechter laten *bijstaan* in het goederenbeheer (art. 405, § 1, vierde lid). Enkel (bezoldigde) bijstand is toegelaten; de persoonlijke aard van de voogdijopdracht verhindert de (te) algemene delegatie ervan. De (bezoldigde) aanstelling van een bijzondere lasthebber is wel mogelijk, zonder dat daartoe een machtiging is vereist. De toezien voogd kan zich voor de uitvoering van zijn opdracht niet laten bijstaan op grond van art. 405, § 1, vierde lid. Niets belet echter dat de vrederechter hem een vergoeding toekent voor de onkosten die hij maakt naar aanleiding van het toezicht op de voogd.

276. De vrederechter duidt in zijn basisbeschikking de (*financiële*) *instelling* aan waar de rekeningen op naam van de minderjarige zullen worden geopend, waarop dan kapitaalstortingen gebeuren en de effecten en waardepapieren worden gedeponneerd (art. 407, § 1, 4°). Hij kan die instelling ook de opdracht geven om die kapitalen, effecten en waardepapieren te beheren binnen de voorwaarden die hij bepaalt. Voor de daden van beschikking die de bank binnen het toepassingsgebied van die opdracht stelt, is dan geen machtiging meer nodig (zie verder).

277. De voogd kan na machtiging door de vrederechter elke handelszaak voortzetten die de minderjarige door erfopvolging toekomt (art. 410, § 1, 12°).

De vrederechter kan de voortzetting ook opdragen aan een *bijzondere bewindvoerder* onder toezicht van de voogd. Hij kan zowel de machtiging als de opdracht later intrekken.

278. Zoals vermeld, is in 2001 de betrokkenheid van de *bredere familiekring* (de familieraad) afgeschaft. De familie wordt nu enkel nog geraadpleegd wanneer dat nodig is. De wetgever heeft dat maar op één plaats nodig geoordeeld: bij de benoeming van de voogd (art. 393). Daarnaast kunnen familieleden de vrederechter verzoeken zijn basisbeschikking inzake de werking van het goederenbeheer te herzien. Ten slotte kan de vrederechter desnoods bij individuele familieleden te rade gaan, waar de wet hem toestaat om personen te horen wanneer hij dat nuttig acht.

C. Werking van de voogdij

Dringende maatregelen

279. De organisatie van de voogdij neemt altijd wat tijd in beslag. Daarom zijn er dikwijls dringende maatregelen nodig voor de bescherming van de persoon en het vermogen van de minderjarige in afwachting van de inwerkingtreding van de voogdij. De vrederechter kan deze maatregelen bevelen (art. 391). Zo kan hij de pupil voorlopig bij een familielid onderbrengen of zijn verblijf daar verlengen of nog de verzegeling van goederen bevelen.

De vrederechter treedt ambtshalve of op verzoek op.

De aanwijzing van een voogd maakt geen einde aan de genomen maatregelen. De vrederechter moet ze intrekken of een tijdstip bepalen waarop ze vervallen. Op deze manier wil de wetgever een juridische leemte voorkomen die voor de pupil nadelig is.

Boedelbeschrijving

280. Voor een goede werking van de voogdij is het nodig dat de voogdijorganen weten waarop die werking betrekking heeft. Die kennis is in het bijzonder van belang om het kader van de voogdij te bepalen en om controle door de vrederechter mogelijk te maken. Bij de aanvang van de voogdij moet de voogd daarom een boedelbeschrijving (doen) opstellen (art. 406).

Basisbeschikking

281. Binnen de maand na de boedelbeschrijving bepaalt de voogdijrechter het kader van de werking van de voogdij in een basisbeschikking. Deze beschikking houdt de algemene lijnen van die werking in.

De basisbeschikking is, *grosso modo*, vierledig (art. 407-409).

1/ De vrederechter bepaalt ten eerste de jaarlijks maximaal besteedbare bedragen voor het onderhoud en de opvoeding van de pupil enerzijds en voor het beheer van zijn goederen anderzijds.

2/ Ten tweede bepaalt de vrederechter of de voogd een waarborg moet bieden voor zijn beheer en, zo ja, wat de aard en de omvang daarvan zijn. Het gaat bv. om de storting van een geldsom op een geblokkeerde rekening of een hypotheek op de woning.

3/ De basisbeschikking heeft ten derde betrekking op de maatregelen die eventueel moeten worden genomen met het oog op de voortzetting, verhuring, overdracht of beëindiging van de handelszaken en ondernemingen die de minderjarige heeft verkregen.

4/ Het vierde deel van de basisbeschikking reikt veel verder. De vrederechter moet daarin het kader bepalen waarbinnen financiële verrichtingen over het bewindsvermogen kunnen plaatsvinden. Daartoe duidt hij eerst de financiële instelling aan waar de rekeningen worden geopend voor de storting van kapitalen, effecten en waardepapieren.

De samenstelling van de rekeningen is de volgende. Alle waardepapieren die de pupil toebehoren of hem toekomen, moeten op de rekening worden gedeponneerd. Kapitalen die de pupil ontvangt, moeten binnen de vijftien dagen worden gestort. De vrederechter bepaalt voorts vanaf welk bedrag het saldo van inkomsten boven uitgaven moet worden belegd alsook de sanctie bij niet-belegging.

Het beheer van de rekeningen verloopt dan als volgt. De vrederechter bepaalt de beleggingsvoorwaarden van de inkomsten boven de uitgaven. Het nominaal kapitaal van vervallen waardepapieren wordt zonder machtiging in gelijkaardige waarden belegd. De vrederechter kan wel de voorwaarden voor een meer rendabele belegging bepalen. Hij kan dat ook voor de kapitalen die na ontvangst op een rekening zijn gestort. Ten slotte bepaalt de vrederechter de voorwaarden waaronder kapitalen en waardepapieren kunnen worden teruggenomen.

Een economisch goed beheer van omvangrijke bewindsvermogens kan vrij stroef verlopen als alle regels strikt worden toegepast. Bovendien veronderstelt de wetgever een uitgebreide kennis van de financiële markten door de voogd en de vrederechter. De laatste kan het beheer van het kapitaal of de effectenportefeuille daarom opdragen aan de financiële instelling onder de voorwaarden die hij bepaalt. Het beheer wordt daarmee onttrokken aan de voogd én aan de voorgaande en navolgende regels in verband met diens beheer.

Vooraleer hij zijn basisbeschikking maakt, hoort de vrederechter de voogd, de toeziend voogd en de minderjarige vanaf de leeftijd van vijftien jaar.

282. De vrederechter kan (delen van) zijn basisbeschikking herzien op verzoek van de (toeziend) voogd, de procureur des Konings, elke belanghebbende en ook ambts-halve. De omstandigheden hoeven daartoe niet te zijn gewijzigd. De beschreven hoorplichten zijn op de herziening van toepassing. Zij zijn ook van toepassing op de bijzondere beschikking waarbij de vrederechter een meer rendabele beleggingswijze van kapitalen en waardepapieren kan bepalen.

283. De werking van de voogdij beslaat de twee rechtsinstellingen in verband met onvolwassenheid. Enerzijds is de voogdij het ondersteunende aspect van de onbekwaamheid wegens minderjarigheid wat betreft de goederen. Anderzijds worden bepaalde ouderschapsrechten over de persoon van de pupil in de voogdij uitgeoefend door de voogd:

Werking over de persoon

284. Artikel 405, § 1, eerste lid bepaalt dat de voogd zorg draagt over de persoon van de minderjarige en hem opvoedt.

De voogd is dus alleen optredend titularis van het gezag over de pupil. Hij heeft de volheid van bevoegdheid.

Bij de opvoeding moet de voogd wel de beginselen in acht nemen waarvoor de ouders eventueel hadden gekozen, in bijzonder wat betreft belangrijke beslissingen over gezondheid, opvoeding, opleiding, ontspanning en levensbeschouwelijke keuzes (art. 405, § 1, eerste lid en 374, tweede lid). De voogd moet daarbij uiteraard rekening houden met het gebrek aan overeenstemming tussen de ouders en met de beslissingen die de jeugdrechter naar aanleiding daarvan heeft genomen.

De wetgever heeft de voogd niet opgelegd ook rekening te houden met de beginselen waarvoor de minderjarige eventueel zelf kiest. Het spreekt nochtans voor zich dat zijn doelgebonden bevoegdheid impliceert dat hij met de groeiende zelfstandigheid van de pupil rekening houdt.

Vóór 2001 werden de keuzes over de opvoeding gemaakt door de familieraad. Deze bevoegdheid is niet overgedragen aan de vrederechter: diens basisbeschikking vermeldt enkel het bedrag dat voor de opvoeding beschikbaar is. De ouderschapsrechten van de voogd zijn daarom sinds 2001 fel uitgebreid, zonder dat daarvoor enige verantwoording bestaat. Ook voor de meest verregaande persoonlijke beslissingen is zelfs geen machtiging nodig door de vrederechter. Diens reactiemogelijkheden ingeval het welzijn van de pupil niet wordt gediend, blijven voor het overige ook beperkt.

285. Ouderschap houdt, losstaand van de gezagsuitoefening, ook rechten in met betrekking tot de staat van het kind. In geval van voogdij, komt een aantal van deze rechten ook toe aan de voogd, terwijl over andere door de jeugdrechtbank wordt beslist.

De voogd is alleen optredend bevoegd om dispensatie te vragen van het leeftijdsvereiste voor het huwelijk van de pupil (art. 145) en om verzet tegen het huwelijk te doen (art. 175) en toe te stemmen in de adoptie (art. 348-5) en de pleegvoogdij (art. 475*bis*, eerste lid). De toezienende voogd stemt toe in de adoptie door de voogd. Voogd en toezienende voogd moeten in de regel samen om de ontvoogding verzoeken (art. 378).

Hier is de afwezigheid van een bijkomende controle op de voogd door de vrederechter wel terecht. Al deze handelingen verlopen namelijk onder rechterlijk toezicht. Dat kan het toezicht door de voogdijrechter vervangen.

Werking over de goederen

286. De voogd vertegenwoordigt de minderjarige in alle burgerlijke handelingen. Hij beheert de goederen van de minderjarige als regel alleen optredend, zij het onder toezicht en controle van de toeziend voogd, de minderjarige die de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt en de vrederechter.

De voogd heeft niet, zoals de ouders, een genotsrecht van de goederen van de pupil. Hij handelt dus steeds als vertegenwoordiger, nooit op grond van een eigen recht. Zoals vermeld, kan de voogd zich in zijn beheer laten bijstaan. Dat gebeurt onder zijn verantwoordelijkheid, zij het dat hij uiteraard een vrijwaringsrecht heeft tegen degene die hem bijstaat.

De voogd besteedt de inkomsten van de minderjarige (bij voorrang) aan diens onderhoud en verzorging. Hij moet ook de toepassing van de sociale wetgeving vorderen (art. 405, § 1, vijfde lid).

De volgende bevoegdhedenverdeling is bij wijze van waarborg voor de pupil ingesteld.

287. De geldige kwijting van alle kapitalen veronderstelt de medeondertekening door de toeziend voogd (art. 409, § 2). Voorts moeten bepaalde handelingen in aanwezigheid van de toeziend voogd gebeuren (bv. art. 406, § 2, tweede lid, art. 413).

