

Departement Handelswetenschappen en Bedrijfskunde
Gegradueerde in Bedrijfsbeheer
Optie rechtspraktijk



Ouderlijk gezag en de mogelijkheden tot
handhaving

CAMPUS
Geel



Kristel Slechten

Academiejaar 2004-2005

De houder van dit diploma is gerechtigd tot het voeren van de titel van Bachelor

Woord vooraf

Bij het presenteren van dit eindwerk, past een woord van dank aan diegenen die mij bij de verwezenlijking ervan hebben geholpen.

Allereerst wil ik mijn eindwerkbegeleidster, mevrouw Nancy Peeters, bedanken voor haar raadgevingen en haar kritisch oog. Haar motiverende inbreng en het geduld dat ze steeds heeft opgebracht, betekenden een grote steun.

Vervolgens wil ik zeker mijn stagebegeleider, gerechtsdeurwaarder Wim Deckmyn, bedanken voor zijn deskundige begeleiding en zijn positieve kritiek. Hierin betrek ik ook graag alle collega's van het gerechtsdeurwaarderskantoor 'Artumo' die mede ervoor hebben gezorgd dat mijn stageperiode leerrijk en aangenaam was.

Niet te vergeten wil ik verder iedereen in mijn nabije omgeving bedanken voor hun luisterend oor en hun nuttige en wijze tips. Hierbij vermeld ik graag in het bijzonder de heer Marc Slechten, advocaat, en mevrouw Freya Vankoekelbergh, substituut-procureur des Konings.

Vanzelfsprekend wil ik mijn ouders bedanken die mij de kans hebben gegeven om deze opleiding te volgen en voor hun voortdurende interesse en steun gedurende de voorbije drie jaar, ook en vooral bij de moeilijkere momenten.

Kristel Slechten

Samenvatting

Het klikt niet meer tussen de ouders. Ze besluiten tijdelijk uit elkaar te gaan of uit de echt te scheiden. Ook al zijn ze nu ex-partners, ze blijven de ouders van hun kinderen. Het probleem dat zich dan stelt, is op welke wijze het ouderlijk gezag en het contact- of omgangsrecht moet worden ingevuld en hoe de gemaakte afspraken kunnen worden gehandhaafd indien deze niet worden nageleefd.

De wet van 13 april 1995 heeft het gezamenlijk ouderlijk gezag als norm ingevoerd. Als de ouders niet samenwonen, zijn er een aantal mogelijkheden om het ouderlijk gezag uit te oefenen. Naast de gezamenlijke uitoefening bestaat er een uitzonderingssysteem, namelijk de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag.

In deze situaties wordt respectievelijk de verblijfsregeling en het persoonlijk contactrecht bepaald.

Het gebeurt vaak dat uitspraken in verband met ouderlijk gezag en recht op persoonlijk contact niet worden nageleefd. Afdwingbaarheid ervan is moeilijk omdat de belangen van de kinderen niet mogen worden geschaad.

Enkele belangrijke handhavingmogelijkheden zijn: de gedwongen tenuitvoerlegging, de dwangsom, strafsancities en de wijziging van de bestaande situatie.

De laatste jaren zijn de problemen van grensoverschrijdend contactrecht en van internationale kinderontvoering toegenomen. Voor mogelijke regelingen hieromtrent kan beroep worden gedaan op de Verdragen van Luxemburg en 's Gravenhage. De zaak wordt dan aanhangig gemaakt bij de bevoegde rechtbank van de aangezochte staat, al dan niet door middel van een Centrale autoriteit.

Recent zijn enkele voorstellen uitgewerkt om het contactrecht beter af te dwingen waaronder het wetsontwerp van de huidige minister van Justitie.

Inhoudstafel

Woord vooraf.....	3
Samenvatting	4
Inhoudstafel	5
Alfabetische lijst van gebruikte afkortingen.....	8
Inleiding.....	9
HOOFDSTUK I : HET OUDERLIJK GEZAG	10
I. Het materiële recht van het ouderlijk gezag.....	10
A. Inleiding.....	10
B. Begripsverduidelijking	10
1. Het ouderlijk gezag	10
2. Criterium ‘het belang van het kind’	11
C. Uitoefening van het ouderlijk gezag.....	11
1. Samenwonende ouders	11
2. Niet-samenwonende ouders.....	12
2.1. Algemeen principe.....	12
2.2. Uitzonderingssituatie	13
2.3. Tussensystemen.....	13
2.4. Bepaling van de regeling	13
II. De verblijfsregeling en recht op persoonlijk contact.....	14
A. Regeling van het verblijf	14
1. In het geval van gezamenlijk ouderlijk gezag	14
1.1. Secundaire verblijfsregeling.....	14
1.2. Twee-verblijfsregeling	14
2. In het geval van exclusieve gezagsuitoefening	15
B. ‘Recht op persoonlijk contact’	15
1. Algemeen.....	15
2. Titularissen van het persoonlijk contactrecht.....	16
2.1. Principieel omgangsgerechtigden.....	16
2.1.1. Ouders.....	16
2.2.2. Grootouders	16
2.2. Virtueel omgangsgerechtigden.....	16
III. Modaliteiten van de verblijfsregeling en recht op persoonlijk contact	17
A. Contactvormen.....	17
B. Duur	17
C. Plaats.....	18
D. Verplaatsing.....	18
IV. Materieel bevoegde rechtbanken.....	18
A. Gehuwde ouders	19
1. Vóór de echtscheiding	19
2. Tijdens de echtscheiding	19
3. Na de echtscheiding.....	19
B. Niet-gehuwde ouders (feitelijk of wettelijk samenwonenden)	19
C. Het hoorrecht (-plicht) van de minderjarige	19
1. Algemeen.....	20
2. Procedure.....	20
3. Hoorplicht of -recht?	21
3.1. Jeugdrechtbank.....	21

3.2. Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg.....	21
3.3. Vredegerecht.....	21
HOOFDTUK II : DE MOGELIJKHEDEN TOT HANDHAVING	22
A. De gedwongen tenuitvoerlegging.....	22
1. Begripsverduidelijking	22
2. Tussenkoms van de gerechtsdeurwaarder	22
3. Het aspect ‘manu militari’	23
4. Concreet voorbeeld.....	24
B. De dwangsom	25
1. Algemene definitie	25
2. Dwangsom in het familierecht.....	25
3. Enkele discussiepunten.....	26
C. Strafsancties	27
1. Algemeen.....	27
2. Wettelijke basis	27
2.1. Verduidelijking van art. 431 Sw.....	27
2.2. Verduidelijking van art. 432 Sw.....	27
3. Instellen van een strafvordering	28
4. Concreet voorbeeld.....	29
5. Bevrijdingsgronden	29
5.1. Rechtvaardigingsgrond ‘noodtoestand’	29
5.2. Schulduitsluitingsgronden	30
5.2.1. Overmacht	30
5.2.2. Onoverwinnelijke dwaling	30
5.2.3. Bijzondere omstandigheden	30
D. De schadevergoeding.....	31
E. Jeugdbeschermingsmaatregelen.....	31
1. Algemeen.....	31
2. Ontzetting uit het ouderlijk gezag	31
2.1. Begripsomschrijving.....	31
2.2. Toepassing	32
2.3. Kenmerken	32
2.4. Gevolgen	32
F. Wijziging van de bestaande situatie	33
1. Algemeen.....	33
2. Bespreking van enkele voorbeelden.....	34
2.1. Voorbeeld uit de rechtspraak.....	34
2.2. Actueel voorbeeld.....	34
HOOFDSTUK III: GRENSOVERSCHRIJDENDE UITOEFENING VAN HET OUDERLIJK GEZAG EN RECHT OP PERSOONLIJK CONTACT – HANDHAVING EN BESCHERMING	36
I. De Internationale Verdragen	36
II. Ontvoering naar het buitenland of problemen inzake het contactrecht in het buitenland	37
A. Verdragsluitende staten	38
1. Verdrag van ’s Gravenhage	38
1.1. Internationale ontvoering.....	38
1.2. Problemen inzake contactrecht.....	38
2. Europees Verdrag van Luxemburg.....	39
2.1. Internationale ontvoering.....	39
2.2. Problemen inzake contactrecht.....	39
3. Centrale autoriteiten en duur van de rechtspleging	39

3.1. Werking van een centrale autoriteit.....	39
3.2. Duur van de rechtspleging.....	40
B. Niet-verdragsluitende staten	40
C. Bijzondere omstandigheden: Marokko en Tunesië	41
III. Ontvoering naar België van een kind met verblijf in het buitenland en.....	41
problemen inzake het contactrecht van een ouder met verblijf in het.....	41
buitenland ten aanzien van zijn kind in België.....	41
A. Buitenlandse staten die partij zijn bij de Verdragen.....	41
B. Niet-verdragsluitende staten	42
C. Bijzondere omstandigheden: Marokko en Tunesië	42
HOOFDSTUK IV : RECENTE ONTWIKKELINGEN	43
A. Proceduregebonden bemiddeling inzake ouderlijk gezag en het contactrecht.....	43
B. Mogelijke ontwikkelingen in de wet tot betere afdwingbaarheid van het	
contactrecht.....	43
1. Wetsvoorstel Martine Taelman (federaal volksvertegenwoordiger voor de VLD)...	44
2. Wetsontwerp minister van Justitie, Laurette Onkelinx	44
3. Wetsvoorstel Guy Swennen (sp.a-spirit).....	45
3.1. Samenvatting	45
3.2. Krachtlijnen	45
Besluit.....	46
Bijlagen	47
Literatuurlijst	48
I. Geschreven bronnen.....	48
II. Elektronische bronnen	49

Alfabetische lijst van gebruikte afkortingen

B.W.	Burgerlijk Wetboek
Ger.W.	Gerechtig Wetboek
E.V.R.M.	Europees Verdrag van de Rechten van de Mens
P.V.	proces-verbaal
R.W.	Rechtskundig Weekblad
Sv.	Wetboek van Strafvordering

Inleiding

De laatste jaren horen we op het nieuws of lezen we in de krant steeds vaker over het fenomeen 'gezinsdrama'. Deze drama's vinden meestal hun oorzaak in jarenlange (v)echtscheidingen en geruzie tussen de partners om van alles en nog wat.

Vooraf de regeling betreffende de kinderen zijn de zwaarste dobbers.

Deze vaststelling is het uitgangspunt van mijn eindwerk. Het gaat niet meer goed tussen de ouders, echtelijke problemen steken de kop op. Ze besluiten tijdelijk uit elkaar te gaan of uit de echt te scheiden. Ze leven (feitelijk) gescheiden en vormen geen gezin meer. Ook al zijn ze nu ex-partners, ze blijven toch de ouders van hun kinderen.

Deze situatie kan zich voordoen ofwel in het geval van een huwelijk, zowel vóór, tijdens als na de echtscheiding, ofwel in het geval de ouders feitelijk of wettelijk samenwoonden.

Het probleem dat zich in dergelijke situaties stelt, is op welke wijze het ouderschap, de verblijfsregeling en het recht op persoonlijk contact van de ouders met hun kind moeten worden ingevuld. Minstens even belangrijk hierbij is de vraag welke de mogelijkheden zijn tot het handhaven van de gemaakte afspraken omtrent het ouderlijk gezag indien deze niet worden nageleefd.

Op deze vragen ga ik in dit eindwerk een antwoord geven.

Het eerste hoofdstuk handelt over het ouderlijk gezag en de regeling inzake het verblijf en het recht op persoonlijk contact.

In het tweede hoofdstuk komen de mogelijkheden tot handhaving van de afgesproken regelingen aan bod.

De achtergrond voor deze beide hoofdstukken is de wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag waarin o.a. het principe van de gelijkheid tussen de ouders inzake de rechten en plichten t.a.v. hun kinderen werd bekrachtigd.

De aparte problematiek van de bescherming en de handhaving van het grensoverschrijdend ouderlijk gezag en het recht op persoonlijk contact, komt vervolgens in hoofdstuk drie ter sprake.

Hoofdstuk vier tenslotte gaat over enkele recente ontwikkelingen.

HOOFDSTUK I : HET OUDERLIJK GEZAG

I. Het materiële recht van het ouderlijk gezag

A. Inleiding

Het ouderlijk gezag heeft zowel betrekking op de persoon van het kind (art. 371- 375bis B.W.) als op het beheer van de goederen van het kind (art.376-387bis B.W.).

In dit werk bespreek ik het ouderlijk gezag betreffende de persoon van het minderjarig kind. De regeling met betrekking tot het beheer van de goederen van het kind staat natuurlijk in verband met de uitoefening van het ouderlijk gezag over de minderjarige maar deze regeling valt buiten het bestek van dit werk.

B. Begripsverduidelijking

1. Het ouderlijk gezag

Het begrip ‘ouderlijk gezag’ kan men onderverdelen in:

- het ouderlijk gezag *sensu stricto*, het zgn. ‘bewaringsrecht’;
- het ouderlijk gezag *sensu lato*, de rechten van de ouders inzake de staat van de persoon van de minderjarige (bv. het recht om ontvoogding aan te vragen).

Op dit laatste puntje wordt niet verder ingegaan omdat dit niet onder dezelfde regels valt als deze van het ouderlijk gezag inzake bewaringsrecht.

Het ‘recht van bewaring’ kan men verder opsplitsen in het recht van de ‘materiële bewaring’ en het recht van de ‘juridische bewaring’.

Sinds de wet van 13 april 1995 betreffende het gezamenlijk ouderlijk gezag (in werking getreden op 3 juni 1995), heeft men bovenstaande begrippen respectievelijk vervangen door ‘huisvesting’ en ‘fundamentele beslissingen inzake de gezondheid, opvoeding, opleiding, ontspanning, godsdienstige en levensbeschouwelijke keuzes van de minderjarige kinderen’.

Huisvesting (recht van materiële bewaring) omvat drie rechten:

- het recht om de minderjarige altijd bij zich te hebben en om het niet afgeven van de kinderen door de andere ouder eventueel af te dwingen;
- het recht om voor het kind te zorgen wat zich vertaalt in beslissingen over de voeding, kleding en huisvesting;
- het recht om toezicht uit te oefenen op o.a. de ontspanning en briefwisseling van het kind.

Enkele voorbeelden van fundamentele beslissingen (recht van juridische bewaring) zijn: beslissingen met betrekking tot school- en eventueel beroepskeuze, taalkeuze, enz.

2. Criterium ‘het belang van het kind’

Verder in dit werk wordt regelmatig het begrip ‘het belang van het kind’ gehanteerd als criterium in de toch wel delicate materie van het ouderlijk gezag. Daarom is het noodzakelijk dit begrip kort toe te lichten.