288. Daden van beschikking mag de voogd enkel stellen na voorafgaande machtiging door de vrederechter. In art. 410, §§ 1-2 is op limitatieve wijze bepaald dat machtiging nodig is om:

- de goederen van de minderjarige, met uitzondering van de vruchten en de onbruikbare voorwerpen, te vervreemden;
- een lening aan te gaan;
- de goederen van de minderjarige te hypothekeren of in pand te geven;
- een pachtcontract, een handelshuurovereenkomst of een gewone huurovereenkomst van meer dan negen jaar te sluiten alsook een handelshuurovereenkomst te hernieuwen;
- een nalatenschap, een algemeen legaat of een legaat onder algemene titel te verwerpen of te aanvaarden, wat slechts onder voorrecht van boedelbeschrijving kan geschieden;
- een schenking of een legaat onder bijzondere titel te aanvaarden;
- de minderjarige in rechte te vertegenwoordigen als eiser bij de andere rechtsplegingen en handelingen dan die bedoeld in de artikelen 1150, 1180-1° en 1206 van het

Gerechtigd Wetboek; geen machtiging is vereist in geval van burgerlijke partijstelling voor de feitenrechter voor wie de zaak werd vastgesteld op verzoek van het openbaar ministerie of ingevolge een beschikking van verwijzing;

- een overeenkomst van onverdeeldheid te sluiten;
- een onroerend goed aan te kopen;
- een dading aan te gaan of een arbitrageovereenkomst te sluiten;
- een handelszaak voort te zetten die is verkregen door wettelijke erfopvolging of door erfopvolging krachtens uiterste wil;
- souvenirs en andere persoonlijke voorwerpen te vervreemden, zelfs als het om voorwerpen van geringe waarde gaat (zie ook art. 410, § 2);
- te beschikken over de goederen die onbeschikbaar zijn op grond van een beslissing genomen krachtens artikel 379, op grond van artikel 776 of overeenkomstig een beslissing van de familieraad genomen voor de inwerkingtreding van de wet van 29 april 2001 tot wijziging van verscheidene wetsbepalingen inzake de voogdij over minderjarigen.

Bovendien is machtiging nodig voor

- bijstand bij het beheer (art. 405, § 1, vierde lid);
- het in huur nemen van bewindsgoederen door de (toeziende) voogd (art. 411).

Stelt de voogd deze handelingen zonder machtiging, dan zijn ze relatief nietig. Die nietigheid is rechtens.

In geval van ongemachtigd optreden in rechte beschikt de tegenpartij over een opschortend middel van ontoelaatbaarheid, tot er regularisatie is van het optreden. De rechter moet de vordering in dit geval ook ambtshalve schorsen.

289. De voogd en de toezienend voogd verwerven door de inhoud van hun opdracht invloed over de persoon en het vermogen van zijn pupil. Het wantrouwen van die invloed vertaalt zich gedurende de werking van de voogdij in een beperkte vorm van onbevoegdheid en soms zelfs relatieve onbekwaamheid. Die gelden bovenop de handelingen die voor elke bewindvoerder verboden zijn.

De (toeziend) voogd mag niet optreden als zijn belangen tegengesteld zijn aan die van de minderjarige (art. 404).

Voorts kan de (toeziend) voogd geen goederen van de minderjarige verkrijgen. Het verbod treft alle goederen en alle vormen van verkrijging – om baat of om niet. Bovendien is tussenpersoonstelling verboden. Artikel 411 vormt wat dat betreft een veralgemening en uitbreiding van art. 907 en 1596. Op het verbod bestaat een aantal uitzonderingen, die in art. 411 worden opgesomd.

Onder de voorwaarden die de vrederechter bepaalt, kan de (toeziend) voogd wel goederen van de pupil in huur nemen.

Conflict tussen voogd(en) en pupil

290. Als er een ernstige betwisting rijst tussen pupil en (toeziend) voogd, kan de eerste zich mondeling of schriftelijk wenden tot de procureur des Konings.

Daarvoor gelden de leeftijdsgrenzen van twaalf en vijftien jaar, al naargelang de betwisting de persoon of de goederen betreft. Vóór die leeftijd kan enkel de toezien- de voogd optreden, eventueel op verzoek van naasten van de pupil.

De minderjarige kan zich dus niet rechtstreeks tot de vrederechter wenden.

Enkel wanneer de situatie na onderzoek voldoende ernstig lijkt, maakt de procureur de zaak aanhangig bij de vrederechter. Die ‘beslist’, na de betrokkenen te hebben gehoord (art. 405, § 2). De vraag rijst wat hij in verband met de persoon van de pupil kan beslissen.

D. Controle van de voogdijorganen

291. Opdat de voogdij in haar geheel goed zou functioneren, heeft de wetgever voorzien in een aantal controlemechanismen. Die zijn preventief zowel als repressief.

292. Bij het ontstaan en het openvallen van de voogdij bestaat er een *preventieve controle* op de geschiktheid van de (toeziend) voogd door de gronden van onbekwaam- heid en uitsluiting.

Tijdens de werking van de voogdij wordt de controle preventief bereikt door een bevoegdhedenverdeling en door een aantal handelingen te verbieden.

293. Op *repressieve wijze* kan de vrederechter zijn basisbeschikking aanpassen, de (toe- ziende) voogdij splitsen of verdergaand: de (toeziend) voogd ontzetten. Hij beschikt over uitgebreide informatierechten om zijn controle naar behoren te kunnen uitvoeren (art. 412):

1/ Artikel 413 bepaalt dat de voogd verplicht jaarlijks de rekening over zijn beheer neerlegt in het voogdijdossier. Hij overhandigt die rekening ook aan de toezien- de voogd en aan de pupil van vijftien jaar en ouder. De voogd, de toezien- de voogd en de pupil kunnen voor een evaluatie in raadkamer worden opgeroepen.

2/ Er is ook een verplichting voor de voogd om jaarlijks verslag te doen over de opvoeding, opvang en ontplooiing van de pupil. Bestemmingen van dit verslag zijn de vrederechter en de toezien- de voogd. Het wordt gevoegd bij het voogdijdossier (art. 420). Het voogdijverslag wordt opgesteld door de voogd over de persoon, als die er is.

De voogd moet de goederen van de minderjarige ten slotte beheren zoals een goede huisvader en is aansprakelijk voor de eventuele schade die zou voortvloeien uit een slecht beheer (art. 405, § 1). Het gaat om een toepassing van art. 1382.

E. Het einde van de voogdij(opdracht): de voogdijrekening

294. De voogd maakt binnen de maand na het einde van zijn opdracht een definitieve voogdijrekening op (art. 414-415). In geval van overlijden van de voogd leggen zijn rechtsopvolgers rekenschap af.

De voogdijrekening wordt overhandigd aan de nieuwe voogd of aan de ouder(s) van de pupil en aan hemzelf vanaf de leeftijd van vijftien jaar; enkel aan hemzelf in geval de voogdij eindigt wegens zijn meerderjarigheid of ontvoogding en aan zijn rechtsopvolgers als de voogdij eindigt door zijn overlijden.

De overhandiging gebeurt in aanwezigheid van de vrederechter en de toeziend voogd. De kosten zijn in de regel voor de minderjarige. Zij zijn voor de voogd als die wordt ontzet of als hij heeft geweigerd de rekening te overhandigen en in de daaruit voortkomende betwisting in het ongelijk wordt gesteld.

De griffier maakt een proces-verbaal op van de overhandiging en goedkeuring van de rekening en de kwijting van de voogd. Bij gebreke van goedkeuring doet de voogd rekening en verantwoording voor de rechtbank (art. 415).

Op grond van art. 418 brengt het bedrag van het saldo dat de voogd aan de minderjarige is verschuldigd, van rechtswege intrest op vanaf het ogenblik dat de rekening is goedgekeurd en uiterlijk drie maanden na de beëindiging van de voogdij. Het bedrag van het saldo dat de minderjarige aan de voogd is verschuldigd, brengt daarentegen pas intrest op vanaf de dag dat tot betaling is aangemaand na goedkeuring van de rekening.

295. Vóór de goedkeuring van de voogdijrekening kan de voogd met zijn pupil geen geldige overeenkomsten sluiten en kan hij evenmin begunstigde zijn van een gift door zijn pupil gedaan (art. 416 en art. 907).

De eventuele zekerheidsstelling door de voogd wordt opgeheven na overlegging van het proces-verbaal van goedkeuring van zijn eindrekening (art. 416).

De goedkeuring van de voogdijrekening doet geen afbreuk aan aansprakelijkheidsvorderingen van de pupil tegen de voogd en de toeziend voogd (art. 417). Die vorderingen verjaren vijf jaar ná de meerderjarigheid van de pupil, ook in geval van ontvoogding voordien (art. 419).

F. *Gerechtelijke regeling van de voogdij*

Beginsel

296. De gemeenrechtelijke procedure van de voogdij is gestroomlijnd in art. 1232 e.v. Ger.W. In de regel is de eenzijdige verzoekschriftprocedure van toepassing op alle aanvragen in verband met de voogdij.

In art. 1236 Ger.W. wordt bevestigd dat elke beschikking van de vrederechter vatbaar is voor hoger beroep. De rechtbank behandelt dat hoger beroep in een kamer bestaande uit drie rechters.

Afwijkingen

297. Artikel 1233 Ger.W. bevat een aantal afwijkingen van de eenzijdige verzoekschriftprocedure voor de voogdij:

- de partij mag het verzoekschrift zelf ondertekenen;
- elke beslissing wordt ter kennis gebracht van het Openbaar Ministerie;
- van de benoeming van de voogd wordt kennis gegeven aan de burgemeester van de woonplaats van de minderjarige.

Afwijking op de afwijking: deze en de volgende regels zijn niet van toepassing op de procedure tot benoeming van de (toezien) voogd *ad hoc*, met uitzondering van de ondertekening van het verzoekschrift door de partij zelf.

De art. 1234 e.v. Ger.W. bevatten naast de beschreven algemene afwijkingen nog een rist afwijkingen die bijzonder zijn aan welbepaalde procedures binnen de voogdij.

Procespositie van de pupil

298. Belangrijk voor de pupil is een bijzonder hoorrecht dat in het voogdijprocesrecht bestaat. De vrederechter moet de minderjarige oproepen om hem te horen in procedures die (mee) zijn persoon raken vanaf twaalf jaar en in procedures over zijn vermogen vanaf vijftien jaar (art. 1233, § 1, 2° Ger.W.).

Hiernaast geldt het algemene art. 931 Ger.W.

Voogdijdossier

299. Voor iedere minderjarige onder voogdij wordt op de griffie een voogdijdossier aangelegd. Alle stukken betreffende de voogdij worden daarin bijgehouden (art. 1237 Ger.W.).

2.5. ANDERE VORMEN VAN VOOGDIJ

300. In een aantal bijzondere statuten is ook voorzien in het bewind over het vermogen van minderjarigen. Omdat zij meer te maken hebben met de socialisering, komen ze in hun geheel aan bod in *Familie recht in kort bestek*.

XI.3. ONTVOOGDING

J. ROODHOOFT, "Ontvoogding", *Comm. Pers.*

301. De ontvoogding is het statuut van absolute, bijzondere, soms beperkte, handlingsbekwaamheid van een minderjarige, die niet meer onder gezag staat.

Dit statuut wordt toegekend aan minderjarigen die al gedeeltelijk in staat worden geacht hun belangen zelf of zelfstandig te behartigen. Het betreft de twee rechtsinstellingen in verband met onvolwassenheid. Enerzijds wordt de ontvoogde gedeeltelijk bekwaam. Anderzijds vervallen zekere aspecten van ouderschap, met als belangrijkste het gezag.

3.1. WIE KAN WORDEN ONTVOOGD?

302. Twee wegen leiden naar de ontvoogding.

1/ Op de eerste plaats is ontvoogding krachtens de wet mogelijk. Deze vindt plaats door het enkele feit van het huwelijk van de minderjarige (art. 476). De voorwaarden en vormen van het huwelijk van de minderjarige komen aan bod in *Familie recht in kort bestek*.

2/ Een minderjarige kan ten tweede vanaf de leeftijd van vijftien jaar ook zonder te huwen worden ontvoogd door de jeugdrechtbank.

Heeft de minderjarige nog (een) ouder(s), dan gaat het verzoek tot ontvoogding als regel uit van hem/hen. Is er maar één ouder en verzoekt die niet om de ontvoogding, dan treedt de procureur des Konings op (art. 477).

Bij gebreke van ouders wordt het verzoek gedaan door de voogd en de toeziend voogd of één van hen, bij gebreke daarvan door (aan)verwanten tot de vierde graad. Het kan ook worden gedaan door de minderjarige zelf via de procureur des Konings (art. 478-479).

3.2. BESTRAFFEND ASPECT

Met betrekking tot de persoon

303. In persoonsrechtelijke aangelegenheden wordt de ontvoogde minderjarige als regel absoluut, algemeen en volledig handelingsbekwaam. De gezagsuitoefening over de persoon, doorgaans door ouder(s) of voogd, vervalt.

De uitzondering bevestigt de regel: de ouderlijke toestemming blijft vereist voor het huwelijk van de gerechtelijk ontvoogde minderjarige (art. 148).

Met betrekking tot de goederen

304. Met betrekking tot de handelingsbekwaamheid over het vermogen moeten vier categorieën van handelingen worden onderscheiden.

1/ Ten eerste is de ontvoogde als regel alleen optredend bekwaam voor alle handelingen waarvoor de niet-ontvoogde minderjarige bekwaam is en voor alle handelingen die de voogd alleen optredend mag stellen (art. 481 en 484, eerste lid, *a contrario*).

De verbintenissen die de ontvoogde aangaat, kunnen wel worden verminderd wegens buitensporigheid. De rechtbank is niet verplicht tot vermindering; zij kan rekening houden met het “vermogen van de minderjarige, de goede of kwade trouw van de personen die met hem hebben gehandeld, het nut of de nutteloosheid van de uitgaven” (art. 484, tweede lid).

2/ Ten tweede is de ontvoogde voor een aantal handelingen slechts beperkt bekwaam: In een aantal van die gevallen kan hij wel zelf optreden, maar heeft hij daarvoor de bijstand nodig van een curator. Het gaat om:

- het aannemen van de voogdijrekening (art. 480);
- eis en verweer in onroerende rechtsvorderingen (art. 482);
- ontvangst en kwijting van roerende kapitalen, waarbij de curator bovendien toeziet op de belegging ervan (art. 482);
- aanvaarding van schenkingen en legaten (art. 935, tweede lid);
- optreden in een vereffening-verdeling (art. 840).

Voor de sluiting van een huwelijkscontract en schenkingen bij huwelijkscontract is bijstand nodig, niet van de curator maar van de ouders (art. 1095 en 1397).

Stelt de ontvoogde deze handelingen alleen, dan is vernietiging wegens onbekwaamheid mogelijk op voorwaarde dat benadeling wordt bewezen (art. 1305).

3/ Ten derde heeft de ontvoogde voor alle daden van beschikking waarvoor de bijstand van de curator niet volstaat een machtiging nodig van de vrederechter (art. 483, eerste

lid). Het gaat om de handelingen bedoeld in art. 410. De overeenkomstige procedure is van toepassing.

De handelingen die de ontvoogde zonder machtiging stelt, zijn rechtens vernietigbaar (art. 1314).

4/ Vermogensrechtelijke handelingen die bewindvoerders nooit mogen stellen, mogen ten slotte ook door de ontvoogde niet worden verricht.

3.3. ONDERSTEUNEND ASPECT

305. De bijstand wordt verleend door een curator. De meerderjarige echtgenoot is van rechtswege curator. Bij gebreke daarvan of in geval van belangenconflict, benoemt de jeugdrechtbank een curator resp. curator *ad hoc* (art. 480).

3.4. INTREKKING VAN DE ONTVOOGDING

306. Enkel de gerechtelijke ontvoogding kan worden ingetrokken als de ontvoogde niet in staat blijkt zichzelf te leiden of als zijn verbintenissen zijn verminderd. De minderjarige komt dan terug onder ouderlijk gezag of voogdij (art. 485-486). Er is geen nieuwe gerechtelijke ontvoogding mogelijk. Een wettelijke ontvoogding kan nog wel.

HOOFDSTUK XII. ONBEKWAME EN BESCHERMDE MEERDERJARIGEN

Inhoud

XII.1. Inleiding	138
XII.2. Ongeschiktheid	141
2.1. Slaan: het bestraffende aspect	141
Bij leven	142
Na overlijden	143
2.2. Zalven: het ondersteunende aspect	144
XII.3. Gerechtelijke onbekwaamverklaring	145
3.1. Criterium	145
3.2. Procedure en publiciteit	146
3.3. Aanvang en einde	146
3.4. Slaan: het bestraffende aspect	147
3.5. Zalven: het ondersteunende aspect	147
XII.4. Toevoeging van een gerechtelijke raadsman	148
4.1. Criterium	148
4.2. Procedure en publiciteit	149
4.3. Aanvang en einde	149
4.4. Slaan: het bestraffende aspect	150
4.5. Zalven: het ondersteunende aspect	150
XII.5. Verklaring in staat van verlengde minderjarigheid	151
5.1. Criterium	151
5.2. Procedure en publiciteit	152
5.3. Aanvang en einde	152
5.4. Slaan: het bestraffende aspect	152
5.5. Zalven: het ondersteunende aspect	153

XII.6.	Voorlopig bewind	153
6.1.	Criterium	154
6.2.	Procedure en publiciteit	155
6.3.	Aanvang en einde	156
6.4.	Slaan: het bestraffende aspect	156
6.5.	Zalven: het ondersteunende aspect	158
	A. Organisatie van het voorlopig bewind	158
	Vrederechter	158
	Voorlopige bewindvoerder	158
	De vertrouwenspersoon	159
	Andere bewindsorganen	159
	B. Werking	160
	C. Controle op de voorlopige bewindvoerder	162
XII.7.	Internering	162

G. BAETEMAN (ed.), *Het nieuwe statuut van de geesteszieken. (Wetten van 1990-1991)*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 294 – K. BOELE-WOELKI (ed.), *Volwassen maar onzelfstandig. Meerderjarigenbescherming in Europees en internationaal privaatrechtelijk perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 184 – Y. LELEU, “Minorité prolongée, interdiction et conseil judiciaire: les dernières années”, in *Les incapacités*, Luik, Formation Permanente CUP, 2003, 281 – P. SENAËVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999 – F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000 – A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2006 – X, *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs: Le droit belge après les réformes*, Diegem, Story-Scientia, 1996, 374.

XII.1. INLEIDING

307. Een meerderjarige is de natuurlijke persoon die de dag en het uur van de volle leeftijd van achttien jaar heeft bereikt (art. 57, 1° en 488). Op de leeftijd vervallen als regel alle rechtsverkeersbeperkingen wegens leeftijd: men is naar de letter van art. 488 op zijn achttiende bekwaam tot alle handelingen van het burgerlijke leven.

De meerderjarigheidsgrens is, zoals eerder vermeld, abstract. Het is best mogelijk dat een achttienjarige feitelijk nog niet geschikt is alle handelingen van het burgerlijke leven te verrichten. Die ongeschiktheid kan ook later (terug) ontstaan, bv. door ziekte of handicap. Met het oog op de rechtszekerheid en een vlot verloop van het rechtsverkeer, is het aangewezen in deze gevallen een *beschermende onbekwaamheid* in te stellen. In andere gevallen kan het wel zijn dat de meerderjarige geschikt is om zijn belangen te behartigen, maar dat hij daardoor de belangen van derden in gevaar zou kunnen

brengen. In deze kan gevallen kan *derdenbescherming* via een onbekwaamheid worden bereikt.

Ten slotte kan een onbekwaamheid ook bij wijze van *straf* worden opgelegd.

Het gaat altijd om uitzonderingsgevallen. Waar de minderjarige behoudens uitzondering onbekwaam is, is de meerjarige bekwaam behoudens uitzonderingen door de wet bepaald (art. 1123 en 1124).

De organisatie van de genoemde onbekwaamheden gebeurt in verspreide bepalingen en in zgn. statuten van onbekwaamheid:

308. De *derdenbeschermende* en *bestraffende* onbekwaamheden zijn georganiseerd in verspreide bepalingen. Doordat ze doorgaans relatief of bijzonder zijn, is er geen uitgewerkt statuut nodig. Doordat deze onbekwaamheden mee de rechtstoestand bepalen, betreffen ze wel de staat van de persoon.

De belangrijkste *derdenbeschermende rechtsonbekwaamheden* zijn de relatieve rechtsonbekwaamheden om giften te ontvangen van de (gewezen) pupil, van patiënten of van personen die men heeft bijgestaan (art. 907, 909 en 911). Zoals vermeld, wordt invloedsmisbruik hier ‘onweerlegbaar vermoed’. De beïnvloedbare persoon wordt beschermd doordat de invloedhebber bepaalde giften niet mag ontvangen.

De belangrijkste *derdenbeschermende handelingsonbekwaamheden* liggen vervat in het huwelijksrecht. In het belang van het gezin wordt aan echtgenoten een bijzondere handelingsonbekwaamheid opgelegd, die dikwijls relatief of beperkt is. Deze huwelijksrechtelijke onbekwaamheden komen verder aan bod bij de bespreking van het huwelijk.

De belangrijkste *bestraffende* (handelings)onbekwaamheid was het statuut van de wettelijke onbekwaamheid van bepaalde veroordeelden (art. 21-24 Sw.). In 2004 werd deze aangevoeld als onwerkbaar en niet in overeenstemming met de rechten van gedetineerden. De bijkomende bestraffing werd overigens via andere wegen, zoals de verbeurdverklaring, bereikt. Om die reden is de wettelijke onbekwaamheid afgeschaft. Her en der bestaan nog verspreide bestraffende onbekwaamheden, bv. in art. 31, 123*sexies*, 382 en 382*bis* Sw.

309. De *beschermende* onbekwaamheid van meerderjarigen die ongeschikt zijn hun belangen zelf of zelfstandig te behartigen, gebeurt wel in statuten (art. 487*bis* e.v.). Het relevante element van staat bij de categorisering in een dergelijk statuut is doorgaans een fysieke, psychische of morele hoedanigheid.

Als *morele hoedanigheid* komen in aanmerking, de opvattingen over het uitgavenpatroon. Aan zogenaamde verkwisters kunnen rechtsverkeersbeperkingen worden opgelegd. Onrechtstreeks speelt hier natuurlijk de bescherming mee van de onderhoudsplichtige Staat en familieleden, die anders voor de verkwister zullen moeten instaan.

Veel belangrijker zijn de fysieke en vooral de psychische problemen die iemand ongeschikt maken om zelf en zelfstandig zijn belangen te behartigen. Het gaat om een omvangrijk maatschappelijk verschijnsel: elk jaar zijn er zo een 100.000 opnemingen in de psychiatrie, er zijn zo een 50.000 arbeidsongeschikten op psychische gronden. Dit leidt jaarlijks tot een 6.000-tal onbekwaam verklaringen. Naar de toekomst toe zal het verschijnsel alleen maar toenemen door de medische ‘vooruitgang’ waardoor wij langer onzelfstandig leven.

310. Ongeschikte meerderjarigen worden via vele wegen beschermd, waarvan de statuten van onbekwaamheid er maar één is. Er bestaat een onoverzichtelijk geheel aan regels met telkens verschillende aanknopingspunten voor categorisering: geestesziek (art. 2 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke); krankzinnig of onnozel (art. 489); persoon die in een rustoord, rust- en verzorgingstehuis of collectieve woonstructuur voor bejaarden verblijft (art. 909); ernstig geestesgestoorde of zwakzinnige (art. 1386*bis*).