‘Het belang van het kind’ is de leidraad in het personen- en familierecht. Het speelt vooral een belangrijke rol in de materies van het ouderlijk gezag. Tegenwoordig wordt dit begrip als uitsluitend criterium naar voor geschoven inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag, de regeling van het verblijf en het recht op persoonlijk contact. Dit wil zeggen dat de rechter in zijn beslissingen hierover geen rekening moet houden met andere criteria.

Het begrip ‘het belang van het kind’ kan niet op een definitieve wijze worden vastgelegd. Het is een tijd- en plaatsgebonden begrip en dus onderhevig aan evolutie. Het is ook een contextgebonden begrip. Wat het ‘belang van het kind’ inhoudt, varieert naargelang de omstandigheden. De rechter beoordeelt dit begrip aan de hand van de specifieke gegevens van een zaak. Uiteraard wordt de rechter hierbij beïnvloed door een zekere subjectiviteit. Hoe de rechter het begrip invult, hangt af van zijn inzichten en hoe hij de omstandigheden ervaart. Vooraleer de rechter een beslissing neemt, is het belangrijk om na te gaan in welke mate deze de belangen van het kind al dan niet zal schaden.¹

C. Uitoefening van het ouderlijk gezag

De wet van 13 april 1995 heeft het gezamenlijk ouderlijk gezag als algemene regel ingevoerd en een juridische basis gegeven aan ‘het recht op persoonlijk contact’.

Deze wet geldt ongeacht of de ouders zijn gehuwd, feitelijk of wettelijk samenwonen, feitelijk gescheiden leven of uit de echt gescheiden zijn.

In hetgeen volgt, overloop ik alle mogelijke situaties die kunnen voorkomen betreffende de uitoefening van het ouderlijk gezag. De regeling betreffende de niet- samenwonenden bouwt verder op deze van de samenwonende ouders.

1. Samenwonende ouders

De regeling betreffende het ouderlijk gezag als de ouders nog samenwonen, is opgenomen in artikel 373 van het Burgerlijk Wetboek.

Ik wil er op wijzen dat in deze context eveneens moet worden verwezen naar de artikelen 203, §1 en 336 e.v. van het B.W. Deze twee laatste artikelen hebben betrekking op de verplichting van de ouders om aan hun kinderen levensonderhoud, opvoeding en een passende opleiding te verschaffen en zijn onafhankelijk van de vraag of de ouders al dan niet nog samenwonen. Artikel 203, §1 van het B.W. bepaalt deze verplichting t.o.v. de kinderen die uit een huwelijk zijn gesproten en ook t.o.v. die kinderen van wie afstamming juridisch vaststaat.

Artikel 336 e.v. bepaalt anderzijds dezelfde verplichting ten opzichte van de waarschijnlijke vader die met de moeder gemeenschap heeft gehad tijdens de wettelijke tijdsduur van de verwekking.

¹ E. DE KEZEL, Het begrip ‘Het belang van het kind’, R.W. 1998-99, 1163-1167

Het **basisartikel 373, 1° lid, B.W.** betreffende de samenwonende ouders bepaalt:

“Wanneer de ouders samenleven, oefenen zij het gezag over de persoon van het kind gezamenlijk uit.”

In het geval de ouders samenleven, oefenen zij gezamenlijk het gezag uit over hun gemeenschappelijke, niet-ontvoogde kinderen en de niet-gemeenschappelijke kinderen die als een volwaardig lid van het gezin worden beschouwd.

Waar de regeling vóór de wet van 13 april 1995 niets voorziet, is in de nieuwe regeling het vermoeden van instemming opgenomen t.a.v. derden te goeder trouw.

Het hele principe van gezamenlijk ouderlijk gezag steunt op dit vermoeden van instemming van de andere ouder wanneer één ouder alleen een bepaalde handeling in verband met het ouderlijk gezag stelt. Eén ouder wordt dus verondersteld geen beslissingen te nemen zonder het uitdrukkelijk of stilzwijgend akkoord van de andere ouder.

Bij gebreke van instemming, meer bepaald wanneer de ouders het niet eens geraken over de te stellen handeling of wanneer één ouder de handeling heeft uitgevoerd zonder akkoord van de andere, kan één van beiden de zaak aanhangig maken bij de jeugdrechtbank. De jeugdrechtbank kan dan eventueel oordelen de beslissingsbevoegdheid omtrent bepaalde handelingen enkel toe te wijzen aan één ouder of de rechter beslecht, in het belang van het kind, het geschil tussen de ouders ten gronde.

2. Niet-samenwonende ouders

De meest voorkomende betwistingen of geschillen zijn deze in verband met het ouderlijk gezag in geval van niet (meer)-samenwonende ouders. De toepasselijke basisartikelen zijn artikel 374, 1° lid en artikel 374, 2° lid van het B.W.

Ook hier moet volledigheidshalve worden verwezen naar de artikelen 203, §1 en 336 e.v. van het B.W. inzake de onderhoudsverplichtingen (cfr. supra, p. 10).

Art.374, 1^{ste} lid B.W. – ‘Wanneer de ouders niet samenleven, blijven zij het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen en geldt het in artikel 373 bepaalde vermoeden.’

Art.374, 2^{de} lid B.W. – ‘Bij gebreke van overeenstemming over de organisatie van de huisvesting van het kind, over de belangrijke beslissingen betreffende zijn gezondheid, zijn opvoeding, zijn opleiding en zijn ontspanning en over de godsdienstige of levensbeschouwelijke keuzes of wanneer deze overeenstemming strijdig lijkt met het belang van het kind, kan de bevoegde rechter de uitoefening van het ouderlijk gezag uitsluitend opdragen aan één van beide ouders.’

2.1. Algemeen principe

Sinds 1995 loopt de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag principieel door indien de ouders niet (meer) samenwonen (gezag - co-ouderschap). Het vermoeden van instemming zoals eerder besproken, is ook hier van toepassing.

Een belangrijke toepassing hiervan is dat één ouder niet alleen kan beslissen om hun kind in een bepaalde school in te schrijven. Er zijn geen twee handtekeningen vereist maar ze moeten beiden akkoord zijn (hun toestemming hebben gegeven) over de schoolkeuze. Bij afwezigheid

van een akkoord, kan een ouder een vordering inleiden bij de rechtbank. De rechter kan eventueel een dwangsom opleggen of, in het ergste geval, de verblijfsregeling wijzigen (cfr. infra, p. 32, F.).

2.2. Uitzonderingssituatie

Naast het gezamenlijk ouderlijk gezag bestaat er nog een ander – hiervan afwijkend – basissysteem, namelijk de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag.

Dit wil zeggen dat als de ouders het niet eens geraken over fundamentele beslissingen of wanneer het belang van het kind dit vereist, de rechter de materiële bewaring aan één ouder kan toekennen.

Dit gebeurt op verzoek van (één van) beide ouders. De rechter is niet verplicht om het verzoek in te willigen en kan gewoon de gezamenlijke gezagsuitoefening opleggen.

Zelfs indien er voldaan is aan alle wettelijke voorwaarden tot toekenning van het exclusief gezag, moet de rechter dit niet uitspreken. Het is een facultatief systeem.

2.3. Tussensystemen

Naast de vorige twee basissystemen bestaan er ook twee tussenwegen:

- de beperkte gezamenlijke gezagsuitoefening;
- de getemperde exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag.

Inzake de regeling van het gezamenlijk ouderlijk gezag kan de rechter het nemen van bepaalde beslissingen toch toekennen aan één ouder, bijvoorbeeld als de ouders het omtrent iets fundamenteels nooit eens zullen geraken. Dit wordt aanzien als een beperkte gezamenlijke gezagsuitoefening.

In het niet veel voorkomende geval van een versoepeling van de exclusieve uitoefening, zal worden bepaald welke belangrijke beslissingen door instemming van beide ouders moeten worden genomen.

2.4. Bepaling van de regeling

Bij een echtscheiding door onderlinge toestemming bepalen de echtgenoten in de familierechtelijke overeenkomst hoe ze het ouderlijk gezag willen uitoefenen. De rechter zal deze overeenkomst al dan niet homologeren. Het criterium dat hij voor ogen houdt om hierover te beslissen, is ‘het belang van het kind’.

Bij alle andere vormen van echtscheiding – alsook in het geval van voorlopige maatregelen voor elke echtscheidingsprocedure en eveneens na de echtscheiding – zal de rechter in eerste instantie beslissen wat het beste is, bekeken per geval.

Welke regeling het meest geschikt is, kan worden nagegaan aan de hand van onder meer de volgende criteria:

- kunnen de ouders, in de toekomst, met elkaar overleggen en tot overeenstemming komen;
- de persoonlijke toestand en het belang van het kind;
- verschillende culturen of levensbeschouwingen van de ouders;
- eventueel de ruimtelijke afstand tussen de ouders;
-

II. De verblijfsregeling en recht op persoonlijk contact

Indien de ouders niet meer samenleven, zal er een verblijfsregeling voor de kinderen worden uitgewerkt. Deze bepaalt waar, wanneer en hoelang de kinderen bij welke ouder verblijven. De verblijfsregeling wordt bepaald in 'het belang van het kind' en eventueel in samenspraak met een kinderpsycholoog of maatschappelijk assistent.

A. Regeling van het verblijf

1. In het geval van gezamenlijk ouderlijk gezag

Indien er wordt gekozen voor het systeem van gezamenlijk ouderlijk gezag kan de verblijfsregeling in twee grote delen worden afgebakend, namelijk de secundaire verblijfsregeling en de twee-verblijfsregeling.

1.1. Secundaire verblijfsregeling

Deze verblijfsregeling, ook gekend als het klassieke verblijfssysteem, bepaalt dat het kind zijn hoofdverblijfplaats houdt bij één ouder en daar de meeste tijd zal doorbrengen. Deze ouder heeft het primaire verblijfsrecht.

Uiteraard heeft de andere ouder recht op secundaire huisvesting van het kind.

De meest voorkomende secundaire verblijfsregeling is de helft van de vakantieperiodes van meer dan drie dagen en buiten de vakanties één weekend om de twee weken van vrijdagavond (of zaterdagmorgen) tot en met zondagavond.

Deze regeling is maar één van de vele mogelijkheden waarop deze periodes kunnen worden ingedeeld. De klassieke regeling kan bijvoorbeeld ook worden uitgebreid met woensdagnamiddagen. Er wordt voor de beste oplossing gekozen op voorwaarde dat de duur van de verblijven niet even lang is.

Er zijn verschillende criteria om deze regeling als al dan niet geschikt te beschouwen:

- de materiële leefomstandigheden;
- de (on)beschikbaarheid van de ouders;
- de graad van affectiviteit in de relatie tussen ouder en kind;
- de mening van de kinderen;
- ...

1.2. Twee-verblijfsregeling

De twee-verblijfsregeling is een volwaardige bilocatieregeling. De minderjarige verblijft alternerend bij de ouders gedurende een gelijkdurige periode (bv. één week bij de moeder, één week bij de vader, enz.). Ook hierop zijn variaties mogelijk.

Ik wil nog opmerken dat ook in dit geval de wettelijke hoofdverblijfplaats van het kind aan één ouder moet worden toegekend. Het kind moet een vaste domicilie hebben waarmee het in de bevolkingsregisters staat ingeschreven.

Het gebeurt wel eens dat er een voorlopige bilocatieregeling wordt uitgesproken in afwachting van een betere regeling na onderzoek van de feitelijke situatie.

Voorwaarden tot toekennen van de bilocatie zijn o.a.:

- geen grote geografische afstand tussen beide ouders;
- leeftijd van het kind (het is beter indien het geen baby meer is);
- beschikbaarheid van de ouders;
- goede verstandhouding tussen de ouders;
- ...

Tot voor kort stonden de rechtbanken erg voorzichtig en zelfs weigerachtig t.a.v. de toepassing van de bilocatieregeling - zeker indien er geen akkoord was tussen de partijen - omdat dan de kinderen zich voortdurend moeten verplaatsen en heen en weer worden verhuisd.

Tegenwoordig is er omtrent deze regeling veel aan het bewegen zowel in de rechtspraak als in de wetgeving.

In de rechtspraak vinden we een bijzondere verblijfsregeling terug die een oplossing kan bieden, namelijk de regeling waarbij de ouders afwisselend bij de kinderen verblijven en de kinderen in één huis blijven wonen, namelijk daar waar ze hun wettelijke woonplaats hebben. Zo oordeelde bv. de vrederechter te Bastenaken dat de rechten van de echtgenoten op het vlak van de huisvesting van de kinderen en de toewijzing van de echtelijke verblijfplaats gelijkwaardig zijn. Nu er geen enkel argument was om de ene of andere echtgenoot deze rechten toe te wijzen, oordeelde de vrederechter dat hij de echtgenoten kon opleggen voor een periode van drie maanden, beurtelings twee weken in de laatste echtelijke verblijfplaats bij de kinderen te wonen.²

Minister van Justitie, Laurette Onkelinx, heeft een wetsontwerp ingediend waarin de twee-verblijfsregeling als norm wordt gehanteerd voor het verblijfsrecht bij gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag. Uiteraard zijn afwijkingen mogelijk naargelang de situatie (cfr. infra, hfdst. IV).

2. In het geval van exclusieve gezagsuitoefening

Het kind verblijft logischerwijze bij de ouder met het exclusief ouderschap over dat bepaald kind. De andere ouder heeft *recht op persoonlijk contact* met het kind en een recht op toezicht over de opvoeding. Dit laatste houdt onder meer in dat deze ouder nuttige informatie, bv. inzake de opvoeding, mag opvragen zowel bij de gezaghoudende ouder als bij derden.

B. ‘Recht op persoonlijk contact’

1. Algemeen

In beginsel is iedere ouder titularis van het recht op persoonlijk contact met zijn kinderen. Indien de ouders samenwonen, zal dit geen problemen opleveren want hun recht op contact wordt automatisch opgenomen in hun bewaringsrecht.

Indien de ouders apart wonen, blijft dit recht op persoonlijk contact bestaan maar zal het moeilijker uit te oefenen zijn. Bij een gezamenlijke ouderlijke gezagsuitoefening wordt dit recht geconcretiseerd in een bepaalde verblijfsregeling en anders benoemd (cfr. supra, p.13). Om verwarring te vermijden kan het begrip ‘recht op persoonlijk contact’ het best enkel worden toegepast bij een exclusieve regeling van ouderlijk gezag.

² Vred. Bastenaken 3 mei 1996, *J.L.M.B* 1996, 979 in G., BAETEMAN, J., GERLO, E., GULDIX, A., WYLLEMAN, G., VERSCHULDEN en S., BROUWERS, “Personen- en familierecht 1995-2000”, *T.P.R.* 2001, (1551) 1947

2. Titularissen van het persoonlijk contactrecht

Er zijn drie categorieën van personen waaraan de wet een vorderingsrecht toekent:

- de ouders (art. 374, 4^{de} lid B.W.);
- de grootouders (art. 375bis B.W.);
- derden.