311. Maar ook binnen de statuten van onbekwaamheid is de doorzichtigheid zoek. In 1804 bestond een vrij eenvoudige regeling, die een soort spiegelbeeld vormde van de twee categorieën van minderjarigen. De *gerechtelijk onbekwaamverklaarde* was, net als de niet-ontvoogde minderjarige, absoluut, algemeen en volledig handelingsonbekwaam. De *verkwister* en de *zwakzinnige* aan wie een gerechtelijk raadsman werd toegevoegd, waren absoluut, bijzonder en beperkt handelingsonbekwaam, net zoals de ontvoogde minderjarige.

Aan die basisregeling zijn achteraf nog *vier statuten toegevoegd*. De lezer herinnert zich dat veel families de vermogenstoestand van hun ziek familielid onder de tafel regelden, via een informele collocatie. De Krankzinnigenwet heeft dit mee verholpen door invoering van een vorm van een voorlopig bewind over gecolloceerden en gesekwestreerden. Het ging om zalven zonder slaan: de krankzinnige bleef bekwaam. Zoals vermeld, is dit statuut in 1991 vervangen door het voorlopig bewind als statuut van onbekwaamheid (art. 488*bis*). Intussen was een vergelijkbaar statuut als dat van de Krankzinnigenwet opgenomen in de Wet Sociaal Verweer; dit bestaat nu nog. Ten slotte is in 1973 een bijzonder statuut ingevoerd enkel voor ernstig verstandelijk gehandicapten: de verklaring in staat van verlengde minderjarigheid (art. 487*bise.v.*). Niet alleen zijn er meer verschillende statuten gekomen, de rechtstoestand is ook *per statuut niet meer gelijk*. Bij de gerechtelijke onbekwaamverklaring en toevoeging van een gerechtelijk raadsman, en later ook bij de verlengde minderjarigheid, is op eenvormige wijze bepaald welke de (on)bekwaamheid van de beschermeling is. Dat is niet zo bij het voorlopig bewind. In plaats van een ‘confectie-onbekwaamheid’ staat hier maatwerk voorop. Dit impliceert dat de – tegenstelbare – mate van onbekwaamheid voor elke beschermeling kan verschillen. Zeker nu die mate van onbekwaamheid

niet altijd kenbaar is voor andere deelnemers aan het rechtsverkeer (VI.7), levert dat ernstige problemen op voor de rechtszekerheid.

De mogelijkheid tot maatwerk is het resultaat van de emancipatiebeweging, ditmaal van ongeschikte meerderjarigen. Te lang bestond de oplossing erin, ook gedeeltelijk ongeschikten volledig uit het rechtsverkeer te weren. Die oplossing is kennelijk niet proportioneel. In overeenstemming met internationale instrumenten moet ernaar worden gestreefd ongeschikte meerderjarigen zoveel als mogelijk ‘inclusief’ te behandelen. Bij hun bescherming gelden de regels over noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit. Wel moet de rechtszekerheid hierbij (meer dan nu) worden beschermd.

XII.2. ONGESCHIKTHEID

312. Statuten van onbekwaamheid van meerderjarigen zijn gebaseerd op het rechterlijke oordeel dat de betrokkene wegens zijn gezondheidstoestand ongeschikt is om zijn belangen zelf of zelfstandig te behartigen.

Zoals eerder uitgebreid toegelicht, mag die feitelijke ongeschiktheid niet worden verward met de juridische onbekwaamheid die er soms het gevolg van is (Hoofdstuk X.1.1).

Aan de organisatie van het statuut van onbekwaamheid gaat doorgaans al een periode van feitelijke ongeschiktheid vooraf. Dikwijls wordt de omgeving gealarmeerd door een aantal vreemde rechtshandelingen die iemand stelt en die zijn ongeschiktheid laten vermoeden.

Voor deze periode is van belang, kort na te gaan welke bescherming aan de meerderjarige wordt geboden op het vlak van slaan en zalven.

2.1. SLAAN: HET BESTRAFFENDE ASPECT

313. Voor de geldigheid van een rechtshandeling is de toestemming vereist (art. 1108). Ontbreekt de toestemming wegens de gezondheidstoestand, dan is de rechtshandeling relatief vernietigbaar.⁷³ Met gezondheidstoestand is hier ook de geestesstoornis bedoeld, die verhindert dat wetens en willens verbintenissen worden aangegaan.

De vernietigbaarheid van dergelijke rechtshandelingen is anders geregeld bij leven (A) dan na overlijden (B) van de betrokkene.

⁷³ Cass. 21 oktober 1971, *R.W.* 1971-72, 1145. Vgl. Cass. 5 februari 1998, *R.W.* 1998-99, 40, concl. DE SWAEF.

Bij leven

314. De geldigheid van de toestemming wordt vermoed. Wie de ongeldigheid opwerpt, kan dit vermoeden weerleggen met alle middelen, vermoedens inbegrepen. De aangevoerde ongeschiktheid is immers een rechtsfeit. De feitenrechter beoordeelt het bewijs soeverein en mag met alle interne en externe omstandigheden rekening houden.

Om tot nietigverklaring van de rechtshandeling te leiden, moet het bewijs van de ongeldigheid van de toestemming als regel betrekking hebben op het ogenblik zelf van de rechtshandeling. Maar ook het bewijs van geestesstoornissen juist vóór en na, of ten tijde van, de rechtshandeling, kan volstaan. In die gevallen moet de tegenpartij een heldere tussenpoos bewijzen.

De nietigverklaring is verplicht wanneer in een ontvankelijke rechtsvordering de ongeldigheid van de toestemming wordt bewezen.

315. “De handelingen die vóór de gerechtelijke onbekwaamverklaring zijn verricht, kunnen worden vernietigd, indien de oorzaak van de gerechtelijke onbekwaamverklaring kennelijk bestond ten tijde dat die handelingen zijn verricht” (art. 503).

Deze bepaling betreft de nietigverklaring bij leven van de gerechtelijk onbekwaamverklaarde van rechtshandelingen die hij verrichtte vóór de dag van het vonnis, op een ogenblik waarop men kan vermoeden dat zijn toestemming ongeldig was.

Er wordt op twee punten afgeweken van de regels die in het vorige randnummer zijn beschreven.

1/ Ten eerste is niet het bewijs van de afwezigheid van de toestemming vereist voor het ogenblik zelf van de rechtshandeling. De nietigverklaring gebeurt op grond van het bewijs van de aanwezigheid van de oorzaak van de gerechtelijke onbekwaamverklaring *ten tijde van* de rechtshandeling. Het is billijk te voorzien in een soepele nietigverklaring van rechtshandelingen uit een ‘verdachte periode’ die per hypothese aan art. 489 beantwoordt. De grond tot nietigverklaring is hier dus niet de afwezigheid van toestemming. Kan die worden bewezen, dan zijn de boven genoemde regels van toepassing en is de handeling rechtens nietig. De oorzaak van de gerechtelijke onbekwaamverklaring moet voor de toepassing van art. 503 *notoir* zijn geweest. Hij moet met andere woorden uiterlijk waarneembaar zijn. Dat is het geval wanneer hij gekend is in de omgeving van de zieke, zonder noodzakelijk aan de co-contractant persoonlijk gekend te moeten zijn. De rechter kan oordelen dat hij daarvan op de hoogte had kunnen zijn. Aan de vereiste kenbaarheid is ook voldaan wanneer de co-contractant persoonlijk op de hoogte is van de stoornis, zonder dat die publiekelijk bekend is.

2/ Ten tweede is de nietigverklaring *facultatief*. In zijn beoordeling houdt de rechter rekening met de waarschijnlijkheid van een heldere tussenpoos, de aard en omvang van de aangegane verbintenis, het eventuele voordeel dat er voor de geestesgestoorde uit voortvloeit en vooral de goede of kwade trouw van de co-contractant.

Artikel 503 is enkel van toepassing op de gerechtelijke onbekwaamverklaring, niet op de overige statuten van onbekwaamheid.

316. De onbekwaamheid die voortvloeit uit een maatregel van voorlopig bewind heeft gevolgen vanaf het ogenblik van de indiening van het verzoekschrift (art. 488*bis* i), tweede lid). De handelingen die sindsdien zijn verricht, zijn rechtens, dus verplicht, vernietigbaar als het voorlopig bewind nadien wordt bevolen. Hierbij is niet aan de rechtszekerheid gedacht: aan het verzoekschrift is geen enkele publiciteit verbonden. Op handelingen van vóór de indiening van het verzoekschrift zijn de algemene regels van toepassing.

Na overlijden

317. “Na iemands dood kunnen de door hem verrichte handelingen niet worden betwist op grond van krankzinnigheid, dan voor zover de [gerechtelijke] onbekwaamverklaring was uitgesproken of gevorderd vóór zijn overlijden, tenzij het bewijs van krankzinnigheid uit de betwiste handeling zelf voortvloeit” (art. 504).

Met ‘krankzinnigheid’ is in het algemeen een geestesstoornis bedoeld, die tot ongeschiktheid leidt. Krankzinnigheid levert als feitelijke toestand ook een grond tot gerechtelijke onbekwaamverklaring op (art. 489). Het moet nogmaals benadrukt dat krankzinnigheid als feitelijke toestand niet mag worden verward met de rechtstoestand – de gerechtelijke onbekwaamverklaring – die er het gevolg van is.

Artikel 504 houdt in dat de erfgenamen, na het overlijden van hun rechtsvoorganger, diens rechtshandelingen niet meer kunnen aanvechten op grond van krankzinnigheid, tenzij aan de ontvankelijkheidsvoorwaarden van de bepaling (zie verder) is voldaan. De *ratio legis* van art. 504 werd soms gezocht in een strafgedachte ten aanzien van de erfgenamen die in gebreke waren gebleven de gerechtelijke onbekwaamverklaring van hun familielid uit te lokken. Ook worden er lichtzinnige vorderingen mee vermeden van ontevreden erfgenamen tegenover iemand die zich niet meer kan verdedigen. Met onbekwaamverklaring is opnieuw enkel de gerechtelijke onbekwaamverklaring bedoeld.

318. Was de gerechtelijke onbekwaamverklaring uitgesproken voor het overlijden, dan kan na het overlijden ook toepassing worden gemaakt van art. 503.

319. De aanvechting van een rechtshandeling op grond van krankzinnigheid ná het overlijden van de betrokkene is naar luid van art. 504 slechts ontvankelijk in drie gevallen.

1/ Ten eerste mag de rechtshandeling worden aangevochten als de gerechtelijke onbekwaamverklaring vóór het overlijden was uitgesproken of gevorderd. In beide gevallen bestaat er een vermoeden van de aanwezigheid van een geestesstoornis, dat een uitzondering op het verbod tot aanvechting rechtvaardigt.

2/ Ten tweede is betwisting na het overlijden ook mogelijk als de krankzinnigheid voortvloeit uit de akte zelf. De ontvankelijkheid van de vordering lijkt hier te zijn gegrond op een vermoeden van kwade trouw bij de co-contractant. Als de krankzinnigheid uit de handeling zelf voortvloeit, had die haar zeker moeten opmerken. Omdat er per hypothese geen enkele andere aanwijzing van een geestesstoornis is, wordt door de rechtspraak benadrukt dat enkel rekening mag worden gehouden met elementen intrinsiek aan de akte. Ondergeschikt is een beroep mogelijk op externe omstandigheden. Een typisch voorbeeld is de opeenvolgende verkoop van verschillende huizen in korte tijdsspanne. De krankzinnigheid moet uit elk van de akten afzonderlijk blijken. De opeenvolgende verkopen bewijzen de krankzinnigheid op zichzelf niet, indien de inhoud van de akten gebruikelijk is en er verschillende kopers optreden.

3/ Artikel 504 heeft ten derde geen betrekking op giften (schenkingen en legaten). Deze kunnen na het overlijden wel worden aangevochten op grond van krankzinnigheid (art. 901: ongezondheid van geest), ook als die niet uit de handeling zelf blijkt. Het bestaan van een gift wordt immers doorgaans pas bekend na het overlijden.

2.2. ZALVEN: HET ONDERSTEUNENDE ASPECT

320. In afwachting van een statuut van onbekwaamheid – dikwijls ook in plaats ervan – bestaan er informele beschermingsmechanismen voor meerderjarigen die in het rechtsverkeer niet meer (zelfstandig) mee kunnen.

1/ Op de eerste plaats valt te denken aan heel algemene oplossingen zoals sterkmaking (art. 1120), zaakwaarneming (art. 1372 e.v.) en lastgeving (art. 1984 e.v.).

2/ Meer bijzonder bestaat op de tweede plaats de mogelijkheid bij hoogdringendheid een gerechtelijke bewindvoerder te laten aanstellen door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in kort geding (art. 584, vierde lid, 3° Ger.W.).

3/ Op de derde plaats voorziet de wet in ondersteunende maatregelen ingeval een echtgenoot in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven.

Hoe dan ook kan de andere echtgenoot zich laten machtigen om alleen te beschikken over de gezinswoning en het huisraad, nu daarvoor als regel de instemming van de andere nodig is (art. 220, § 1).

Met het oog op de huishoudelijke uitgaven kan de andere echtgenoot zich ook laten machtigen om rechtstreeks (een deel van) de inkomsten van de ene bij diens schuldenaren te gaan ontvangen (ontvangstmachtiging: art. 220, § 3).

In geval van onmogelijkheid zijn wil te kennen te geven en bij gebreke van conventionele, wettelijke of gerechtelijke vertegenwoordiger, kan de andere echtgenoot zich door de rechtbank van eerste aanleg ten slotte laten machtigen om in de plaats te worden gesteld voor de uitoefening van al de bevoegdheden van de ene echtgenoot of een gedeelte van die bevoegdheden (art. 220, § 2; cf. art. 1420 en 1426). Onterecht bestaat op dit bewind geen verdere controle, zoals die wel bestaat voor andere bewindvoerders. In de rechtsleer bestaat veel discussie over de voorrang van deze maatregelen – via een beroep op art. 8 Verdrag Mensenrechten – op de statuten van onbekwaamheid.

4/ In persoonsrechtelijke aangelegenheden bestaan er verspreide bepalingen op basis waarvan de betreffende bevoegdheden plaatsvervangend door naaste familieleden kunnen worden uitgeoefend (bv. art. 10, § 2 Orgaantransplantatiewet; art. 14 Wet Patiëntenrechten).

5/ Ten slotte is toepassing mogelijk van oneigenlijke maatregelen van onbekwaamheid, zoals de budgetbegeleiding bij het OCMW of de collectieve schuldenregeling.

XII.3. GERECHTELIJKE ONBEKWAAM- VERKLARING

3.1. CRITERIUM

321. Een meerderjarige die zich in een aanhoudende staat van onnozelheid of krankzinnigheid bevindt, moet worden onbekwaam verklaard, zelfs wanneer in die staat heldere tussenpozen voorkomen” (art. 489).

Men neemt aan dat ook de gerechtelijke onbekwaamverklaring van *minderjarigen* mogelijk is, met name om een ‘ongedekte’ periode van bekwaamheid te vermijden tussen de dag van de meerderjarigheid en de procedure tot gerechtelijke onbekwaamverklaring die pas dan zou worden opgestart (arg. ex art. 145 jo. 174).

322. De staat van onbekwaamheid of onnozelheid moet *ernstig en aanhoudend* zijn.

De eerste voorwaarde vloeit *a contrario* voort uit art. 1247 Ger.W., dat de rechter toestaat de gerechtelijke onbekwaamverklaring te weigeren en een gerechtelijke raadsman toe te voegen als de omstandigheden dat wettigen, bv. omdat de geestesstoornis niet ernstig genoeg is.

Met aanhoudend is bedoeld: gewoonlijk, overwegend. Er mogen nog heldere tussenpozen zijn.

323. Oorspronkelijk was met *onnozelen* bedoeld: verstandelijk gehandicapten.

Onder *krankzinnigen* werden de andere geestesgestoorden verstaan.

Nu is er geen onderscheid meer te maken: het statuut is onverkort van toepassing op iedereen die wegens een stoornis in de geestvermogens niet in staat is zijn persoon te leiden en zijn goederen te beheren.

Tot 1967 werden in art. 489 ook razenden genoemd (tot 2002 ook in art. 556, 2° en 559, 2° Sw.). Toen was de medische wetenschap zo ver geëvolueerd dat razenden medicinaal onder controle konden worden gehouden en werd de (vernederende) term geschrapt. Modernisering van de termen krankzinnige en onnozele – in de psychiatrie onbekend – zou evenmin misstaan.

3.2. PROCEDURE EN PUBLICITEIT

324. De rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van de verweerder is bevoegd (art. 569, 1° en 624 Ger.W.).

De procedure is geregeld in de art. 1238-1253 Ger.W. Het gaat in eerste instantie om een eenzijdige verzoekschriftprocedure; later wordt de procedure tegensprekelijk.

Het verzoek kan enkel uitgaan van de bloedverwanten of de echtgenoot en bij gebreke daarvan, van de procureur des Konings.

Het gaat om een langdurige, dure en zware procedure, die velen afschrikt.

325. De maatregel van gerechtelijke onbekwaamverklaring wordt gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* (art. 1253 Ger.W.).

3.3. AANVANG EN EINDE

326. Omdat de gerechtelijke onbekwaamverklaring constitutief is van staat (IV.2), heeft ze principieel pas gevolgen vanaf de dag van het vonnis.⁷⁴

⁷⁴ Eenmaal het vonnis is uitgesproken, moet er een onderscheid worden gemaakt wat betreft de uitwerking (art. 1251 Ger.W.). De onbekwaamheid van de verweerder geldt vanaf de dag van het vonnis. De organisatie van de voogdij vindt pas plaats wanneer de termijn van hoger beroep is verstreken.

Daaruit vloeit voort dat de verweerder tijdens de procedure van onbekwaamverklaring volledig bekwaam blijft.

327. “De onbekwaamverklaring eindigt met de oorzaken die daartoe aanleiding hebben gegeven” (art. 512). Ook de beëindiging van die oorzaken moet door de rechter worden vastgesteld. Ook zonder volledige genezing kan de beëindiging van de maatregel worden bevolen als de betrokkene weer in staat is zijn persoon te leiden en zijn goederen te beheren. Kan hij dat wel zelf, maar nog niet zelfstandig, dan kan tijdens de procedure tot beëindiging een gerechtelijk raadsman worden toegevoegd. De onbekwaamverklaring kan ten slotte worden vervangen door de verlengde minderjarigheid, indien aan de voorwaarden daarvan is voldaan (art. 487*ter*, tweede lid).

3.4. SLAAN: HET BESTRAFFENDE ASPECT

328. Alle rechtshandelingen die door de gerechtelijk onbekwaamverklaarde worden verricht, zijn rechtens, dus verplicht, vernietigbaar (art. 502). Zijn onbekwaamheid is dus verdergaand dan die van de minderjarige. Er geldt nooit een voorwaarde van benadeling.

Ook handelingen die tijdens een heldere tussenpoos zijn gesteld, zijn nietig: de gerechtelijk onbekwaamverklaarde *kon* wel, maar hij *mocht* niet.

Als men de erkenning van een kind als een rechtshandeling beschouwt, bevestigt de uitzondering de regel: hiertoe is de gerechtelijk onbekwaamverklaarde wel bekwaam (art. 328, 1e lid).

De beschreven wettelijke regeling is kennelijk niet in overeenstemming met de proportionaliteitstoets.

3.5. ZALVEN: HET ONDERSTEUNENDE ASPECT

329. De gerechtelijk onbekwaamverklaarde wordt, wat zijn persoon en zijn goederen betreft, gelijkgesteld met een minderjarige. De regels betreffende de voogdij over minderjarigen zijn van toepassing (art. 509; vgl. art. 510 met art. 405, § 1, vijfde lid). De gerechtelijk onbekwaamverklaarde wordt dus niet terug onder ouderlijk gezag geplaatst.

Anders dan de voogdij over minderjarigen, kan het bewind hier wel langer duren dan de maximale achttien jaar. Na tien jaar moet dan ook ontlasting van de voogdijopdracht worden verleend, behalve aan echtgenoten en verwanten in de rechte lijn (art. 508, waarnaast art. 396, tweede lid van toepassing blijft).

Anders dan bij alle andere vormen van bewind is één verboden handeling hier wel toegelaten. De vrederechter kan de voogd namelijk machtigen om een huwelijksgoed of voorschot op erfdeel te verlenen aan een kind van de gerechtelijk onbekwaamverklarde dat huwt (art. 511). Voor het overige zijn plaatsvervangende giften – onterecht – niet toegelaten.

Tijdens de procedure tot gerechtelijke onbekwaamverklaring kan een voorlopige bewindvoerder worden aangeduid, met de bevoegdheden van een alleen optredende voogd (art. 1246 Ger.W.). Dit is een voorbeeld van zalven zonder slaan: de betrokkene is immers nog niet onbekwaam.

XII.4. TOEVOEGING VAN EEN GERECHTELIJKE RAADSMAN

4.1. CRITERIUM

330. Toevoeging van een gerechtelijke raadsman is ten eerste mogelijk wegens *geestesstoornis*. Sinds een cassatiearrest van 2 april 1976⁷⁵ wordt algemeen aanvaard dat bij elke geestesstoornis die geen verdergaande maatregel rechtvaardigt, de toevoeging van een gerechtelijke raadsman verantwoord is, wanneer die geestesstoornis tot gevolg heeft dat de geestesgestoorde zijn goederen niet zelfstandig kan beheren.

De grondgedachte bij de aanstelling van een gerechtelijke raadsman over deze groep van geestesgestoorde, is dat ze bijstand nodig hebben bij gevaarlijke rechtshandelingen omdat ze teveel blootstaan aan de (kwaadwillige) invloed van hun co-contractant. De toevoeging kan door de rechter gebeuren in plaats van de gevorderde gerechtelijke onbekwaamverklaring (art. 1247 Ger.W.), maar kan ook rechtstreeks worden gevorderd.

331. Met toepassing van art. 513 kan ook een gerechtelijke raadsman worden toegevoegd aan *verkwisters*.

De verkwister wordt doorgaans omschreven als iemand die, onder invloed van een ontregeling van de geest of de zeden, zijn vermogen verspilt. Principieel wordt dat op juridisch, sociaal en economisch vlak beoordeeld, zonder dat er sprake hoeft te zijn van een geestesstoornis. Toch wordt dikwijls naar die laatste verwezen.

Opdat van verkwisting sprake zou zijn, moet aan verscheidene voorwaarden zijn voldaan.

⁷⁵ Cass. 2 april 1976, R.W. 1976-77, 222.

1/ Op de eerste plaats moeten er ongerechtvaardigde uitgaven zijn. Het gaat om eindeloze domme of belachelijke uitgaven zonder enige noodzaak of nut, die een uiting blijken van fantasieën, grillen of hartstochten. Een typisch voorbeeld is de gokverslaving.

2/ Hoe laagbaar de uitgaven ook mogen zijn, de aanstelling van een gerechtelijke raadsman is op de tweede plaats pas gerechtvaardigd wanneer de uitgaven de inkomsten overtreffen, met andere woorden wanneer het kapitaal werkelijk wordt aangetast.

3/ Tussen de twee genoemde elementen moet bovendien een causaal verband bestaan.

4/ Omdat de verkwisting de staat betreft, moet het geheel ten slotte een gewoonte betreffen. Die moet worden bewezen aan de hand van actuele, nauwkeurige en ondubbelzinnige feiten.

De toevoeging van een gerechtelijke raadsman aan verkwisters werd ontworpen ter bescherming van de Staat en de familie als onderhoudsplichtigen. Bovendien mocht de gerechtvaardigde verwachting van de erfgenamen in het familiefortuin, niet worden beschaamd.