Het minderjarig kind zelf is geen titularis van het recht op persoonlijk contact, hoewel werd overwogen om dit toch mogelijk te maken via omzetting van artikel 9.3 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in Belgisch recht.

De ouders en grootouders ressorteren onder de principieel omgangsgerechtigden. Derden daarentegen zijn virtueel omgangsgerechtigden.

2.1. Principieel omgangsgerechtigden

De principieel omgangsgerechtigden kunnen altijd aanspraak maken op persoonlijk contact met het kind.

2.1.1. Ouders

In het geval van de ouders zal enkel in uitzonderlijk ernstige omstandigheden die de belangen van het kind schaden, het contact worden geweigerd. De ouder die het recht op persoonlijk contact niet wil toekennen, zal moeten bewijzen dat dit schadelijk zou zijn voor het kind.

2.2.2. Grootouders

Het is belangrijk op te merken dat in het kader van het recht op persoonlijk contact inzake de grootouders geen concrete uitoefeningsregeling kan worden uitgesproken als de ouders zich niet verzetten tegen het contact van de grootouders met hun kleinkinderen. Dit geldt zowel indien de ouders gehuwd zijn als wanneer ze gescheiden leven. M.a.w. als de ouders gehuwd zijn en ze leven op gespannen voet met de grootouders, wat met zich meebrengt dat deze hun kleinkinderen niet mogen zien, hebben de grootouders het recht om persoonlijk contact te vorderen.

Indien de ouders uit elkaar zijn, oefenen de grootouders in principe het persoonlijk contactrecht uit via hun zoon of dochter. Wanneer dit wordt belemmerd, kunnen ze ook een vordering tot recht op persoonlijk contact indienen.

Er is sprake van een subsidiair contactrecht ten opzichte van (één van) de ouders omdat de contact- of omgangsregeling van de grootouders in functie van dat van de ouders moet worden geregeld en zo nodig worden beperkt. Het gaat hier bv. over 1 dag om de 14 dagen of zelfs maar 1 dag in de maand.

2.2. Virtueel omgangsgerechtigden

Deze personen kunnen enkel aanspraak maken op persoonlijk contact met het kind in uitzonderlijke omstandigheden, namelijk als dit door bijzondere omstandigheden het beste zou zijn voor het kind (bv. het hebben van een affectieve band met het kind). Diegene die dan de contactregeling wil bekomen, zal het bewijs van deze bijzondere omstandigheden moeten

leveren. Dan nog kan het persoonlijk contact worden geweigerd als dit strijdig zou zijn met het belang van het kind.

De categorie ‘derden’ is zeer uitgebreid, het gaat van broers/zussen tot pleegouders.

Het recht van persoonlijk contact van deze groep is subsidiair aan dat van de principieel omgangsgerechtigden.

III. Modaliteiten van de verblijfsregeling en recht op persoonlijk contact

Als de bevoegde rechter de uitoefening van het persoonlijk contact toekent, moet hij de concrete modaliteiten, zoals gegroeid doorheen de rechtspraak, vastleggen. Het betreft o.a. de contactvorm, de duur, de plaats, de regeling omtrent het afhalen en terugbrengen (en bijhorende kosten, enz.).

Deze modaliteiten worden individueel bepaald, rekening houdend met de omstandigheden waarin het kind zich bevindt en in zijn belang. Ook de psychische toestand van de ouders wordt tegenwoordig vaak in aanmerking genomen.

Vermits de regeling van het recht op persoonlijk contact in geval van exclusieve uitoefening van het gezag niet veel afwijkt van de secundaire verblijfsregeling in geval van gezamenlijke gezagsuitoefening, worden dezelfde modaliteiten toegepast.

A. Contactvormen

Het recht op persoonlijk contact of de secundaire verblijfsregeling kan verschillende vormen aannemen:

- ofwel op een directe wijze, bv. de minderjarige thuis ontvangen, bij zich laten verblijven voor een bepaalde periode of een bezoekje brengen;
- ofwel op indirecte wijze indien direct contact niet mogelijk is omwille van de grote geografische afstand tussen het kind en de contactgerechtigde, bv. schriftelijk en telefonisch contact.

Verschillende rechters spelen ook in op de moderne communicatiemiddelen zoals de GSM en de evolutie van het elektronische verkeer. Zo ontstaat het “elektronisch contactrecht”.

Hiertoe behoort bijvoorbeeld het recht om enkele uren per week met je kinderen te chatten³, te e-mailen of visueel contact te hebben via een webcam.

B. Duur

In het kader van een secundair verblijf of verblijf inzake persoonlijk contact wordt meestal gekozen voor het klassieke systeem van de weekend- en vakantieregeling (1 weekend om de 14 dagen en de helft van de vakanties).

Hierbij treedt een probleem op de voorgrond, namelijk de bepaling van het begintijdstip van het weekend en de vakantie. Begint de vakantie vrijdagavond of maandagmorgen volgend op de laatste schooldag?

³ Op 26 juni 2004 publiceerde De Standaard een artikel inzake het ‘chatrecht’. De vader had zijn recht om te chatten met zijn kinderen in de familierechterlijke overeenkomst (opgesteld bij echtscheiding onderlinge toestemming) laten opnemen. Hierdoor verwerft hij een bepaalde zekerheid omdat dit recht nu afdwingbaar is. Dit was de eerste keer dat dit in Vlaanderen werd toegekend.

In een arrest probeerde het Hof van Beroep duidelijkheid te scheppen. Het Hof oordeelde dat het eerste weekend dat voor het contactrecht in aanmerking kwam, datgene is dat volledig in de betrokken maand is gelegen (van vrijdag tot en met zondag). Het kind kan zowel vrijdagavond als zaterdagmorgen naar de contactgerechtigde vertrekken. Het is in het belang van het kind om de weekends te benoemen en het beginpunt duidelijk te bepalen zodat hieromtrent geen discussie meer mogelijk is tussen de ouders. Nog volgens het Hof begint de vakantie altijd op de maandag na de laatste schooldag.⁴

C. Plaats

Het meest voorkomend zal de uitoefening van het recht op persoonlijk contact of secundaire huisvestingsrecht plaatsvinden in het huis van de rechthebbende. Soms blijkt een neutrale en veilige ontmoetingsruimte meer geschikt waarbij eventueel deskundige begeleiding wordt voorzien (bv. wanneer het kind wordt getraumatiseerd door de contactgerechtigde ouder of wanneer deze een misdrijf heeft gepleegd, enz.).

Een voorbeeld van zo een gespecialiseerd centrum is het Centrum voor Algemeen Welzijnswerk (CAW).

In speciale gevallen kan het ook voorkomen dat het recht op persoonlijk contact enkel mag worden uitgeoefend in aanwezigheid van een familielid (meestal de grootouders) of een derde of alleen in afwezigheid van bv. de nieuwe partner van de contactgerechtigde ouder.

D. Verplaatsing

In verband met het halen en terugbrengen van de kinderen en de eraan gekoppelde kosten moet een goede regeling worden uitgewerkt. Principieel gaat men ervan uit dat beide ouders een deel van de vervoerskosten betalen maar hier kan men natuurlijk van afwijken.

In de rechtspraak worden verschillende mogelijkheden gehanteerd om de kinderen van de ene ouder naar de andere te brengen. Het kind wordt bijvoorbeeld door één van de ouders naar de andere gebracht die het kind dan terugbrengt, de ene ouder brengt het kind naar school en wordt na schooltijd afgehaald door de andere, enz.

IV. Materieel bevoegde rechtbanken

De regeling m.b.t. het ouderlijk gezag en het eventueel daarbij horende recht op persoonlijk contact kan zowel gerechtelijk als conventioneel tot stand komen. Dit laatste is het geval bij echtscheiding met onderlinge toestemming waar alles voorafgaand wordt geregeld in de familierechtelijke overeenkomst.

Als de gezagsuitoefening gerechtelijk moet worden vastgelegd, is in beginsel de jeugdrechtbank bevoegd waarop dan twee uitzonderingen zijn terug te vinden.

⁴ Gent 15 november 1999, *T.J.K.* 2000, 34 noot G. Decock

A. Gehuwde ouders

1. Vóór de echtscheiding

Vóór de echtscheiding en bij echtelijke problemen beslist de vrederechter over de dringende en voorlopige maatregelen waarbij ook de uitoefening van het ouderlijk gezag en het recht op contact wordt besproken (art. 223, eerste lid, B.W.). Deze beschikking blijft van kracht totdat zij wordt gewijzigd door een uitspraak in kortgeding tijdens de echtscheidingsprocedure of door de jeugdrechter na de echtscheiding. De juridische grondslag hiervoor is artikel 302 van het B.W. Toch wordt in de praktijk aangenomen (maar soms juridisch betwist), dat het ook betrekking heeft op uitspraken van de vrederechter op grond van artikel 223 B.W.

2. Tijdens de echtscheiding

Vanaf de inleiding van de echtscheidingsprocedure is de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zetelend in kortgeding, bevoegd in verband met de voorlopige maatregelen (o.a. inzake ouderlijk gezag en persoonlijk contact).

De maatregelen i.v.m. het ouderlijk gezag (en de onderhoudsbijdrage), bevolen door de rechter in kortgeding, blijven gelden na de echtscheiding en dit op grond van artikel 302 B.W. Indien er een familierechterlijke overeenkomst is opgesteld bij een echtscheiding met onderlinge toestemming, wordt deze al dan niet gehomologeerd door de rechter. In deze overeenkomst moeten de ouders een akkoord hebben over o.a. de maatregelen m.b.t de kinderen, huisvesting, onderhoudsgelden, enz.

3. Na de echtscheiding

Na de echtscheiding is de jeugdrechtbank bevoegd voor alle betwistingen inzake ouderlijk gezag.

Art. 387bis B.W. – ‘In alle gevallen, en onverminderd de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, rechtsprekend in kort geding overeenkomstig art. 1280 Ger.W., kan de jeugdrechtbank in het belang van het kind, op verzoek van beide ouders of één van hen, dan wel van de procureur des Konings alle beschikkingen met betrekking tot het ouderlijk gezag opleggen of wijzigen.’

B. Niet-gehuwde ouders (feitelijk of wettelijk samenwonenden)

In beginsel is ook hier de jeugdrechtbank bevoegd (art. 387 B.W.).

Het contactrecht van de grootouders en alle andere personen dan de ouders (derden) wordt altijd bepaald door de jeugdrechtbank.

C. Het hoorrecht (-plicht) van de minderjarige

Het toepassingsgebied van het hoorrecht (van een minderjarige) vindt men in grote mate terug in de echtscheidingsprocedure. Om deze reden vind ik het nuttig om dit kort te bespreken.

1. Algemeen

Sinds de aangepaste echtscheidingswet van 30 juni 1994⁵, hebben minderjarige kinderen hoorrecht in een al lopende rechtszaak. Juridisch is dit hoorrecht gebaseerd op art. 931e.v. Ger.W.

2. Procedure

Eerst en vooral is het belangrijk om te weten dat het horen van een minderjarige verbonden is aan een belangrijke voorwaarde: de minderjarige moet over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikken. De rechter beoordeelt het al dan niet aanwezig zijn van het gevraagde onderscheidingsvermogen (ongeveer vanaf 7 jaar). Kinderen ouder dan 12 jaar zullen in de meeste gevallen gehoord worden, tenzij in uitzonderlijke omstandigheden.

Een minderjarige jonger dan 15 jaar mag niet onder ede worden gehoord. Zijn verklaringen gelden enkel als inlichtingen (art. 931, 1^{ste} lid Ger.W).

Het hoorrecht kan ofwel ambtshalve worden beslist door de rechter vooraleer hij een vonnis uitspreekt, ofwel kan de minderjarige er zelf om verzoeken.

Als de rechter het kind uitnodigt (per gerechtsbrief) voor een verhoor, kan dit enkel met de toestemming van het kind. Als dit weigert, kan het dus niet worden gedwongen.

Er kan geen beroep worden aangetekend tegen dit initiatief van de rechter door bv. de ouders.

In het geval de minderjarige er om verzoekt, richt hij zijn verzoek per eigenhandig geschreven brief aan de bevoegde rechter, aan de griffier of aan de procureur des Konings.

Dit verzoek kan enkel worden geweigerd bij een speciaal gemotiveerde beschikking, namelijk de afwezigheid van het vereiste onderscheidingsvermogen van de minderjarige. Tegen deze rechterlijke weigering kan geen rechtsmiddel worden aangewend.

Indien de rechter op het verzoek ingaat, wordt de minderjarig in de meeste gevallen persoonlijk gehoord door de rechter zelf of door een persoon aangewezen door de rechter (bv. een maatschappelijk assistent of kinderpsycholoog).

Het verhoor vindt plaats op een locatie die de rechter bepaalt en waarbij de ouders niet aanwezig zijn. Eventueel kan de rechter in het belang van het kind beslissen dat het wordt bijgestaan door een advocaat of een andere vertrouwenspersoon.

Er wordt een proces-verbaal van dit ‘persoonlijk’ onderhoud opgemaakt (enkel de ervaringen van het kind zonder eventuele beïnvloeding van de ouders) en gevoegd bij het dossier van de rechtspleging. De ouders mogen dit verslag in principe niet lezen.

Na het verhoor heeft de rechter normaal een beter zicht gekregen op de situatie en leefomgeving van het kind. Zodoende kan hij een juister/preciezer oordeel vellen in ‘het belang van het kind’. Maar in ieder geval zal het kind niet kunnen beslissen bij wie het verblijft.

Meestal houdt de rechter wel rekening met de wensen en noden van het kind maar enkel in die gevallen waar er geen sprake is van manipulatie door één van de ouders.

Er moet gewezen worden op het feit dat door het horen van de minderjarige deze geen partij in het geschil wordt.

De kosten van het verhoor worden gedeeld door de ouders.

De omstandigheden waarin kinderen kunnen gehoord worden, zijn opgenomen in de wet.

⁵ B.S. 21 juli 1994, in werking getreden op 1 oktober 1994

3. Hoorplicht of -recht?

3.1. Jeugdrechtbank

In geval van een geschil inzake ouderlijk gezag is de jeugdrechtbank verplicht de betrokken minderjarige vanaf 12 jaar op te roepen en te horen. De juridische grondslag hiervoor is art. 56bis van de Wet op de Jeugdbescherming. Indien het kind jonger is dan 12 spreekt men over een hoormogelijkheid. Het is de jeugdrechter die beslist of het al dan niet horen van de minderjarige is aangewezen.

3.2. Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg

Indien hier een geschil omtrent het ouderlijk gezag en/of recht op persoonlijk contact wordt behandeld, bestaat er enkel het gemeenrechtelijk hoorrecht, geen hoorplicht.⁶ Hoe dit juist in zijn werk gaat, wordt onder punt 2 (procedure) besproken.