Vandaag wordt het beoogde doel via een andere weg bereikt. Onwenselijk of onzedelijk gedrag zoals een gok-, drug- of seksverslaving wordt als probleem gemedicaliseerd. De kwalificatie als geestesstoornis rechtvaardigt vervolgens een maatregel van onbekwaamheid die veel verder gaat dan de toevoeging van een gerechtelijke raadsman op deze grond. Zo een medicalisering van maatschappelijke problemen moet worden afgekeurd.

4.2. PROCEDURE EN PUBLICITEIT

332. De procedure en publiciteit zijn deze van de gerechtelijke onbekwaamverklaring (3.2).

4.3. AANVANG EN EINDE

333. Aanvang en einde zijn gelijklopend met de gerechtelijke onbekwaamverklaring (3.3).

4.4. SLAAN: HET BESTRAFFENDE ASPECT

334. De persoon aan wie een gerechtelijke raadsman wordt toegevoegd, is absoluut, bijzonder en beperkt onbekwaam. Hij treedt steeds zelf op in het rechtsverkeer, maar voor bepaalde rechtshandelingen kan hij dat slechts met de bijstand van zijn gerechtelijke raadsman. Verboden rechtshandelingen die hij zonder bijstand verricht, zijn rechtens vernietigbaar zonder voorwaarde van buitensporigheid of benadeling (art. 502).

De onbekwaamheid is enkel vermogensrechtelijk.

De verboden rechtshandelingen worden opgesomd in art. 513 en art. 1247 Ger.W. De onbekwaamheid die eruit voortvloeit is ondeelbaar, dat wil zeggen dat van de wettelijke opsomming niet kan worden afgeweken. Het gaat om

- rechtsgedingen voeren,
- dadingen treffen,
- leningen aangaan,
- roerende kapitalen in ontvangst te nemen en daarvan kwijting te geven,
- goederen om baat of om niet vervreemden of met hypotheek te bezwaren.

Deze maatregel schiet zijn doel voorbij. Enkel gevaarlijke handelingen moeten met bijstand worden verricht. Over zijn inkomen blijft de onbekwame vrij beschikken, zodat hij dat nog volledig kan verkwisten. Dit is des te schrijnender, nu de doelgroep van deze maatregel doorgaans *überhaupt* geen kapitaal maar enkel inkomsten heeft.

4.5. ZALVEN: HET ONDERSTEUNENDE ASPECT

335. De gerechtelijke raadsman moet bijstand verlenen. Deze bijstand moet de ondoordachtheid of onervarenheid van de onbekwame opvangen. Bijstand veronderstelt dat de raadsman het gehele proces ondersteunt dat leidt tot een rechtshandeling, door het met de beschermde persoon te doorlopen en waar nodig te helpen, toelichting te geven, richtlijnen te verstrekken, enz.

Die voortdurende, gelijktijdige en actieve medewerking onderscheidt de bijstand van de machtiging, die voorafgaand aan een rechtshandeling wordt verleend.

De taak van bijstand is in de regel begrensd tot medewerking – of de weigering daarvan – aan rechtshandelingen waartoe de betrokkene zelf het initiatief neemt. De gerechtelijke raadsman moet die initiatieven passief afwachten.

XII.5. VERKLARING IN STAAT VAN VERLENGDE MINDERJARIGHEID

336. De maatregel van verklaring in staat van verlengde minderjarigheid kwam in 1973 tot stand na lobbying door de Nationale Vereniging voor Hulp aan Verstandelijk Gehandicapten. Blijkbaar ging het er vooral om, ‘het gewenste onderscheid’ tussen geesteszieken en verstandelijk gehandicapten te erkennen. Op psychopathologisch vlak bestaat dit onderscheid inderdaad. Op juridisch vlak valt echter te betwijfelen of de verstandelijke handicap, onderscheiden van de geestesstoornis in het algemeen, een relevant element tot categorisering in een afzonderlijke categorie vormt.

5.1. CRITERIUM

337. Verklaring in staat van verlengde minderjarigheid is mogelijk van een meerderjarige of een minderjarige “van wie gebleken is dat hij wegens ernstige geestelijke achterlijkheid ongeschikt is en schijnt te zullen blijven om zichzelf te leiden en zijn goederen te beheren [...]. Onder ernstige geestelijke achterlijkheid moet worden verstaan een staat van geestelijke onvolwaardigheid, aangeboren of ontstaan tijdens de vroege kinderjaren, en gekenmerkt door een uitgebleven ontwikkeling van de gezamenlijke vermogens van verstand, gevoel en wil” (art. 487*bis*). Deze wetsbepaling bevat een precieze medische definitie.

1/ De verlengde minderjarigheid is er enkel voor *verstandelijk gehandicapten*. Het gaat om personen wier verstandelijke vermogens geen normale ontwikkeling kenden, met een niet in te halen intellectuele achterstand tot gevolg. Daarvan zijn alle geesteszieken uitgesloten, wier verstandelijke vermogens zich doorgaans normaal ontwikkelden maar die nadien door ziekte zijn aangetast.

2/ Die toestand moet *aangeboren* zijn of ontstaan tijdens de *vroege kinderjaren*. Het is onduidelijk wat met vroege kinderjaren is bedoeld. Soms wordt de periode beperkt tot de eerste maanden na de geboorte, zodat het onmogelijk is uit te maken of de achterlijkheid al dan niet is aangeboren. De ontwikkeling van de spraakvermogens wordt meer als bovengrens genomen. Waar het om gaat, is dat er geen normale geestelijke ontwikkeling was. Wanneer de geestelijke achterlijkheid ontstaat tijdens de vroege kinderjaren, mag die dus ook te wijten zijn aan een ongeval of een geestesziekte. Op personen die op latere leeftijd een ongeval hebben dat of ziekte die de voorbije geestelijke ontwikkeling teniet doet – zoals dementie, kan het statuut niet worden toegepast.

3/ Enkel *ernstig* geestelijk achterlijken vallen onder dit statuut. De geestestoestand moet die zijn van een kind van een paar jaar. Voor de evaluatie daarvan wordt niet alleen het intelligentiequotiënt in acht genomen, maar ook de persoonlijke en maatschappelijke aanpassingsmogelijkheden. Met het oog op die beoordeling is in de wet een functioneel criterium toegevoegd. De ernst van de geestelijke achterlijkheid wordt gemeten aan de hand van de gevolgen ervan: de onmogelijkheid om zichzelf te leiden en zijn goederen te beheren. Die ongeschiktheid wordt door de rechter beoordeeld.

5.2. PROCEDURE EN PUBLICITEIT

338. De maatregel wordt gevorderd via een eenzijdige verzoekschriftprocedure, bij de rechtbank van eerste aanleg van de woon- of verblijfplaats van de betrokkene. Bij het verzoekschrift wordt een geneeskundig attest gevoegd van niet meer dan vijftien dagen oud. De verklaring kan maar worden gevraagd door ouders, voogd of procureur des Konings als het om een minderjarige gaat; ook door alle verwanten als het een meerderjarige persoon betreft (zie art. 487*ter* en 487*quinquies*).

339. De maatregel wordt aangetekend in de bevolkingsregisters. Er wordt melding van gemaakt op de achterzijde van de identiteitskaart (art. 487*sexies*, derde en vierde lid).

5.3. AANVANG EN EINDE

340. De verklaring in staat van verlengde minderjarigheid heeft gevolgen vanaf (het moment van) de uitspraak van het vonnis (art. 487*quinquies*).

Hoewel de geestelijke achterlijkheid wordt geacht onomkeerbaar te zijn, kan de opheffing van de onbekwaamheid te allen tijde worden gevraagd. De gegrondheid van dat verzoek wordt niet beperkt tot “het verdwijnen van de oorzaken die tot het vonnis aanleiding hebben gegeven”. Telkens er een belang is, wordt de maatregel beëindigd.

5.4. SLAAN: HET BESTRAFFENDE ASPECT

341. De verlengd minderjarige wordt gelijkgesteld met een minderjarige beneden de vijftien jaar. Die gelijkstelling is er met betrekking tot zijn persoon en zijn goederen en enkel in het burgerlijk recht.

De gelijkstelling geldt dus niet de persoon en goederen van anderen en bestaat ook niet in andere rechtstakken. Zo geldt de ouderlijke aansprakelijkheid voor daden van minderjarige kinderen niet de kalendermeerderjarige verlengd minderjarige (art. 1384,

tweede lid); zo zijn ook verlengd minderjarigen van meer dan zestien seksueel meerderjarig (art. 372 Sw., maar ook art. 375, tweede lid Sw.).

De genoemde leeftijdsgrens werd bewust gekozen om de uitzonderlijke bekwaamheid te vermijden die (toen) vanaf vijftien jaar aan minderjarigen werd toegekend.

Op de nietigverklaring van rechtshandelingen van verlengd minderjarigen zijn de algemene regels voor minderjarigen beneden de vijftien van toepassing, bv. ook art. 1305 (Hoofdstuk XII.2.1). Maar het is duidelijk dat de geldigheid van de rechtshandeling hier hoe dan ook zal stranden op de afwezigheid van toestemming.

5.5. ZALVEN: HET ONDERSTEUNENDE ASPECT

342. De verlengd minderjarige blijft in principe onder ouderlijk gezag na de meerderjarigheid of wordt daar terug onder geplaatst.

Zijn er geen beschikbare ouders, dan wordt de gemeenrechtelijke voogdij georganiseerd.

Die organisatie is ook mogelijk als er wel nog beschikbare ouders zijn. Het ouderlijk gezag kan op hun vraag of op vordering van de procureur des Konings worden vervangen door de voogdij (art. 487^{quater}).

In afwijking van het gemeenrechtelijke voogdijrecht, is het de rechtbank van eerste aanleg en niet de vrederechter die de voogd aanduidt.

XII.6. VOORLOPIG BEWIND

T. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire*, Brussel, Larcier, 2004 – K.F.B.N. (ed.), *L'administration provisoire. Voorlopig bewind*, Brussel, Bruylant, 2004 – W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003”, in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, 1-45 – F. SWENNEN, “Het voorlopig bewind hervormd”, *R.W.* 2004-05, 1-17 – F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 141.

343. Het voorlopig bewind werd in de huidige vorm ingevoerd in 1991 en vervangt, samen met de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke, de oude Krankzinnigenwet. Het toepassingsgebied van het voorlopig bewind werd toen fel uitgebreid. Aanleiding hiervoor was de logge en kostelijke procedure van de gerechtelijke onbekwaamverklaring en de restrictieve toepassingsvoorwaarden ervan. Daardoor bleven velen verstoken van bescherming.

Ondanks de invoering van het voorlopig bewind, werd ervoor geopteerd de drie hiervóór besproken statuten te behouden, zij het in de hoop dat die in onbruik zouden geraken.

Dat is geen behoorlijke wetgevingstechniek.

Hoe dan ook valt de hoop van de wetgever te nuanceren. Het grootste nadeel van het voorlopig bewind is dat het niet de persoon van de geestesgestoorde betreft maar enkel zijn vermogen. Wat betreft de bescherming van de persoon blijven verzoekers dus aangewezen op de gerechtelijke onbekwaamverklaring en de verlengde minderjarigheid.

Toch blijkt in de praktijk dat dit statuut een 5000-tal keer per jaar wordt toegepast, tegenover sporadische toepassingen van de andere statuten.

6.1. CRITERIUM

344. Toevoeging van een voorlopige bewindvoerder is mogelijk aan de meerderjarige die nog geen wettelijke vertegenwoordiger heeft en die wegens zijn gezondheidstoestand geheel of gedeeltelijk, zij het tijdelijk, niet in staat is zijn goederen te beheren.