3.3. Vredegerecht

In dit geval geldt hetzelfde als bij een geschil voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg met het enige verschil dat het niet uitdrukkelijk in de wet is bepaald.

⁶ Art. 1280, 2^{de} lid en art. 931 3-7^{de} lid Ger.W.

HOOFDTUK II : DE MOGELIJKHEDEN TOT HANDHAVING

Het is geen uitzondering dat gerechtelijke uitspraken in verband met het ouderlijk gezag en het recht op persoonlijk contact niet worden nageleefd. Het zijn delicate kwesties die niet eenvoudig af te dwingen zijn vermits het om kinderen gaat wiens belangen zeker niet mogen worden geschaad.

In dit hoofdstuk bespreek ik de verschillende handhavingmogelijkheden die een titularis van het contactrecht zoal kan aanwenden wanneer er wordt geweigerd de kinderen af te geven.

Hierbij hanteer ik het begrip ‘contactrecht’ als algemene term voor zowel het recht op persoonlijk contact (ingeval van een exclusieve gezagsuitoefening) als voor het recht op omgang met het kind in navolging van de verblijfsregeling bij gezamenlijke uitoefening van het gezag.

Hoe kan men dit contactrecht afdwingen?

A. De gedwongen tenuitvoerlegging

1. Begripsverduidelijking

Als eerste mogelijkheid behandel ik de rechtstreeks gedwongen uitvoering of reële executie. Het ‘rechtstreekse’ volgt uit het feit dat de schuldenaar daadwerkelijk wordt gedwongen de vooropgestelde prestatie(s) te verrichten.

Directe executie vindt altijd plaats na vonnissen die iemand niet veroordelen tot het betalen van een geldsom. Ze kunnen onmiddellijk na de betekening van het vonnis of homologatie van de familierechterlijke overeenkomst (echtscheiding met onderlinge toestemming) worden uitgevoerd.

Bij onrechtstreeks gedwongen uitvoeringsmogelijkheden zoals bevel, beslag of verkoop vinden we verschillende fases terug die hier niet worden toegepast.

2. Tussenkoms van de gerechtsdeurwaarder

Als één van de ouders weigert het kind af te staan aan de titularis van het contactrecht overeenkomstig de vastgelegde rechterlijke modaliteiten, kan de titularis vragen om over te gaan tot de gedwongen uitvoering van de rechterlijke uitspraak. Vermits hij niet zelf tot de uitvoering mag overgaan, zal hij beroep doen op de overheid meer bepaald op een gerechtsdeurwaarder. De gerechtsdeurwaarder kan zo nodig worden bijgestaan door de openbare macht (politie).

De gerechtsdeurwaarders zelf pleiten voor een meer sociaal-psychologisch verantwoorde aanpak bij de uitvoering van de vonnissen in verband met het contactrecht. Zij zijn van mening dat wanneer ze worden bijgestaan door de openbare macht dit alleen maar traumatiserend en stigmatiserend werkt t.a.v de kinderen. Ze verkiezen eerder de bijstand van een sociaal assistent.

Vooraleer de contactgerechtigde ouder een gerechtsdeurwaarder kan inschakelen, moet hij beschikken over de uitgifte van een uitvoerbare titel voorzien van een formulier van tenuitvoerlegging.

Deze uitgifte van een uitvoerbare titel is een afschrift van een rechterlijke beslissing of authentieke akte die een titel bevat waarin het vorderingsrecht of uitdrukkelijke machtiging tot reële executie wordt erkend.

De daadwerkelijke tenuitvoerlegging kan dan ook enkel betrekking hebben op het beschreven vorderingsrecht in de uitvoerbare titel.

Er kan niet worden overgegaan tot tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissing indien deze nog vatbaar is voor verzet of hoger beroep tenzij de rechterlijke beslissing voorlopig uitvoerbaar werd verklaard.

De gerechtsdeurwaarder moet in eerste instantie het vonnis aan de onwillige ouder betekenen. Samen met de betekening wordt aan de weigerende partij ook het bevel gegeven tot nakoming van zijn verplichtingen (zie bijlage 1 'Betekening'). Het vonnis geeft een termijn aan binnen dewelke de verplichting, namelijk het afgeven van de kinderen, moet worden nagekomen. Indien dit niet gebeurt, kan de deurwaarder overgaan tot uitvoering van het vorderingsrecht bepaald in het vonnis. Hij zal een P.V. van vaststelling of uitvoering opmaken (zie bijlage 2 'P.V. van vaststelling').

De deurwaarder mag niet uitvoeren tussen 21u en 6u of op zaterdag, zon- en feestdagen. In het geval er geen gevolg wordt gegeven aan een betekening - bevel tot naleving van het contactrecht, kan de deurwaarder zo nodig overgaan tot het leggen van uitvoerend beslag om de kosten van de vruchteloze betekening en eventueel van het proces-verbaal van vaststelling terug te vorderen.⁷

Als er betwistingen ontstaan inzake tenuitvoerlegging is de rechtbank van eerste aanleg bevoegd.

In principe is de gedwongen tenuitvoerlegging toegestaan maar de rechter kan dit ten alle tijde verbieden.

Zoals eerder vermeld moeten de regelingen betreffende het ouderlijk gezag en het recht op persoonlijk contact worden bepaald en uitgeoefend in 'het belang van het kind'. De rechter is bevoegd om de gedwongen uitvoering uit te sluiten wegens psychologische redenen of de leeftijd van het kind.

Zo bepaalt een belangrijk Cassatiearrest dat als een kind met een zeker onderscheidingsvermogen, zelf het contact of de omgang met de contactgerechtigde weigert, de rechter een vonnis kan uitspreken waarin hij het gebruik van uitvoerings- en/of dwangmaatregelen tegen het kind verbiedt.⁸

3. *Het aspect 'manu militari'*

De gedwongen uitvoering werd tot enkele jaren geleden aanzien als de enige 'echte' uitvoering van het contactrecht. De gerechtsdeurwaarder was toen nog bevoegd om de kinderen zo nodig manu militari (met dwang) mee te nemen.

Sinds de Vaste Raad van de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders⁹ de richtlijn in verband met het 'manu militari' weghalen van kinderen goedkeurde, treedt een belangrijke verandering op de voorgrond.

De eerste alinea van deze richtlijn bepaalt:

⁷ Gent 12 december 1995, R.W. 1996-97, 159

⁸ Cass. 11 maart 1994, R.W. 1994-95, 671

⁹ Uitgevaardigd op 21 maart 1996 en op 2 april 1996 aan alle deurwaarders meegedeeld

“In geval van weigering, is het de gerechtsdeurwaarders niet toegelaten de beslissing manu militari uit te voeren. Hij beperkt zich tot het opmaken van een vaststelling en beëindigt zijn werkzaamheden ...”

Tegenwoordig is het dus minder eenvoudig om via een deurwaarder het contactrecht af te dwingen. Na de betekening van het vonnis en het bevel tot nakomen van de verplichting doet hij enkel nog een vaststelling van de overtreding van het niet-afgeven van de kinderen en brengt dit ter kennis van het parket indien er sprake is van een inbreuk op de strafwet (art. 29 Sv.). Het parket heeft dan de opdracht ofwel de openbare orde te herstellen ofwel te oordelen dat ‘het belang van het kind’ primeert op de begane overtreding waarna er geen verdere stappen worden ondernomen.

Het gevolg van de concrete toepassing van deze richtlijn zou zijn dat een rechterlijke uitspraak niet meer ten uitvoer kan worden gelegd wat in principe niet aanvaardbaar is.

4. Concreet voorbeeld

Enkele jaren geleden heeft een vader de Nationale Kamer van de Gerechtsdeurwaarders en de Belgische Staat (in de persoon van de minister van Justitie) gedagvaard. De vader had beroep gedaan op een deurwaarder omdat zijn recht op persoonlijk contact niet werd gerespecteerd door de moeder. Deze deurwaarder zou volgens het dagvaardingsexploot van de vader, hebben gezegd dat hij de titel waarover de vader beschikte niet kon uitvoeren omwille van de nieuwe richtlijn betreffende het ‘manu militari’ uitvoeren.

De vader eiste de intrekking (of minstens de schorsing) van die bepaalde richtlijn van de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders.

Deze procedure werd gevoerd voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zetelend in kortgeding, te Brugge (25 oktober 2000) maar liep niet goed af want deze verklaarde zich onbevoegd. Uiteraard veroorzaakte deze zaak veel ophef. Weer werd er trouwens geen concreet antwoord verstrekt op de vraag of de daartoe aangezochte gerechtsdeurwaarder, die vaststelt dat de regeling i.v.m. het contactrecht niet wordt gerespecteerd, fysieke dwang mag gebruiken (‘het kind grijpen’) om de naleving van de regeling af te dwingen.

Het is niet duidelijk voor de gerechtsdeurwaarders wat ze nu wel of niet mogen doen en in welke mate ze het begrip ‘dwang’ moeten interpreteren. Deze moeilijkheid ontstaat omdat de gedwongen uitvoering niet wettelijk is gereguleerd. Wel vermeldt de wet dat de deurwaarder bevoegd is om een vonnis uit te voeren en verplicht is daartoe zijn ambt te verlenen maar hoe ze daarbij juist te werk moeten gaan is een groot vraagteken.

Enkele procureurs-generaal hebben in de vorm van omzendbrieven aangemaand om vooral voorzichtig te werk te gaan. Bij de uitvoering van rechterlijke beslissingen betreffende het contactrecht moet elke vorm van geweld die onverenigbaar is met de belangen van het kind, worden vermeden. Het kan een trauma veroorzaken bij het jonge kind.

In zijn arrest van 7 maart 1975 erkende het Hof van Cassatie een algemeen rechtsbeginsel, omschreven als “het verbod van dwanguitvoering tegen de persoon en van het binnendringen in het gebied van de persoonlijkheid.”

Dit rechtsbeginsel vertoont verschillende aspecten zoals o.a. de bewegingsvrijheid, het verbod van fysieke dwang op de persoon van de schuldenaar en het recht op eerbiediging van de lichamelijke integriteit en de menselijke waardigheid. De fysieke integriteit wordt beschermd door art. 8 van het E.V.R.M. en een aantasting ervan wordt enkel toegelaten indien:

- dit door de wet is voorzien;
- dit nodig is in het belang van de samenleving (bv. veiligheid van het land, bescherming van de openbare orde, enz.).

‘Dit wil niet zeggen dat indien de wet zou voorzien in de gedwongen uitvoering, manu militari, deze dan ook ten alle tijden mag worden toegepast. Het ligt niet automatisch vervat in de rechterlijke beslissing tot contactrecht maar de rechter moet het uitdrukkelijk bevelen.’¹⁰

B. De dwangsom

1. Algemene definitie

In tegenstelling tot de vorige besproken mogelijkheid tot handhaving, is de dwangsom een indirect of onrechtstreeks uitvoeringsmiddel, meer bepaald een bijkomende veroordeling tot het betalen van een geldsom (~ burgerlijke boete) door de schuldenaar opdat deze zijn hoofdveroordeling zou nakomen. Dit drukkingsmiddel wordt opgelegd ofwel per dag vertraging dat een ouder zich niet aan de contactregeling houdt ofwel per overtreding van de veroordeling.

De dwangsom is geen schadevergoeding of strafrechterlijke sanctie maar een drukkingsmiddel van burgerlijke aard met concreet effect indien het bedrag voldoende hoog is.

Het verbeuren¹¹ van een dwangsom gebeurt op één voorwaarde namelijk wanneer de veroordeelde zijn hoofdveroordeling niet behoorlijk uitvoert.

2. Dwangsom in het familierecht

In het familierecht in ruime zin, is het opleggen van een dwangsom enkel wenselijk in het kader van de uitvoering van het ouderlijk gezag en het recht op persoonlijk contact.

Meer bepaald in situaties waarbij de hoofdveroordeling de veroordeelde partij aanspoort zijn verplichtingen inzake het ouderlijk gezag of het recht op persoonlijk contact na te komen, kan de rechter een dwangsom opleggen op uitdrukkelijk verzoek van (één van) beide ouders.¹² Hij zal dit algemeen rechtsmiddel toestaan zodat de naleving van de door de rechtbank opgelegde modaliteiten beter worden gerespecteerd en kunnen worden verzekerd. Eerst en vooral gaat hij na of deze maatregel noodzakelijk is. Als op het moment van de beoordeling niet voldoende bewijs wordt geleverd betreffende het risico van niet-afgifte van het kind, wijst de rechter meestal de gevorderde dwangsom af. In het geval de toepassing van de dwangsom toch wordt toegelaten, kan deze worden opgelegd zowel aan de ouder met het ouderlijk gezag als aan de titularis van het recht op persoonlijk contact. Het is de taak van de rechter om de modaliteiten van de dwangsom te bepalen: gedurende welke periode loopt de dwangsom, het bedrag, enz. De rechter kan de dwangsom niet ambtshalve opleggen maar wel ambtshalve verhogen. Ook hier kan de gerechtsdeurwaarder optreden, namelijk als de verschuldigde dwangsom niet wordt betaald. Nadat hij een vaststelling van niet-afgifte van de kinderen heeft gedaan, kan de gerechtsdeurwaarder de dwangsom opeisen en zo nodig beslag leggen.

Vóór de invoering van de dwangsom was de gedwongen uitvoering van het contactrecht bij niet- naleving ervan, de meest voor de hand liggende oplossing.

Tegenwoordig is de dwangsom een algemeen aanvaard en doeltreffend middel. De toepassing van dit middel bevindt zich meer in het kader van ‘het belang van het kind’. Het opleggen van een dwangsom aan één van de ouders is minder ingrijpend voor het kind dan het worden weggehaald door een deurwaarder (en de openbare macht).

¹⁰ P. Taelman, “Reële executie”, in E. Dirix en P. Taelman (eds), *Beslag- en executierecht. Naar een collectief beslagrecht*, Antwerpen, Intersentia rechtswetenschappen, 2001, 258-266

¹¹ De rechter oordeelt dat de schuldige de dwangsom daadwerkelijk moet betalen

¹² Benelux Gerechtshof 11 mei 1982, *R.W.* 1982-83, 289

3. Enkele discussiepunten

“Moet de dwangsom in dezelfde beslissing als de veroordeling tot de hoofdvordering worden bepaald en/of kan een andere rechter dan deze die de hoofdveroordeling heeft uitgesproken, bevoegd zijn om later nog een dwangsom op te leggen?”