1/ De aanduiding van een *lasthebber* – conventionele en geen wettelijke vertegenwoordiger – verhindert dus niet de toevoeging van een voorlopige bewindvoerder. Meer nog: tot 2003 verviel na toevoeging van een voorlopige bewindvoerder elke lastgeving, ook al was het bewind op maat uitgewerkt en had het geen betrekking op alle aspecten waarvoor de lasthebber bevoegd was. Sinds 2003 kan de rechter bij zijn maatwerk rekening houden met de lastgeving: deze blijft bestaan voor handelingen waarop het voorlopig bewind geen betrekking heeft.

2/ Voor de toevoeging van een voorlopige bewindvoerder volstaat het dat de te beschermen persoon *gedeeltelijk* niet in staat is zijn goederen te beheren. Het voorlopig bewind moet dan wel proportioneel op maat worden uitgewerkt.

3/ Het epitheton '*voorlopig*' betekent niet dat het bewind in tijd beperkt is, noch dat er een verplichte periodieke toetsing is. Evengoed kan het dus levenslang blijven bestaan.

4/ Dit statuut van onbekwaamheid is enkel van toepassing wegens ongeschiktheid tot *goederenbeheer* en blijft daarom beperkt tot het vermogen. Slaan en zalven met betrekking tot de persoon is niet mogelijk, zij het dat hierop wat betreft het 'zalven' een groeiend aantal uitzonderingen bestaat.

5/ Een voorlopige bewindvoerder kan op deze grond enkel worden toegevoegd als de onmogelijkheid tot goederenbeheer voortvloeit uit de fysieke of psychische *gezondheidstoestand*.

Het gaat op de eerste plaats om lichamelijke gebreken zoals coma.

Belangrijker zijn de geestesstoornissen die aanleiding kunnen geven tot de maatregel. Het gaat om elke stoornis met een “vermindering van de realiteitsperceptie, het oordeelvermogen, het relatievermogen, de denkprocessen, het gebruik van defensiemechanismen, de prikkelgevoeligheid, het autonoom functioneren, het integratievermogen, enz.” tot gevolg, voor zover die iemand verhindert zijn goederen te beheren. Soms wordt voorgesteld het toepassingsgebied van de wet verder uit te breiden. Daartoe wordt de definitie van ‘gezondheid’ van de Wereldgezondheidsorganisatie gehanteerd: *‘not the mere absence of disease, but total physical, mental and social well-being’*. In die optiek zou dit statuut kunnen worden toegepast op iedereen die sociaal niet goed in zijn vel zit. Telkens wanneer een toestand van sociale uitsluiting – zoals drankverslaving, verkwisting, ja zelfs werkloosheid, dakloosheid of luiheid – een goed beheer verhindert, zou een persoon in dat beheer dan moeten worden vervangen of bijgestaan. Dergelijke opvattingen over het voorlopig bewind moeten zonder meer worden verworpen. Het voorlopig bewind is geen maatregel van ‘sociale hygiëne’.

6.2. PROCEDURE EN PUBLICITEIT

345. Voor deze maatregel is de vrederechter bevoegd (art. 594, 16° Ger.W.). De lezer frons terecht de wenkbrauwen: de regel inzake staat en bekwaamheid is de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg (art. 569, 1° Ger.W.). De keuze voor de vrederechter hier valt te verklaren door de nood aan maatwerk, te leveren door de rechter die dichtst bij de burger staat.

Territoriaal bevoegd is de vrederechter van de verblijfplaats en, bij gebreke van verblijfplaats afwijkend van de woonplaats, de woonplaats van de te beschermen persoon (art. 628, 3° Ger.W.). De territoriaal voor de dwangopneming bevoegde vrederechter is ook bevoegd om ambtshalve een voorlopige bewindvoerder toe te voegen als hij over een verzoek in het raam van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke uitspraak doet (art. 488bis b), § 1, derde lid) – zelfs al wijst hij dat verzoek af.

Als regel is het bewindsforum, net als het voogdijforum (art. 390), onveranderlijk (art. 623 Ger.W.).

346. De procedure verloopt op verzoekschrift en is tegensprekelijk (art. 488bis, b), § 5).

Het verzoek kan uitgaan van de te beschermen persoon zelf, van elke belanghebbende of van de procureur des Konings (art. 488bis, b), § 1). Zoals vermeld, kan de vrederechter ook ambtshalve optreden wanneer hij is gevat met een verzoek tot dwangopneming.

Bij het verzoekschrift wordt op straffe van niet-ontvankelijkheid een omstandige geneeskundige verklaring gevoegd (art. 488bis, b), § 6). Men moet aannemen dat het verzoek in geval van overmacht toch ontvankelijk en zelfs gegrond mag worden verklaard bij gebreke van geneeskundige verklaring, ondanks de onwerkzame regeling ter zake in de wet.

De procedure verloopt in raadkamer (art. 488bis, b), § 7). De vrederechter wint alle dienstige inlichtingen in, bijvoorbeeld van een geneesheer-deskundige. Alle betrokkenen worden opgeroepen om te worden gehoord.

De uitspraak gebeurt in openbare terechtzitting (art. 488bis c), § 1, lid 1, 5, 6, 8).

Naar analogie van het voogdijdossier, wordt een bewindsdossier bijgehouden (art. 488bis, c), § 4).

347. Als regel wordt de toevoeging van een voorlopige bewindvoerder bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* en wordt er kennis van gegeven aan de burgemeester van de woonplaats met het oog op aantekening in het bevolkingsregister. Publicatie en kennisgeving kunnen in geval van een beperkte bewindsopdracht worden vervangen door een kennisgeving aan bepaalde personen, bv. de bank en pensioenkas (art. 488*bis*, e)).

6.3. AANVANG EN EINDE

348. Twee momenten moeten worden onderscheiden wat betreft de aanvang. Anders dan de algemene regel, geldt het bestraffende aspect van de onbekwaamheid niet pas vanaf het vonnis, maar wel vanaf (het uur van de dag van) de indiening van het verzoekschrift (art. 488*bis* i), tweede lid). Het regime van vertegenwoordiging of bijstand wordt pas georganiseerd op het ogenblik van de aanvaarding door de voorlopige bewindvoerder van zijn opdracht, binnen de acht dagen na zijn aanwijzing (art. 488*bis* c) § 1, 6e lid).

349. De rechter kan de opdracht van een voorlopige bewindvoerder te allen tijde wijzigen of beëindigen, ambtshalve of op verzoek. De opdracht eindigt daarnaast van rechtswege wanneer ze is vervuld, wanneer een ander statuut over de beschermde persoon wordt georganiseerd en in geval van overlijden van de beschermde persoon (art. 488*bis*, d)).

6.4. SLAAN: HET BESTRAFFENDE ASPECT

350. Door de voorgeschiedenis van het voorlopig bewind als bescherming zonder corresponderende onbekwaamheid, is nergens uitdrukkelijk bepaald in welke mate de beschermde persoon onbekwaam wordt.

Op grond van art. 488*bis* h), § 2 en 3 en van de parlementaire voorbereiding moet minstens worden aangenomen dát hij onbekwaam wordt.⁷⁶ Een aanwijzing voor de omvang van de onbekwaamheid staat in art. 488*bis*, i). Volgens die bepaling zijn (enkel) nietig, de handelingen die de beschermde persoon stelt in materies waarvoor de voorlopige bewindvoerder bevoegd is (art. 488*bis* f)).

351. Als regel verricht de vrederechter *maatwerk*: hij bepaalt de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder in functie van de handelingen die de beschermde persoon niet meer (alleen) kan verrichten. In deze gevallen is de beschermde persoon absoluut

⁷⁶ Vgl. ook Cass. 30 mei 2005, www.cass.be en in het bijzonder de concl. adv.-gen. Dubrulle.

en bijzonder onbekwaam naar de mate waarin de voorlopige bewindvoerder bevoegd is.

352. De wet voorziet ook in de mogelijkheid van *confectiewerk*. Bij gebreke van uitdrukkelijke bepaling van de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder, heeft deze een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid.

Welke is dan de (on)bekwaamheid van de beschermde persoon?

Uit de parlementaire voorbereiding valt af te leiden dat de beschermde persoon in dat geval algemeen vermogensrechtelijk onbekwaam wordt.

Sommigen verdedigen zelfs een algemene onbekwaamheid die ook de persoonsrechtelijke aangelegenheden betreft. Dat oordeel kan niet worden bijgevalen: uit het criterium van art. 488*bis* a) blijkt duidelijk een beperking tot de goederen. De beschermde persoon blijft persoonsrechtelijk volledig bekwaam.

Hoe dan ook had de wetgever op dit punt beter duidelijkheid geschapen.

353. De (algemene of bijzondere) onbekwaamheid van de beschermde persoon is volledig wanneer hij door de voorlopige bewindvoerder wordt vertegenwoordigd en beperkt wanneer hij met de bijstand van de bewindvoerder of na machtiging door de vrederechter nog zelf optreedt.

Als regel vertegenwoordigt de voorlopige bewindvoerder de beschermde persoon.

De vrederechter kan de opdracht van de voorlopige bewindvoerder ook beperken tot bijstand (art. 488*bis* f), § 1, eerste lid en § 2, tweede lid).

Ook kan hij een gecombineerd systeem van vertegenwoordiging en bijstand, dus van volledige en beperkte onbekwaamheid, creëren.

In twee gevallen geldt op grond van de wet een beperkte bekwaamheid.

De beschermde persoon kan slechts geldig een gift doen na machtiging door de vrederechter, die moet vaststellen dat hij daarvoor geschikt is. Schenkingen kunnen bovendien worden verboden als de beschermde persoon zich behoeftig dreigt te maken. De beschermde persoon treedt dus wel zelf op, maar niet zelfstandig (art. 488*bis* h), § 2).

Voor huwelijkscontracten heeft de beschermde persoon de bijstand nodig van de voorlopige bewindvoerder; die laatste moet bovendien worden gemachtigd (art. 488*bis* h), § 3).

6.5. ZALVEN: HET ONDERSTEUNENDE ASPECT

A. *Organisatie van het voorlopig bewind*

Vrederechter

354. Zoals in het gemeenrechtelijke voogdijrecht, is de vrederechter het centrale bewindsorgaan en is het bewindsforum als regel onveranderlijk (6.2).

Voorlopige bewindvoerder

355. Niet een voogd maar een voorlopige bewindvoerder is de gedelegeerde bestuurder in het voorlopig bewind. Hij wordt altijd benoemd door de vrederechter.

Iedereen kan bij leven en welzijn wel een voorkeur uitdrukken over een aan te wijzen bewindvoerder, mocht dat nodig zijn.

Aan sommige voorlopige bewindvoerders komt ook het recht toe een voorkeur over een opvolger te uiten.

Bij gebreke van uitgedrukte wensen, of wanneer deze om ernstige redenen niet kunnen worden gevolgd, duidt de vrederechter een voorlopige bewindvoerder aan. De wet spreekt een voorkeur uit voor de vader of moeder, de echtgenoot, de wettelijk samenwonende, de persoon met wie de te beschermen persoon een feitelijk gezin vormt, een lid van de naaste familie, of in voorkomend geval, de vertrouwenspersoon van de te beschermen persoon. De vrederechter houdt ook rekening met suggesties in het verzoekschrift (art. 488*bis* c), § 2 en 3 en 488*bis* c), § 1, eerste tot vierde lid).

356. Tijdens de parlementaire voorbereiding is een voorkeur uitgedrukt voor een persoonsgerichte bewindvoering. Om die reden gaat de voorkeur als bewindvoerder uit naar bepaalde naasten en kan ook geen rechtspersoon als voorlopige bewindvoerder worden aangesteld.