Omtrent deze vraag vinden we in de rechtspraak verschillende standpunten terug. Eén rechtbank¹³ oordeelt dat de verbeurte van een dwangsom een bijkomende veroordeling is en dat hij moet worden gevorderd voor de bevoegde rechter inzake de hoofdveroordeling. Een andere rechtbank¹⁴ stelt dat het geen enkel probleem oplevert om een dwangsom na de hoofdveroordeling uit te spreken en dit zelfs in een afzonderlijke procedure door een andere rechter. De argumentatie hiervoor is dat noch uit art. 1385bis Ger.W. noch uit enig andere wettelijke bepaling kan worden afgeleid dat de dwangsom samen met de hoofdveroordeling moet worden geregeld. In principe kan er daarenboven toch niet onmiddellijk worden vanuit gegaan dat het toegekende contactrecht niet zal worden nageleefd (met uitzondering van het bestaan van een grondige aanleiding tot niet- naleving ervan, bv. als de ouder in het verleden zich al tegen elk contact heeft verzet). De rechtspraak bepaalt ook dat een dwangsom voor het eerst kan worden gevorderd in hoger beroep of op verzet.

In de praktijk brengt de dwangsom de ouders niet altijd tot redelijk inzicht. Sommige betalen het bedrag zonder problemen maar blijven de omgang boycotten, anderen zijn niet vermogend of laten zich onvermogend verklaren.

Alhoewel de rechtspraak er van uit gaat dat de verplichtingen van het ouderlijk gezag (art. 203 van B.W.) niet kunnen worden uitgeoefend zonder contact met de kinderen, kan een ouder niet onder verbeurte van een dwangsom, verplicht worden om zijn kinderen op te vangen. Het gaat hier over een recht op contact en geen juridisch afdwingbare verplichting. Het kan wel als een ‘morele’ plicht worden beschouwd.

Eerder heb ik vermeld dat de dwangsom een indirect uitvoeringsmiddel is. Er is hier geen sprake van directe dwang zoals bij de besproken gedwongen tenuitvoerlegging. Met betrekking tot de dwangsom wordt er in principe een keuze vooropgesteld, nl. ofwel de verplichting nakomen ofwel betalen. In het opzicht van het contactrecht is dit een delicate zaak. Iemand kan niet worden gedwongen zijn kind op te voeden vermits dit een bijzondere affectieve gezindheid veronderstelt. Het zou tegen het belang van het kind zijn als dit ergens moet verblijven waar het niet is gewenst m.a.w. als de ouder het kind bij zich laat verblijven enkel en alleen omdat hij de betaling van de dwangsom wil vermijden. De toepassing van de dwangsom is mogelijk maar ook hier is voorzichtigheid of behoedzaamheid aangewezen.

De best mogelijke middelen om een verkrijging in natura te bekomen, zijn de dwangsom en de gedwongen uitvoering.

‘Naast deze mogelijkheden kunnen er nog enkele andere dwangmaatregelen worden toegepast vb. het tegenonderzoek door een door de ouder vrij gekozen geneesheer indien de andere ouder een medisch attest voorlegt dat het omgangsrecht belet.’¹⁵ Hier ga ik echter niet verder op in.

¹³ Hof van Beroep te Luik

¹⁴ Hof van Beroep te Antwerpen

¹⁵ A. DE WOLF, “Ontwikkelingen inzake het ouderlijk gezag en het recht op contact” in Prof. Dr. P. SENAEVE (ed.), *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2000-01, 105

C. Strafsancties

Een derde mogelijkheid tot handhaving van het contactrecht zijn de strafsancties. De niet-afgifte van een kind aan de contactgerechtigde titularis is een misdrijf. Deze contactgerechtigde kan een strafrechterlijke procedure instellen tegen de weigerende titularis.

1. Algemeen

Niet alleen degene die door positieve handelingen (bv. het daadwerkelijk niet-afgeven van het kind) de rechterlijke beslissing betreffende het contactrecht verhindert, is strafbaar maar ook degene die zijn gezag niet laat gelden ten opzichte van het kind dat zelf het contactrecht niet respecteert, tenzij uitzonderlijke omstandigheden (o.a. verkrachting, mishandeling, vergaande verwaarlozing, enz.). In het geval dat een ouder zijn gezag niet laat gelden, wil ik erop wijzen dat dit meestal enkel strafbaar is als dit gebeurt t.a.v een jonger kind. T.a.v een ouder kind met een zeker onderscheidingsvermogen, is het minder eenvoudig om als ouder zijn gezag te laten gelden als het zich verzet. Ze ontwikkelen een eigen mening of gedacht en willen dat deze wordt gerespecteerd (cfr. Infra, p. 29, 5.2.3).

2. Wettelijke basis

Het misdrijf ‘het onttrekken of niet-afgeven van een minderjarige’ wordt bestraft op basis van art. 431 en art. 432 van het Strafwetboek (voorheen art. 369bis Sw.).

Deze artikelen werden in gevoerd door de wet van 28 november 2000 betreffende de strafrechterlijke bescherming van de minderjarige, dewelke art. 368 - 371 Sw. (“Ontvoering van minderjarigen”) heeft opgeheven.

2.1. Verduidelijking van art. 431 Sw.

Hierin worden de straffen beschreven die worden toegepast als degene (eender welke titularis) die het bewaringsrecht heeft over een kind onder de 12 jaar, dit niet afgeeft aan diegene die het recht heeft op omgang in de afgesproken periodes, en omgekeerd. Het gaat om een gevangenisstraf van 8 dagen tot 1 jaar en/of een geldboete van €130 tot €5000.

De straffen worden verhoogd (gevangenisstraf tot 5 jaar en geldboete vanaf €250) als de schuldige het minderjarige kind méér dan 5 dagen verborgen houdt of onrechtmatig vasthoudt in het buitenland (ontvoering).

2.2. Verduidelijking van art. 432 Sw.

De straffen die hier worden vermeld (gevangenisstraf van 8 dagen tot 1 jaar en/of geldboete van €130 tot 5000) zijn van toepassing wanneer de vader of moeder het minderjarige kind onttrekt aan de rechtsvervolging, ingesteld tegen dit kind door o.a de Wet op de Jeugdbescherming, of wanneer één van de ouders het minderjarige kind onttrekt aan het materiële bewaringsrecht van de andere, aan wie de bevoegde overheid het heeft toegewezen, of als men het kind niet afgeeft aan de ouder die het recht heeft om het kind op te eisen, of als men het kind ontvoert ook al is het kind hiermee akkoord.

Is hier sprake van een verzwarende omstandigheid, bv. als de schuldige geheel of gedeeltelijk is ontzet uit het ouderlijk gezag, dan kan de gevangenisstraf tot 3 jaar worden verhoogd.

Als één van de ouders het minderjarige kind méér dan 5 dagen verborgen houdt of het onrechtmatig vasthoudt in het buitenland, worden de straffen verhoogd (gevangenisstraf tot 5 jaar en/of geldboete van min. €250 - 5000)

Indien de schuldige (vader of moeder) geheel of gedeeltelijk uit de ouderlijke macht is ontzet, begint de gevangenisstraf vanaf minstens 3 jaar.

3. Instellen van een strafvordering

De strafvordering kan op verschillende wijzen in werking worden gesteld:

- het indienen van een klacht bij de openbare macht (politie of parket);
- het indienen van een klacht met burgerlijke partijstelling bij de onderzoeksrechter;
- het rechtstreeks dagvaarden voor de correctionele rechtbank.

Als een klacht moet worden ingediend over het niet- afgeven van de kinderen, moet naar de politie worden gestapt om een aangifte te doen. De politie zal dan een verklaring afnemen en naar een kopie van het uitvoerbaar vonnis vragen waarin alle modaliteiten van de verblijfsregeling en het persoonlijk contact zijn vermeld. Eventueel kan de politie ook ter plaatse gaan vaststellen dat er wordt geweigerd de kinderen af te geven. In eerste instantie wijst de politie de weigerende persoon erop dat hij een strafbare handeling stelt en dat hij/zij het best de kinderen kan meegeven. Blijft de persoon dit weigeren, dan zal de politie het proces-verbaal met inluitend de verklaring van beide partijen, het afschrift van het vonnis en eventueel het proces-verbaal van vaststelling overmaken aan het parket. De politie heeft geen seponeringsbevoegdheid.

Het parket beslist of het dossier wordt behandeld of geseponeerd en kan ook een bijkomend onderzoek vragen of strafbemiddeling inroepen waarbij wordt geprobeerd een minnelijke schikking te treffen tussen de partijen. De uiteindelijk gemaakte keuze houdt verband met de ernst van de situatie.

In de grote meerderheid van de gevallen wordt de klacht geseponeerd. Het is daarom aan te raden herhaaldelijk een klacht neer te leggen en genoeg bewijsmateriaal, objectieve getuigen en aanwijzingen, af te leveren. Het O.M. kan wel terugkomen op zijn beslissing tot seponeren, maar de verzoekende partij heeft geen rechtsmiddelen ter beschikking om zich ertegen te verzetten.

Bij vervolging wordt de zaak aanhangig gemaakt bij de correctionele rechtbank. Het O.M. treedt op in naam van de benadeelde (in het belang van het kind) en wordt vertegenwoordigd door de procureur.

Als de zaak niet wordt geseponeerd, kan het nog een hele tijd duren voordat ze voor de strafrechter verschijnt. Deze mogelijkheid kan dus het best worden aangewend als de zaak niet dringend is (weinig voorkomend) en er genoeg geduld kan worden opgebracht.

Als de klacht systematisch wordt geseponeerd, wordt het best een advocaat onder de arm genomen om een rechtstreekse dagvaarding voor de correctionele rechtbank uit te brengen.

Ik wil er graag op wijzen dat de politie nooit kinderen weghaalt tenzij er sprake is van kindermishandeling. In zo een situatie moet zij beschikken over een vonnis van de jeugdrechtbank vooraleer zij mag overgaan tot afhalen van de kinderen.

In het geval van burgerlijke partijstelling bij een onderzoeksrechter, voert deze een onderzoek. Als het onderzoek iets heeft opgeleverd en werd beëindigd, verschijnt de zaak voor de Raadkamer die dan weer beslist om de zaak te verwijzen naar de correctionele rechtbank of buiten vervolging te stellen.

Een onderzoeksrechter bepaalt ambtshalve de modaliteiten van het onderzoek.

In 2003 werden er ongeveer 50.000 klachten, i.v.m. het niet-naleven van het contactrecht neergelegd, waarvan de grote meerderheid werd geseponeerd.

Slechts een fractie van deze klachten leidt tot een veroordeling van de contactweigerende ouder tot het betalen van een dwangsom of een gevangenisstraf.

Het is een feit dat een aantal parketten op regelmatige basis een seponeringsbeleid toepassen. Ten eerste is het misdrijf van niet-afgeven van de kinderen geen prioritair misdrijf. Ten tweede is de achtergrond voor dit beleid ook nog ergens anders te situeren. Meestal stelt het parket vast, als (één van) de ouders klacht indienen, dat het om echtscheidingsproblemen gaat. In dat geval is het beter dat (één van) de ouders naar de burgerlijke rechter stapt want de strafrechter kan het probleem inhoudelijk niet aanpakken. Hij kan enkel straffen en hiermee bereikt niemand iets. Eerst en vooral raakt het de kinderen. En de ouder die ervoor heeft gezorgd dat de andere ouder een gevangenisstraf moet uitzitten, wordt meestal niet vriendelijk onthaald door de kinderen.

4. Concreet voorbeeld

De gerechtsdeurwaarder bij wie ik mijn stage doormaakte, gaf me een voorbeeldje van een werkelijk meegemaakte situatie waaruit de effectiviteit van de strafvordering wel degelijk bleek:

Een echtpaar was gewikkeld in een ‘vecht’scheiding, waarbij de moeder vastbesloten weigerde de kinderen mee te geven aan de vader die daardoor zijn contactrecht niet kon uitoefenen. De gerechtsdeurwaarder was een vijftiental keren ter plaatse geweest en ondervond er de grootste moeilijkheden om de kinderen mee te krijgen. Hysterische toestanden zowel van de kinderen als van de moeder, er werden schijnwerpers en een videocamera op hem gericht zodat ze konden filmen hoe de gerechtsdeurwaarder te werk ging, ... Dit tafereel herhaalde zich telkens weer totdat de moeder voorwaardelijk werd veroordeeld tot een gevangenisstraf. Vanaf toen was er plotseling geen enkel probleem meer. De kinderen gingen, zoals het was afgesproken, om de veertien dagen met hun vader mee ...

5. Bevrijdingsgronden

Er kunnen verschillende gronden worden ingeroepen om de ouder (of andere titularis) van zijn strafrechterlijke aansprakelijkheid te bevrijden.

Vooreerst bespreek ik de rechtvaardigingsgrond ‘noodtoestand’, daarna enkele schulditsluitingsgronden (overmacht en onoverwinnelijke dwaling).

5.1. Rechtvaardigingsgrond ‘noodtoestand’

De noodtoestand (of onweerstaanbare drang) als rechtvaardigingsgrond, speelt als er een ernstig en voortdurend gevaar optreedt betreffende de fysieke of psychische toestand/integriteit (gezondheid) van het kind door de uitoefening of naleving van de rechterlijke beslissing inzake het contactrecht.

Degene die deze grond opwerpt zal moeten aantonen dat het daadwerkelijk uitvoeren van de beslissing zal leiden tot het voormeld gevaar en men zal moeten bewijzen dat de reden waarom de beslissing niet werd gevolgd, voldoet aan de subsidiariteit- en proportionaliteitsvereiste. ‘De subsidiariteitsvereiste impliceert dat de niet-naleving van de beslissing m.b.t. de bewaring van de minderjarige de enige manier was om diens gezondheid te beschermen.

Het proportionaliteitsbeginsel vereist daarenboven dat het gevrijwaarde belang – i.e. de bescherming van de gezondheid van de minderjarige – een grotere waarde heeft dan het geschonden belang, nl. de naleving van de beslissing.¹⁶

Deze rechtvaardigingsgrond wordt niet veel aanvaard door de rechter omdat het bewijs leveren van het bestaan van dit ernstig gevaar niet makkelijk is.

Het is vanzelfsprekend dat een ouder die zich voor de strafrechter moet verantwoorden zich niet kan beroepen op beschuldigingen (bv. van seksueel misbruik) als bevrijdingsgrond, waarmee de burgerlijke rechter in zijn vonnis al rekening heeft gehouden.

Een mogelijke oplossing indien de fysieke integriteit van het kind dreigt te worden geschaad, is de uitoefening van het recht op persoonlijk contact in een neutrale ontmoetingsruimte met gespecialiseerd toezicht.

5.2. Schulduitsluitingsgronden

5.2.1. Overmacht

Een eerste schulduitsluitingsgrond, overmacht, kan worden ingeroepen als de vrije wil van de ouder door bepaalde omstandigheden volledig werd uitgeschakeld.

Er bestaan twee soorten overmacht:

- materiële of fysieke overmacht (bv. een ziekte);
- morele of psychologische overmacht (bv. de noodzaak tot bescherming van de integriteit van de minderjarige).

5.2.2. Onoverwinnelijke dwaling

De onoverwinnelijke dwaling is een tweede schulduitsluitingsgrond. Deze is van toepassing wanneer elke redelijke en voorzichtige persoon in die bepaalde omstandigheden op dezelfde manier zou hebben gereageerd of gehandeld.

5.2.3. Bijzondere omstandigheden

De recente rechtspraak is geneigd om nog een derde nieuwe schulduitsluitingsgrond te hanteren, nl. ‘bijzondere omstandigheden’ (inzake verzet van het kind).

Deze bijzondere omstandigheden zijn de inspanningen van de niet-contactgerechtigde ouder om de weigerende minderjarige er toch toe aan te zetten de contactregeling na te leven. Het maakt deel uit van de opvoedingsplicht van de ouders. Wordt deze niet vervuld, dan wordt het belang van het kind geschaad tenzij er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden zoals o.a. verkrachting, verwaarlozing, ...

Een voorbeeldje uit de rechtspraak: de volgehouden weigering van de minderjarige om de beslissing m.b.t. diens bewaring na te leven kan een bijzondere omstandigheid uitmaken op voorwaarde dat de beklagde de weigering van de minderjarige niet alleen niet heeft aangemoedigd, maar – rekening houdend met de leeftijd van het kind – ook geprobeerd heeft deze ertoe aan te zetten om de beslissing wel na te leven.¹⁷

¹⁶ G., BAETEMAN, J., GERLO, E., GULDIX, A., WYLLEMAN, G., VERSCHELDEN en S., BROUWERS, “Personen- en familierecht 1995-2000”, *T.P.R.* 2001, (1551) 1972

¹⁷ Corr. Brussel 15 april 1996, *Rev. dr. pén.* 1997, 231 in G., BAETEMAN, J., GERLO, E., GULDIX, A., WYLLEMAN, G., VERSCHELDEN en S., BROUWERS, “Personen- en familierecht 1995-2000”, *T.P.R.* 2001, (1551) 1974

D. De schadevergoeding

De strafrechter kan op verzoek van de in gebreke blijvende ouder een schadevergoeding toekennen ten voordele van de benadeelde. Deze schadevergoeding heeft meestal een louter moreel karakter en heeft vaak de symbolische waarde van €1. In slechts enkele gevallen zal een hoger bedrag worden bevolen.

Situaties waarin een schadevergoeding kan worden toegekend zijn bv.:

- de uitvoering van de vordering tot contactrecht is onmogelijk is. Dan zal er een vervangende morele schadevergoeding worden opgelegd (uitvoering bij equivalent). De schadevergoeding moet worden betaald door diegene die de modaliteiten van het contactrecht niet eerbiedigt;
- m.b.t. een beslissing inzake het contactrecht wordt hoger beroep ingesteld en dit enkel met het doel de zaak te boycotten (omdat er bv. een emotionele afkeer bestaat t.a.v. de ex-partner). Dan zal die persoon worden veroordeeld tot het betalen van een morele schadevergoeding wegens tergend en roekeloos hoger beroep. Dit laatste moet worden bewezen a.d.h.v. objectieve gegevens en criteria.

E. Jeugdbeschermingsmaatregelen

1. Algemeen

In uitzonderlijke ernstige situaties kan de rechter oordelen om een jeugdbeschermingsmaatregel op te leggen t.o.v. de ouders. Het gaat dan over gevallen waarbij één ouder zich hardnekkig verzet tegen contact van het kind met de andere ouder of deze van allerlei zaken beschuldigt of alles in het werk stelt om het contactrecht te boycotten. Hierbij wordt vaak de persoon vergeten die hier het meeste onder lijdt, namelijk hun kind zelf. Het is een onevenwichtige en schadelijke situatie die de psychische gezondheid van het kind kan aantasten.

De rechtspraak oordeelt dat in de meest erge situaties betreffende het boycotten van het contactrecht, het mogelijk moet zijn om die ouder uit het ouderlijk gezag te ontzetten wegens misbruik van gezag (art. 32, 2° Jeugdbeschermingswet).

2. Ontzetting uit het ouderlijk gezag

2.1. Begripsomschrijving

Deze regeling ter bescherming van de kinderen t.a.v hun ouders situeert zich in het kader van de jeugdbeschermingsmaatregelen.

‘Onder de volledige ontzetting uit het ouderlijk gezag wordt verstaan: de ontneming aan de ouders van de ouderlijke rechten (en plichten) i.v.m. het onderhoud en de opvoeding van de kinderen (ouderlijk gezag), van hun recht om in bepaalde handelingen toe te stemmen (huwelijk en adoptie), van hun eigen recht op het genot van de goederen van hun kinderen en van de rechten die ze hebben n.a.v. de handelingsonbekwaamheid van die kinderen. Verder

zijn de ouders dan ook vervallen van het recht op onderhoud en erfrecht dat ze t.a.v hun kinderen hebben op grond van de verwantschap.¹⁸

De ontzetting uit het ouderlijk gezag kan ook nog worden uitgesproken bij meerderjarigheid van de kinderen.

2.2. Toepassing

De feiten die aanleiding geven tot het uitvoeren van de ontzetting moeten ernstig zijn en vaststaan op het moment van de rechterlijke uitspraak.

Deze feiten kunnen zijn:

- een strafrechterlijke veroordeling van een ouder;
- indien een ouder huwt met iemand die uit het ouderlijk gezag is ontzet;
- slechte behandeling, misbruik (van gezag), erge nalatigheid waardoor de belangen van het kind ernstig worden geschaad.

Indien het gedrag van de bijna uit het ouderlijk gezag ontzette ouder een verbetering vertoont zodat het geen gevaar meer vormt voor de kinderen, kan de ontzetting niet meer worden uitgesproken. De ernstig gebeurde feiten in het verleden vormen geen grond meer tot ontzetting in het heden. De rechter zal de zaak uitstellen en onderzoeken in welke mate er sprake is van een verbetering van het gedrag.

2.3. Kenmerken

Het uitspreken van de ontzetting in o.a. bovenvermelde gevallen is facultatief. Met andere woorden, de jeugdrechter is niet verplicht de ontzetting uit te spreken. De rechter bepaalt zelf waar en wanneer dit noodzakelijk is.

De ontzetting kan geheel of gedeeltelijk worden uitgesproken. Bij een gedeeltelijke ontzetting wordt de ouder ontzet uit één of meerdere ouderlijke rechtsbekwaamheden die de jeugdrechter in het vonnis bepaalt.

Ook is de ontzetting algemeen of bijzonder. Dit heeft te maken met het feit of ze van toepassing is op alle kinderen of op bepaalde kinderen van het gezin.

2.4. Gevolgen

Meestal zal de niet-ontzette ouder worden aangeduid om de ontzette ouder te vervangen, tenzij dit strijdig is met het belang van het kind. In dat geval duidt de jeugdrechtbank een persoon aan die de rechten van het ouderlijk gezag zal uitoefenen. Indien de minderjarige door een jeugdrechter wordt toevertrouwd aan een sociale dienst, zal deze iemand aanwijzen. De vervanger van de ontzette persoon noemt men de 'provoogd'.

De normale ontzetting is in essentie een tijdelijke maatregel. Deze regeling kan worden ingetrokken of gewijzigd. De rechter kan de wijziging of intrekking ambtshalve bevelen, ook het openbaar ministerie kan dit vorderen en zelfs de ouders kunnen hierom verzoeken. In dit laatste opzicht geldt het verzoek tot wijziging of intrekking pas na één jaar vanaf de dag dat de ontzetting werd bevolen en in kracht van gewijsde is getreden.

¹⁸ A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed. Theorieën over personen-en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 227-229

Toch bestaat er ook een bijzondere vorm van ontzetting, nl. de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen. De ouders verliezen hun ouderlijk gezag buiten hun wil om en los van enige jeugdbeschermingsmaatregel. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een ouder in de onmogelijkheid verkeert om zijn gezag uit te oefenen omdat hij onbekwaam is verklaard of omdat er een vermoeden bestaat van afwezigheid van die ouder.

De vaststelling van de onmogelijkheid kan gebeuren door de rechter a.d.h.v. een bepaalde procedure (art. 1236bis Ger.W.). Deze procedure wordt ofwel ambtshalve ingesteld door de procureur des Konings ofwel op verzoek van een belanghebbende. Het advies van verschillende personen (vader, moeder, broers/zussen, de minderjarige zelf indien 12 jaar) wordt ingewonnen. Degene met een negatief advies wordt opgeroepen voor de rechtbank van eerste aanleg.

F. Wijziging van de bestaande situatie

Het kan zijn dat men al tot verschillende, van de hiervóór besproken, mogelijkheden tot afdwingen van het contactrecht is overgegaan maar deze geen oplossing hebben geboden. Of misschien zijn er nieuwe en onvoorziene omstandigheden ontstaan waardoor een wijziging zich opdringt.

In deze gevallen is er de mogelijkheid tot wijziging van de bestaande regeling inzake ouderlijk gezag.

1. Algemeen

De ouders kunnen steeds, zowel tijdens als na de echtscheiding, de wijzigingen onderling overeenkomen. Vermits de wijziging betrekking heeft op een overeenkomst inzake het ouderlijk gezag moet de wijziging in gemeen akkoord worden bekrachtigd door de jeugdrechtbank.

Indien één ouder de bestaande regeling inzake ouderlijk gezag (verblijfsregeling of recht op persoonlijk contact) wil herzien, moet deze aantonen dat er zich nieuwe omstandigheden voordoen buiten de wil van de partijen, met een ingrijpende invloed tot gevolg voornamelijk op de kinderen maar eventueel ook op de toestand van de ouders. De wijziging moet in het belang van het kind worden gevorderd. Ook hier dient men een verzoekschrift in bij de jeugdrechtbank.

Zolang de echtscheidingsprocedure nog bezig is voor de rechtbank van eerste aanleg is deze rechtbank bevoegd.

Wanneer het kind zelf beslist om een wijziging door te voeren en dus niet meer naar de andere ouder wil gaan, zal de jeugdrechter dit meestal soepel beoordelen. Het kind moet wel een zekere leeftijd hebben bereikt en over het nodige onderscheidingsvermogen beschikken (± 12 jaar).

De wijzigingen kunnen variëren van bv. kleine wijziging met betrekking tot het ophalen en afzetten van het kind, wijziging inzake contactvorm tot bv. het wijzigen van het gezamenlijk ouderlijk gezag in exclusieve gezagsuitoefening of overheveling van de exclusieve uitoefening van de ene ouder naar de andere. Dit laatste gebeurt in de praktijk echter zelden.

Ik wil er nog op wijzen dat in het geval van bijzondere ernstige omstandigheden, zoals bv. het strafrechtelijk beschuldigd zijn van seksueel misbruik, het contactrecht voor een bepaalde tijd kan worden geschorst. In de praktijk wordt hier eerder een wijziging van de bestaande regeling uitgesproken.

2. *Bespreking van enkele voorbeelden*

2.1. Voorbeeld uit de rechtspraak

‘De weerstand door één ouder van een secundaire huisvestingsrecht (verblijfsregeling) van de andere ouder is een situatie die aanleiding kan geven tot een wijziging van het hoofdverblijf. Zo oordeelde het Hof van Beroep te Luik dat de moeder die op een onverantwoorde manier het verblijf van haar vierjarige dochter bij haar vader belemmerde, strijdig was met het belang van het kind en de rechten van de vader. Aan hem werd het recht toegekend om het kind hoofdzakelijk te huisvesten. Het Hof achtte deze extreme oplossing de enig mogelijke, nu de moeder volhardde in haar houding.’¹⁹

2.2. Actueel voorbeeld

Enkele maanden geleden heeft een voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Dendermonde, zetelend in kortgeding, bij voorlopige maatregel een toch wel historische uitspraak gedaan. Hij heeft de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag van de moeder overgedragen aan de vader.

Een korte situatieschets: drie jaar geleden overleed het zoontje van dit koppel aan een hersentumor. De vrouw kon dit moeilijk verwerken en wou scheiden. Eerst oefenden de ouders samen het ouderlijk gezag uit over hun dochtertje. Toen de echtscheiding in 2002 werd uitgesproken, kreeg de moeder de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag (materiële bewaringsrecht) toegekend. De vader had het recht op persoonlijk contact met hun kind. De vrouw maakte de uitoefening van dit recht van de vader echter erg moeilijk en er werd beroep gedaan op het Centrum voor Algemeen Welzijnswerk (CAW). Hier ontmoetten de vader en het kind elkaar regelmatig. Tot op een bepaald moment ook dit door de moeder werd geweigerd. De man stapte naar de rechter om de domiciliëring om te keren. Tegen alle verwachting in keurde de rechter dit goed. De moeder van het kind tekent beroep aan. Het is duidelijk dat de rechter hiermee een shokeffect wou teweegbrengen en een signaal geven aan de ouders die zich in zo’n situatie bevinden om eerst na te denken vooraleer men het recht op contact weigert of boycot. Het is in het belang van het kind om het contact met de twee ouders te behouden (tenzij uitzonderlijke omstandigheden).

Tegenwoordig wordt geopteerd voor de gezamenlijke gezagsuitoefening van het ouderlijk gezag met bilocatieregeling. In de gevallen waarin het exclusief ouderlijk gezag wordt uitgesproken, wordt dit echter vaak toegekend aan de moeder. De gescheiden vaders behouden het recht om hun kind te zien, maar toch wordt dit te vaak geschonden. Het grootste probleem lijkt dat de gerechtelijke instanties niet veel ondernemen om dit te verhelpen. Dit klopt echter niet. Het is niet zo dat de parketten er geen aandacht aan besteden maar ze beschikken over een tekort aan wettelijke middelen om snel en efficiënt op te treden.

Zowel het wetsontwerp van minister Onkelinx als het wetsvoorstel van Guy Swennen kunnen hier een oplossing bieden (cfr. infra, hfdst. IV).

¹⁹ Luik 8 november 1999, *Rev. trim. dr. farm.* 2000, 693- 696 in G., BAETEMAN, J., GERLO, E., GULDIX, A., WYLLEMAN, G., VERSCHULDEN en S., BROUWERS, “Personen- en familierecht 1995-2000”, *T.P.R.* 2001, (1551) 1943

Kanttekening

Zoals eerder al vermeld (cfr. supra, p.27-28) worden heel veel klachten geseponeerd en als ze dan al worden behandeld en uitgesproken, worden ze zelden uitgevoerd omdat het niet in het belang van het kind zou zijn. Maar is het wel in het belang van het kind dat het van één van zijn ouders vervreemdt door weigering van het contactrecht !?