Zoals onder de oude Krankzinnigenwet het geval was, blijkt echter dat dikwijls een zogenaamde professionele bewindvoerder wordt aangeduid, bv. een advocaat of notaris. De Koning heeft nog geen gebruik gemaakt van de wettelijke mogelijkheid het aantal boedels per voorlopige bewindvoerder te beperken. Zo komt het dat sommige bewindvoerders meer dan 500 boedels beheren. Een dergelijke concentratie is niet over de hele lijn negatief, omdat zij binnen een kantoor specialisatie toelaat. Bovendien waarborgen andere wetgevende maatregelen het persoonsgerichte karakter van de bewindvoering afdoende.

357. De wet verwijst soms naar de vader *en/of* de moeder die als voorlopige bewindvoerder worden aangesteld. Hieruit mag niet worden afgeleid dat een vergelijk-

baar systeem als het ouderlijk bewind kan worden georganiseerd. De wet voorziet hier niet in. Als er al verscheidene voorlopige bewindvoerders over dezelfde beschermeling kunnen worden aangesteld, dan kan dat enkel voor verschillende bevoegdheden, zoals een familielid voor het dagelijkse bewind en een advocaat voor verdergaande handelingen.

358. Naast zijn (forfaitaire) onkostenvergoeding kan aan de voorlopige bewindvoerder een bezoldiging worden toegekend tot beloop van maximaal 3 % van de inkomsten van de beschermeling (art. 488*bis* h), § 1).⁷⁷ Een bijkomende bezoldiging voor buitengewone ambtsverrichtingen is mogelijk. Hiernaast mag de voorlopige bewindvoerder geen bezoldigingen of voordelen in verband met zijn ambt ontvangen – bv. premies van een bank als hij daar de rekeningen van de beschermeling opent.

359. De vrederechter ontslaat de voorlopige bewindvoerder ambtshalve of op verzoek (art. 488*bis*, d)).

De vertrouwenspersoon

360. De beschermde persoon kan worden bijgestaan door een vertrouwenspersoon. Deze vervult min of meer de taken van de toeziend voogd.

De vertrouwenspersoon moet iemand zijn uit de naaste omgeving van de beschermde persoon, die hem en zijn leefwereld kent en daardoor ook in het belang van de beschermde persoon kan spreken en zijn noden kan vertalen. In zekere zin moet hij het zakelijke beheer door de voorlopige bewindvoerder (laten) personaliseren.

Als regel wordt de vertrouwenspersoon op verzoek van de beschermde persoon zelf aangewezen. Andere belanghebbenden kunnen de vrederechter ook om aanwijzing verzoeken. Ambtshalve aanwijzen kan de vrederechter niet. Wel kan hij de vertrouwenspersoon ambtshalve of op verzoek ontslaan. De beschermde persoon kan geen afstand doen van de bijstand van de vertrouwenspersoon die op verzoek van een derde is aangesteld (art. 488*bis* b), § 4, en d), vierde tot zesde lid).

Andere bewindsorganen

361. Anders dan in het gemeenrechtelijke voogdijrecht kan de voorlopige bewindvoerder wel zelf optreden ingeval er een belangentegenstelling bestaat met de beschermde persoon. Hij moet hiertoe bijzonder worden gemachtigd (art. 488*bis* f), § 1, vierde lid). Veiligheidshalve duiden sommige vrederechters in een dergelijk geval

⁷⁷ Over de verantwoording van deze lagere bezoldiging in vergelijking met andere gerechtelijke mandatarissen: Arbitragehof, nr. 175/2005, 30 november 2005, www.arbitrage.be.

toch een *voorlopige bewindvoerder ad hoc* aan. Die aanduiding is zeker nodig als de voorlopige bewindvoerder als vertegenwoordiger met zichzelf zou contracteren; volgens een algemeen rechtsbeginsel mag dat niet.⁷⁸

362. Zoals de voogd kan ook de voorlopige bewindvoerder zich in zijn beheer laten *bijstaan*, onder zijn verantwoordelijkheid (art. 488*bis*, f), § 1, derde lid). Hij heeft hiervoor anders dan de voogd geen machtiging nodig. Deze mogelijkheid is zinvol, bv. voor de professionele bewindvoerder die een maatschappelijk assistente aanwerft om de beschermde personen te bezoeken.

363. De rechtbank van koophandel – anders dan bij de voogdij niet de vrederechter – kan, op verzoek van de bewindsrechter, een *bijzondere bewindvoerder* aanstellen die de handelszaak van de beschermde persoon onder het toezicht van de voorlopige bewindvoerder zal voortzetten (art. 488*bis* f), § 3, vijfde en zesde lid).

364. Als regel geldt dat de voorlopige bewindvoerder de beschermde persoon op de hoogte brengt van de handelingen die hij verricht. In bijzondere omstandigheden kan hij daarvan worden vrijgesteld. In dat geval geldt in hoofdorde een informatieplicht tegenover de vertrouwenspersoon. Is er geen vertrouwenspersoon, dan kan de vrederechter “*een andere persoon of instelling aanwijzen die door de voorlopige bewindvoerder op de hoogte moet worden gebracht*” (art. 488*bis* c), § 3, laatste lid).

B. Werking

365. De bewindvoerder is verplicht een aanvangsverslag, geen boedelbeschrijving op te stellen (art. 488*bis* c), § 2).

366. Daarna bepaalt de vrederechter de bevoegdheid van de bewindvoerder in zijn beschikking van aanstelling (art. 488*bis* f)).

367. Zoals vermeld, heeft het voorlopig bewind enkel betrekking op het vermogen van de beschermde persoon, niet op zijn persoon.

Onder de oude Krankzinnigenwet had de voorlopige bewindvoerder wel persoonsrechtelijke bevoegdheden (art. 232, tweede lid, art. 331*sexies*, art. 7, tweede lid W.B.N., art. 10, § 2, derde lid Orgaantransplantatiewet). De vraag rijst of deze bevoegdheden nu door de voorlopige bewindvoerder in de zin van art. 488*bis* kunnen worden uitgeoefend. Sommigen beweren van wel. Wegens de beperking van het voorlopig bewind tot het vermogen, moet het antwoord echter negatief zijn. Dit

⁷⁸ Cass. 18 maart 2004, R.W. 2004-05, 303, noot A. SMETS.

neemt niet weg dat de wetgever nieuwe persoonsrechtelijke bevoegdheden creëert (bv. art. 1236*bis*, § 1, tweede lid Ger.W.).

In andere gevallen is de persoonsrechtelijke bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder dan weer duidelijk uitgesloten, zoals in de Wet Patiëntenrechten.

368. De voorlopige bewindvoerder heeft in verband met het vermogen min of meer dezelfde bevoegdheden als de alleen optredende voogd.

Voor daden van beschikking kan hij maar optreden na machtiging door de vrederechter. Artikel 488*bis* f), § 3, tweede lid en § 4 bevat een limitatieve lijst van handelingen die als daden van beschikking worden beschouwd:

- de beschermde persoon in rechte vertegenwoordigen als eiser, behalve bij:
 - rechtsplegingen en handelingen bedoeld in de artikelen 1150, 1180-1°, 1187, tweede lid, en 1206, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek;
 - vorderingen in verband met huurcontracten en bewoning zonder akte of bewijs;
 - vorderingen tot toepassing van de sociale wetgeving ten gunste van de beschermde persoon;
 - de stelling als burgerlijke partij;
- de roerende en onroerende goederen van de beschermde persoon vervreemden;
- leningen aangaan en hypotheeken toestaan alsook toestemming geven tot het doorhalen van een hypothecaire inschrijving, met of zonder kwijting, en van de overschrijving van een bevel tot uitvoerend beslag zonder betaling;
- berusten in een vordering betreffende onroerende rechten;
- een nalatenschap, een algemeen legaat of een legaat onder algemene titel verwerpen of aanvaarden, wat slechts onder voorrecht van boedelbeschrijving kan geschieden;
- een schenking of een legaat onder bijzondere titel aanvaarden;
- een pachtovereenkomst of een handelshuurovereenkomst sluiten alsook een handelshuurovereenkomst hernieuwen en een huurovereenkomst voor een duur van meer dan negen jaar sluiten;
- een dading aangaan;
- een onroerend goed aankopen;
- de handelszaak van de beschermde persoon voortzetten;
- beschikken over de woning van de beschermde persoon, het huisraad waarmee deze woning gestoffeerd is, en souvenirs en andere persoonlijke voorwerpen.

Ten onrechte wijkt deze lijst af van de lijst van art. 410. Ook de procedure verschilt: de machtigingen worden niet op eenzijdige verzoekschriftprocedure maar bij eenvoudig, dit is een vormeloos, verzoekschrift gevraagd.

Uitzonderlijk mag de voorlopige bewindvoerder de beschermde persoon vertegenwoordigen in een huwelijkscontract – dit is de vermogensrechtelijke overeenkomst en niet het huwelijk zelf (art. 488*bis* h), § 3). Onterecht wordt bij de andere statuten van onbekwaamheid voorgehouden dat zo een contract hoogstpersoonlijk is zodat vertegenwoordiging is uitgesloten.

De wettelijk verboden handelingen voor de voogd zijn niet uitgebreid tot de voorlopige bewindvoerder.

369. Voorts:

- pleegt de voorlopige bewindvoerder op regelmatige tijdstippen overleg met de beschermde persoon of diens vertrouwenspersoon (art. 488bis f), § 1, tweede lid);
- brengt hij de beschermde persoon of, bij gebreke, de vertrouwenspersoon of, bij gebreke, een andere persoon of instelling die de vrederechter aanwijst, op de hoogte van de handelingen die hij verricht (art. 488bis c), § 3, laatste lid).
- betaalt hij de kosten van onderhoud en behandeling die ten laste zijn van de beschermde persoon en stelt hij hem, na daarover met hem of met de vertrouwenspersoon te hebben overlegd, de sommen ter beschikking die hij nodig acht voor de verbetering van diens lot, een en ander onverminderd hetgeen bij wet en verordening is bepaald omtrent de vergoeding van de kosten van onderhoud van de zieken, gehandicapten en bejaarden en
- moet hij de toepassing van de sociale wetgeving vorderen in het belang van de beschermde persoon (art. 488bis f), § 5).

C. Controle op de voorlopige bewindvoerder

370. Een preventieve controle wordt bereikt via verschillende wegen:

- de vrederechter controleert de persoon van de voorlopige bewindvoerder vooraleer hem te benoemen;
- er is de bevoegdhedenverdeling;
- de vrederechter kan waarborgen vragen (art. 488bis c), § 3, derde lid);
- de vermogens van beschermde persoon en voorlopige bewindvoerder moeten duidelijk gescheiden blijven (art. 488bis f), § 6);
- de voorlopige bewindvoerder mag geen andere bezoldigingen of voordelen ontvangen dan die bepaald in art. 488bis h), § 1 en
- hij is aansprakelijk.

Daarnaast is de voorlopige bewindvoerder verplicht jaarlijks en op het einde van zijn beheer rekenschap af te leggen. De wijze waarop hij dat moet doen, is nauwkeurig bepaald in de wet (art. 488bis c), § 3).

XII.7. INTERNERING

371. Personen die een misdaad of wanbedrijf hebben gepleegd en op het ogenblik van de uitspraak ontoerekeningsvatbaar zijn, kunnen worden geïnterneerd in plaats van veroordeeld. Ook als ze al zijn veroordeeld en tijdens de hechtenis ontoereke-

ningsvatbaar worden, is internering mogelijk (art. 7 en 21 Wet Bescherming Maatschappij).

Ingeval er geen wettelijke of gerechtelijke vertegenwoordiger is, kan het vermogen van de geïnterneerden in hun belang onder voorlopig bewind worden geplaatst. Het gaat om een maatregel van ondersteuning zonder corresponderende onbekwaamheid, geregeld in de art. 29-30 Wet Bescherming Maatschappij. Hij betreft niet de persoonsrechtelijke aangelegenheden.