Ik ben het eens met het standpunt van het SBO (Steunpunt Blijvend Ouderschap). Zij zijn van mening dat andere rechters dit voorbeeld moeten volgen. Ik hoop ook dat dit niet de eerste en laatste keer zal zijn dat een rechter zo een uitspraak doet. Op korte termijn zal dit misschien de aandacht van de mensen trekken en zal er rekening mee worden gehouden, maar als moet blijken dat het slechts een éénmalige gebeurtenis was, is het risico groot dat snel terug in het oude patroon wordt vervallen.

HOOFDSTUK III: GRENSOVERSCHRIJDENDE UITOEFENING VAN HET OUDERLIJK GEZAG EN RECHT OP PERSOONLIJK CONTACT – HANDHAVING EN BESCHERMING

Omwille van de toenemende huwelijken of relaties tussen partners van verschillende nationaliteiten en culturen is het probleem van het grensoverschrijdend contactrecht en van internationale kinderontvoeringen door één van de ouders (ouderontvoering) sterk op de voorgrond getreden. Zoals ik eerder heb besproken, is het belangrijk om een goede regeling te treffen omtrent de kinderen in geval van echtelijke problemen of bij echtscheiding, maar dit wordt vaak met de voeten getreden.

In dit deel ga ik uiteenzetten hoe er kan worden opgetreden ten aanzien van internationale kinderontvoeringen of ten aanzien van problemen in verband met het grensoverschrijdend contactrecht.

I. De Internationale Verdragen

Tot voor kort waren de middelen waarover een rechter kon beschikken ontoereikend om concreet op te treden in situaties waar een kind door één van de ouders werd meegenomen naar een ander land en daar werd vastgehouden.

Sinds 1 mei 1999 is daar verandering ingekomen. Vóór die datum kon ons land zich enkel beroepen op de wet van 1 augustus 1985 houdende goedkeuring van het Europees Verdrag betreffende de *erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen* inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen, opgemaakt te Luxemburg op 20 mei 1980. Dit Europees Verdrag wordt toegepast door een meerderheid van de lidstaten van de Raad van Europa en trad in België in werking vanaf 1 februari 1986.

Dankzij de wet van 10 augustus 1998 houdende instemming met het Verdrag betreffende de *burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen*, opgemaakt te 's Gravenhage op 25 oktober 1980, tot opheffing van de artikelen 2 en 3 van de wet van 1 augustus 1985 (bovenvermeld) alsook tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, kunnen de gevallen van kinderontvoering door de gerechtelijke autoriteiten veel efficiënter worden aangepakt. Deze wet (en bijgevolg de bepalingen van het 'Verdrag van 's Gravenhage' van 25 oktober 1980) trad pas in werking op 1 mei 1999 en is dus enkel van toepassing op ontvoeringen na die datum.

Bij artikel 3 van de wet van 10 augustus 1998 werd een nieuw hoofdstuk in het Gerechtelijk Wetboek ingevoegd, meer bepaald hoofdstuk XII^{bis} "Verzoeken betreffende de bescherming van het grensoverschrijdend hoederecht en bezoekrecht" (art. 1322^{bis} – 1322^{octies}). In dit hoofdstuk werd de nieuwe procedure opgenomen, conform de bepalingen van het Verdrag van 's Gravenhage'.

Ook het Europees Verdrag van Luxemburg van 20 mei 1980 betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over de kinderen en betreffende het herstel

van het gezag over de kinderen werd door de wet van 10 augustus 1998 afgestemd op de nieuwe bepalingen.

Beide Verdragen hebben als belangrijkste doelstelling de schadelijke gevolgen van een internationale ontvoering te beperken, zowel voor de kinderen als voor de contactgerechtigde ouders.

Zij maken het in eerste instantie mogelijk de kinderen terug te vinden en zorgen ervoor dat het bewarings- en contactrecht (verblijfsregeling of recht op persoonlijk contact) wordt gerespecteerd.

Ondanks het feit dat de Verdragen dezelfde doelstelling hebben, hanteren ze verschillende rechtstechnieken om deze te bereiken. Ook hun territoriale toepassingsgebieden vallen niet altijd samen (zie bijlage 3). Het Verdrag van Luxemburg voorziet hoofdzakelijk in een vordering tot erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het contactrecht. Het Verdrag van 's Gravenhage voorziet in een vordering tot onmiddellijke terugbrenging van kinderen die tegen de wil van de andere contactgerechtigde persoon (en dus onrechtmatig) worden overgebracht of vastgehouden. Hier is geen (rechterlijke) beslissing inzake het contactrecht vereist.

Beide Verdragen zijn enkel van toepassing op minderjarige kinderen tot 16 jaar. De nationaliteit van de partijen speelt geen rol, wel moeten ze verblijven in de verdragsluitende staten.

Het volgende hoofdstuk behandelt de problematiek van ontvoering naar en contactrecht in het buitenland waarbij ook de rol van de zgn. 'Centrale autoriteit' wordt bekeken.

Hoofdstuk III bespreekt de situatie van ontvoering naar en contactrecht in België.

Telkens wordt hierbij het onderscheid gemaakt tussen de situatie met verdragsluitende en met niet- verdragsluitende staten.

II. Ontvoering naar het buitenland of problemen inzake het contactrecht in het buitenland

Fictief voorbeeld

Een Belgische moeder en een Italiaanse vader hebben samen één kind en wonen al geruime tijd in België. Na echtelijke moeilijkheden besluiten ze naar de rechtbank te stappen. De vrederechter kent aan de moeder de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag toe en de vader heeft recht op persoonlijk contact. Als de vader naar Italië vertrekt met het kind en het daar houdt zonder toestemming van de moeder, neemt hij bijgevolg het kind weg bij diegene waar het zou moeten verblijven en is er sprake van een internationale ontvoering van het kind. Indien het ouderlijk gezag over het kind exclusief wordt toegekend aan de vader in Italië en deze respecteert het recht op contact van de moeder niet (vb. het kind zou één keer in de maand naar België moeten gaan maar dit gebeurt niet), dan is er een probleem inzake het contactrecht. Vanzelfsprekend kunnen deze problemen zich ook voordoen bij gezamenlijke gezags- uitoefening waarbij de secundaire verblijfsregeling of bilocatieregeling wordt toegepast.

De vraag is op welke wijze in dergelijke situaties de problemen kunnen worden opgelost.

A. Verdragsluitende staten

Vermits het hier gaat over staten die één van de (of beide) Verdragen hebben onderschreven, kunnen deze Verdragen natuurlijk worden ingeroepen in geval van kinderontvoering of problemen inzake contactrecht. Voor elk van de Verdragen zijn volgende procedures van toepassing.

1. Verdrag van 's Gravenhage

1.1. Internationale ontvoering

Dit verdrag kan worden ingeroepen als de onmiddellijke terugkeer van het kind dat ongeoorloofd werd overgebracht of vastgehouden in een verdragsluitende staat, wordt vereist. Er is hiervoor geen voorafgaande rechterlijke beslissing nodig. Het toepassingsgebied van dit Verdrag is ruimer dan dit van het Verdrag van Luxemburg. Logischerwijze moet het kind wel onmiddellijk voor de ontvoering zijn gewone verblijfplaats in een verdragsluitende staat hebben en moet het ouderlijk gezag gezamenlijk of exclusief worden uitgeoefend door de verzoekende ouder.

Een procedure tot onmiddellijke terugkeer van het kind kan dan aanhangig worden gemaakt voor de bevoegde rechtbank van de aangezochte staat, al dan niet door tussenkomst van de centrale autoriteit (cfr. infra, p.38).

Tijdens de procedure kan nog steeds een minnelijke schikking worden getroffen met kosteloze hulp van de centrale autoriteiten om zo de vrijwillige teruggave van het kind te verkrijgen.

Het is uiteraard wenselijk om het verzoek tot terugkeer van het kind zo snel mogelijk in te dienen en wel uiterlijk binnen één jaar. De terugkeer van het kind moet dan immers worden bevolen. Dit is echter niet mogelijk indien:

- het ouderlijk gezag niet daadwerkelijk werd uitgeoefend;
- wanneer uitdrukkelijk of stilzwijgend werd toegestemd in de overbrenging;
- wanneer het kind door de terugkeer in ernstige (gevaarlijke) omstandigheden zou kunnen terechtkomen;
- wanneer het kind dat reeds een zeker onderscheidingsvermogen bezit, zich verzet.

Indien langer dan één jaar wordt gewacht om het verzoek in te dienen, kan de rechter dit ook hier weigeren omwille van het belang van het al geïntegreerde kind in zijn nieuwe omgeving.

1.2. Problemen inzake contactrecht

Indien er zich problemen voordoen inzake het recht op contact, wordt in de praktijk het Europese Verdrag van Luxemburg ingeroepen (in de staten die dit Verdrag hebben bekrachtigd), omdat het Verdrag van 's Gravenhage niet erg duidelijk is omtrent de bescherming van dit recht. Er kan echter steeds beroep op worden gedaan teneinde de naleving van een in een verdragsluitende staat bestaand bezoekrecht af te dwingen en om de uitoefening ervan te organiseren of te beschermen.

2. Europees Verdrag van Luxemburg

2.1. Internationale ontvoering

Op dit Verdrag kan beroep worden gedaan voor zover een rechtbank van een verdragsluitende staat een voorlopige (verzet of beroep is dan nog mogelijk) of definitieve uitvoerbare beslissing inzake het ouderlijk gezag heeft genomen.

Er zijn twee procedures van kracht om het kind terug naar België te krijgen:

- ofwel het indienen van een vordering tot erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissing (in het buitenland);
- ofwel gebruik maken van een vordering tot herstel van het bewarings- of primaire verblijfsrecht.²⁰

Het is belangrijk om zo snel mogelijk te reageren. Indien de zaak binnen de zes maanden na de overbrenging of vasthouding in het buitenland aanhangig werd gemaakt bij de centrale autoriteit, kan de vordering tot herstel van het bewarings- of contactrecht worden ingediend. De beslissing ten gronde van de Belgische rechter kan niet worden herzien door de buitenlandse rechter. Enkel procedurekwesties kunnen in een beperkt aantal gevallen worden onderzocht.

Na zes maanden kan enkel nog een vordering worden ingesteld tot erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissing. De bevoegde rechtbank van de aangezochte (buitenlandse) staat kan de toepassing van het Verdrag weigeren om redenen met betrekking tot het belang van het kind (vb. het kind is al geïntegreerd in zijn nieuwe omgeving) of wegens de onverenigbaarheid van beslissingen.

2.2. Problemen inzake contactrecht

Het Verdrag voorziet de bescherming van het recht op contact voor die ouder die dit recht heeft verkregen of die het wil verkrijgen of voor diegene wiens erkenning van het bewaringsrecht (of primair verblijfsrecht) werd geweigerd.

3. Centrale autoriteiten en duur van de rechtspleging

3.1. Werking van een centrale autoriteit

Elke verdragsluitende staat is verplicht een centrale autoriteit op te richten. Deze kan kosteloos worden geraadpleegd, zowel voor advies of informatie als voor een daadwerkelijk optreden in een bepaalde zaak.

In het kader van beide Verdragen kan de ouder zich ofwel beroepen op de centrale autoriteit (Belgisch of buitenlands), of kan de zaak onmiddellijk bij de buitenlandse rechtbank worden aanhangig gemaakt. Hoewel het dus niet verplicht is om een centrale autoriteit in te schakelen, is dit toch aangewezen o.w.v. de samenwerking die er bestaat tussen de verschillende autoriteiten om onder meer:

- een kind te lokaliseren;

²⁰ bewaringsrecht in geval van exclusieve gezagsuitoefening en primair verblijfsrecht ingeval van gezamenlijke gezagsuitoefening

- voorlopige maatregelen te treffen in spoedeisende gevallen waarin het kind opnieuw overgebracht dreigt te worden;
- te zorgen voor de erkenning of tenuitvoerlegging van de beslissing
- te zorgen voor teruggave van het kind na toekenning van de tenuitvoerlegging

Als persoon met de Belgische nationaliteit kan je dan ook beter beroep doen op de Belgische centrale autoriteit, namelijk de Federale Overheidsdienst Justitie. Deze is bevoegd om o.a.:

- de rechtstoestand te onderzoeken;
- de vereiste stukken te verzamelen en te vertalen ten einde de procedure in het buitenland aanhangig te maken. De Belgische autoriteit is immers rechtstreeks verbonden met de buitenlandse autoriteit
- het dossier op te volgen en tussenbeide te komen, zodat de centrale autoriteit van de aangezochte staat het kind kan terugbezorgen nadat een beslissing is genomen.

3.2. Duur van de rechtspleging

Het is moeilijk in te schatten hoelang de rechtspleging duurt. Krachtens de Verdragen zijn de staten verplicht snel op te treden (een beslissing te nemen), namelijk binnen de zes weken nadat de zaak aanhangig werd gemaakt. Toch komt het heel weinig voor dat deze termijn werkelijk wordt gerespecteerd.

De Belgische centrale autoriteit komt bij de centrale autoriteit van de betrokken staat zo vaak als nodig tussenbeide opdat over de vordering of over het verzoek zo snel mogelijk zou worden uitspraak gedaan.

B. Niet-verdragsluitende staten

Aangezien hier geen beroep kan worden gedaan op de Verdragen, zal een getroffen ouder van Belgische nationaliteit zich moeten richten tot de Federale Overheidsdienst Buitenlandse Zaken, meer bepaald tot het Directoraat-generaal Consulaire Zaken.

Indien een ouder van een andere nationaliteit het slachtoffer is geworden van ontvoering van zijn kind(eren), moet deze zich ofwel richten tot zijn diplomatieke vertegenwoordiger in België ofwel tot de autoriteiten van zijn geboorteland.

De leeftijd van het kind is hier niet beperkt tot 16 jaar, maar het betreft alle minderjarigen.

De taak van de Federale Overheidsdienst Buitenlandse Zaken is de ouder bijstand te verlenen via zijn diplomatieke of consulaire vertegenwoordiging in het land naar waar het kind is overgebracht (of in het land waar het zich bevindt in het geval er vraag is naar bescherming van het contactrecht).

Deze bijstand houdt concreet in dat de zaak wordt aangebracht bij de buitenlandse vertegenwoordiging en dat wordt nagegaan welke gerechtelijke stappen kunnen worden ondernomen om een vonnis te verkrijgen op grond waarvan het kind naar België kan terugkeren. Met instemming van de andere (onschuldige) ouder kan ook worden geprobeerd tot een minnelijke schikking te komen.

Het is toch wel belangrijk om de omstandigheden waarin het kind leeft grondig te analyseren en eventueel het kind te horen vooraleer tot repatriëring over te gaan.

Als besloten wordt deze terugkeer te laten plaatsvinden, kan dit op verschillende wijze worden uitgevoerd:

- de onschuldige ouder haalt het kind zelf op;
- het kind wordt toevertrouwd aan de ambassade om dan via deze weg te worden gerepatriëerd (in uitzonderlijke omstandigheden).

C. Bijzondere omstandigheden: Marokko en Tunesië

In april 1981 sloot België een protocolakkoord af met Marokko en in april 1989 met Tunesië, houdende de instelling van een gemende raadgevende commissie in burgerlijke zaken. Deze commissie is onder meer bevoegd om kennis te nemen van de individuele gevallen met betrekking tot betwistingen over de staat van de persoon met inbegrip van het contactrecht. Elke ouder die beschikt over een rechterlijke beslissing in België of in Marokko (of in Tunesië), en op één van deze grondgebieden verblijft, kan beroep doen op de Federale Overheidsdienst Justitie (de Belgische centrale autoriteit).

Deze dienst zal het dossier grondig analyseren en het overmaken aan de Marokkaanse (of Tunesische) overheid om eventueel een minnelijke beschikking te bekomen. Indien de ouder het kind niet vrijwillig terug geeft, zullen gerechtelijke stappen moeten worden ondernomen. De verzoekende ouder moet dan wel zelf instaan voor het voeren van een gerechtelijke procedure en niet de centrale autoriteit.

Indien de ouder onvermogen is, kan hij zowel in Marokko als in Tunesië rechtsbijstand verkrijgen.²¹

III. Ontvoering naar België van een kind met verblijf in het buitenland en problemen inzake het contactrecht van een ouder met verblijf in het buitenland ten aanzien van zijn kind in België

Fictief voorbeeld

Hier zijn de rollen omgekeerd. In deze situatie is België het land waar de schuldige ouder zich bevindt.

Het verblijf van het kind is vastgelegd bij de Italiaanse vader (ongeacht exclusieve of gezamenlijke uitoefening) en de moeder neemt het kind mee naar België en houdt het daar. Of het verblijf van het kind werd aan de moeder toegekend, maar deze respecteert de regeling inzake het contactrecht van de vader in Italië niet.

A. Buitenlandse staten die partij zijn bij de Verdragen

Ook hier kan de zaak aanhangig worden gemaakt bij een centrale autoriteit en kan beroep worden gedaan op de Verdragen. Voor de Belgische procedure inzake de toepassing van de Verdragen, wordt eveneens verwezen naar de artikelen 1322bis – 1322octies Ger.W., ingevoegd bij de wet van 10 augustus 1998.

De centrale autoriteit analyseert het juridische dossier grondig en maakt de zaak in beginsel aanhangig bij het openbaar ministerie, zodat de Procureur des Konings de procedure kan inleiden bij de territoriaal bevoegde rechtbank. In bepaalde omstandigheden zal de centrale autoriteit een advocaat moeten aanstellen.

²¹ Toepassing van de Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en het Koninkrijk Marokko van 30 april 1981 betreffende de wederzijdse rechtshulp in burgerlijke zaken, handelszaken en bestuurszaken, alsmede inzake juridische informatie en de Overeenkomst tussen België en Tunesië van 27 april 1989 betreffende wederzijdse rechtshulp in burgerlijke zaken en in handelszaken

Om de procedure te starten, moet een verzoekschrift op tegenspraak worden ingediend. Binnen de acht dagen vanaf de inschrijving van het verzoekschrift op de algemene rol en het betalen van het rolgeld, moet er een oproepingsbrief worden verstuurd naar de partijen om te verschijnen voor de rechtbank van eerste aanleg van de verblijfplaats van het kind. De schuldige ouder kan tijdens de rechtspleging geen tegenvordering instellen.

Zodra het vonnis in kracht van gewijsde is getreden, kan het onmiddellijk worden uitgevoerd en hebben verzet of hoger beroep hierop geen invloed.

B. Niet-verdragsluitende staten

De betrokken of onschuldige ouder kan geen beroep doen op de verdragen en logischerwijze dus ook niet op een centrale autoriteit. De ouder zal de zaak zelf bij het Belgisch gerecht aanhangig moeten maken op grond van het gemeenrecht inzake de erkenning van in het buitenland gewezen beslissingen. De zaak wordt ten gronde herzien en er wordt nagegaan of er niets in strijd is met de openbare orde en of de rechten van de verdediging werden nageleefd.

C. Bijzondere omstandigheden: Marokko en Tunesië

Aangezien er met deze landen protocolakkoorden werden gesloten, geldt dezelfde procedure zoals besproken in punt B.

Kanttekening

Ter afronding van hoofdstuk III wil ik u een idee geven van het aantal parentale ontvoeringen in ons land. Hiervoor heb ik het jaarverslag 2004 van Child Focus geraadpleegd.

In 2004 was Child Focus (Het Europees Centrum voor Vermiste en Seksueel Uitgebuide Kinderen) belast met ± 580 dossiers van ouderontvoering waarvan er in dat jaar ± 460 werden afgesloten. Dit wil niet zeggen dat ze allemaal ook daadwerkelijk zijn opgelost. Het is mogelijk dat de ouders tot een minnelijke schikking komen maar in sommige gevallen kan de getroffen en ontmoedigde ouder ook besluiten om de procedure stop te zetten en zich neer te leggen bij de situatie.

Als bijlage worden enkele standaardformulieren opgenomen die de verzoeker (meestal de getroffen ouder) moet invullen alvorens de buitenlandse Centrale autoriteit wordt gecontacteerd:

Het zijn:

- het formulier van volmacht waarmee de verzoeker zijn volmacht geeft aan een bepaalde buitenlandse Centrale autoriteit om de nodige maatregelen te nemen (zie bijlage 4);
- het verzoek tot regeling of bescherming van de uitoefening van het bezoekrecht /contactrecht (zie bijlage 5);
- het verzoek tot terugkeer (zie bijlage 6) . De gegevens die hier moeten worden ingevuld zijn identiek aan degene van het voorgaande formulier.

HOOFDSTUK IV : RECENTE ONTWIKKELINGEN**A. Proceduregebonden bemiddeling inzake ouderlijk gezag en het contactrecht**

Al verschillende keren heb ik er op gewezen dat heel de materie van de uitoefening van het ouderlijk gezag bij niet-samenlevende ouders en de eruit voortvloeiende regelingen inzake het contactrecht, een gevoelige materie is. In de meeste gevallen is één van de ouders het niet eens met de uitgesproken regeling van de rechter. Het gevolg daarvan zijn wrijvingen en het boycotten van de regeling. Het is dan ook nog eens moeilijk afdwingbaar en zeker niet in het belang van het kind.

Wanneer de ouders onderling bepaalde regelingen overeenkomen, zoals het geval is bij echtscheiding met onderlinge toestemming, geeft dit minder aanleiding tot wrevel.

Sinds enkele jaren wordt dan ook in de rechtspraak de techniek van de bemiddeling toegepast als een preventief middel voor allerlei problemen in verband met het ouderlijk gezag. De wet van 19 februari 2001²¹ betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken, heeft de artikelen 734bis §1-5 Ger.W. ingevoerd. Op basis hiervan kan de rechter een bemiddelaar aanstellen in alle familiale geschillen en dus ook inzake ouderlijk gezag.

De rechter kan in een procedure waarin hij kennis neemt van vorderingen betreffende artikel 371-387bis B.W., een bemiddelaar aanwijzen. Dit zowel op verzoek van de partijen als ambtshalve met instemming van de ouders. De ouders moeten zowel instemmen met de bemiddeling als met de voorgestelde bemiddelaar.

Binnen een opgelegde, verlengbare, termijn moet een professionele bemiddelaar zijn opdracht vervullen.

Samengevat kan men stellen dat er twee belangrijke redenen aan de basis liggen om deze specifieke bemiddeling in de wet op te nemen:

- de rechter heeft nu een wettelijke grondslag om de zaak te verdagen en een bemiddelaar aan te wijzen;
- het is een humane preventieve oplossing tegen mogelijke gezinsdrama's.

De volledige procedure kan worden teruggevonden, zoals hoger vermeld, in artikel 734bis §1-5 Ger.W.

B. Mogelijke ontwikkelingen in de wet tot betere afdwingbaarheid van het contactrecht

Vermits het ouderlijk gezag, de verblijfsregeling en het recht op persoonlijk contact moeilijk zijn te handhaven en in sommige situaties tot grote moeilijkheden leiden, is de politieke overheid van mening dat de wet toch moet voorzien in verschillende mogelijkheden tot afdwingbaarheid.

In wat volgt licht ik kort een wetsontwerp en enkele wetsvoorstellen toe die een betere afdwingbaarheid proberen te regelen.

²¹ B.S. 3 april 2001, in werking getreden op 1 oktober 2001

1. Wetsvoorstel Martine Taelman (federaal volksvertegenwoordiger voor de VLD)

Het weigeren van het contactrecht maakt een misdrijf uit. Dit kan natuurlijk worden bestraft met een strafrechterlijke sanctie maar dit is geen oplossing in het belang van het kind.

De argumentatie van Taelman's voorstel steunt op het feit dat de meerderheid van de ingediende klachten worden geseponereerd en dit wekt het idee bij de onwillige persoon dat er toch geen rekening mee wordt gehouden of er iets aan wordt gedaan dus waarom het niet meer doen.

Het wetsvoorstel van Martine Taelman voorziet om deze reden in een dwangmiddel dat efficiënter is dan enig ander middel, nl. de omkering van het verblijfsrecht. Indien er binnen een korte periode (bv. zes maanden) een aantal klachten van niet-afgeven van de kinderen werden ingediend, wordt de zaak automatisch aanhangig gemaakt bij de burgerlijke rechtbank. De rechter zal dan afwegen of een omkering mogelijk en beter is, in het belang van het kind.

2. Wetsontwerp minister van Justitie, Laurette Onkelinx

Dit voorontwerp, reeds goedgekeurd door de ministerraad, hanteert verschillende punten.

Eerst en vooral streeft het naar het model van de twee-verblijfsregeling als norm ingeval er een regeling moet worden getroffen inzake het verblijf bij een gezamenlijke gezagsuitoefening bij niet samenwonenden. Dit geeft duidelijk weer dat de ouders gelijkwaardig zijn. Dit model wordt niet automatisch toegepast maar de rechter moet in elke situatie onderzoeken of deze regeling mogelijk is, in het belang van het kind.

Bilocalie werkt enkel onder een aantal voorwaarden (cfr. supra, p.13-14, 1.2).

Verschillende personen, o.a. Mevr. Roosje Uyttendaele -advocate specialisatie familierecht- en Mevr. Ria Renders -kinderpsycholoog- zijn van mening dat de toepassing van deze regeling als wettelijke norm een stap achteruit is. We hervallen in dezelfde situatie als vóór 1995 toen het klassieke systeem van hoede - en bezoekrecht de bevoorrechte regeling was.

De bilocalieregeling moet juridisch mogelijk zijn maar ik vrees dat bepaalde rechters andere mogelijkheden niet meer of minder grondig gaan onderzoeken vermits zij nu een bepaalde regeling krijgen voorgeschoteld.

Ten tweede moeten de dwangmaatregelen worden gereguleerd. Hiermee worden zowel de gedwongen uitvoering door de deurwaarder als de onbeperkte inbeslagname van de dwangsom op het inkomen bedoeld.

Ook een vereenvoudiging van de procedureregeling bij de jeugdrechtbank inzake het ouderlijk gezag wordt voorgesteld. Dat houdt in:

- het benadrukken van de noodzakelijkheid van voorlopige maatregelen;
- het instellen van een nieuwe evaluatie van de situatie indien de twee-verblijfsregeling in eerste instantie niet werd bevolen;
- de invoering van een mechanisme, het neerleggen van conclusies of het schriftelijk verzoek bij de griffie, moet het mogelijk maken dat er geen nieuwe procedure moet worden ingesteld indien er een wijziging van de omstandigheden optreedt.

Minister Onkelinx is van mening dat in eerste instantie en vooraleer er wordt overgegaan tot het afdwingen van het contactrecht, een oplossing moet worden gezocht a.d.h.v. bemiddeling.

3. *Wetsvoorstel Guy Swennen (sp.a-spirit)*

3.1. Samenvatting

‘Als het omgangsrecht wordt geweigerd of ernstig bemoeilijkt, moet snel worden ingegrepen omdat de psychologische schade groeit met de tijd.

De bestaande procedures laten echter niet toe kort op de bal te spelen. Om dit te verhelpen stelt de indiener voor de bestaande regeling grondig aan te passen.

Centraal staat een ‘snel-omgangsrechter’, die op heel korte termijn kan worden ingeschakeld en ten gronde beslissen. Hij krijgt daarbij ruime bevoegdheden met inbegrip van het opleggen van straffen aan de onwillige ouder. De feiten moeten wel ernstig genoeg zijn en vastgesteld zijn door een gerechtsdeurwaarder wiens optreden evenwel financieel toegankelijker wordt. Nieuw is de mogelijkheid een ‘omgangsbudy’ in te schakelen, die de verdere uitoefening van het ouderlijk gezag begeleidt. Andere mogelijkheden zijn het opleggen van een dwangsom en de omrekening van hoofdzakelijk verblijf en omgangsrecht.

Tenslotte stelt de auteur voor om ook meer preventief te werk te gaan door het informeren van de ouders.²²

3.2. Krachtlijnen

Zoals eerder besproken (cfr. supra, p. 17, IV), zijn er verschillende rechters bevoegd om beschikkingen te treffen inzake ouderlijk gezag en bijhorend contactrecht.

Het wetsvoorstel bepaalt dat de rechter die het laatste een oordeel heeft geveld over het contactrecht wordt aanzien als de bevoegde rechter indien er verdere problemen zijn in verband met de uitgesproken regelingen.

Deze zaken kunnen dan snel opnieuw aan de bevoegde rechter worden voorgelegd. Een ander voordeel is dat de rechter al vertrouwd is met het dossier hetgeen het nemen van beslissingen vergemakkelijkt.

Niet enkel een snelle omgangsrechter is nodig, ook zou de zaak prioritair en snel moeten worden behandeld d.m.v. burgerlijk omgangsrecht-snelrecht.

Niet alle problemen komen in aanmerking voor dit snelrecht. Het moet gaan over ernstige feiten (het boycotten van het contactrecht) en niet de kleine belemmeringen.

Het is noodzakelijk dat de gerechtsdeurwaarder de feiten tweemaal moet vaststellen zodat er geen sprake is van toeval of misverstand.

De mogelijkheid tot het inschakelen van een ‘omgangsbudy’ d.w.z. het aanwijzen van een maatschappelijk assistent die de verdere uitoefening van het ouderlijk gezag en het contactrecht op de voet volgt en bemiddelt indien nodig. Deze kan de zaak ook aanhangig maken bij de rechter als de bemiddeling niet zou helpen en/of (één van) de ouders zich blijft verzetten. De ouders worden geïnformeerd aan de hand van een preventiebrochure. De voornaamste bedoeling van deze folder is aan de ouders duidelijk te maken wat ze hun kinderen aan doen door de ouderlijke oorlog uit te vechten via het contactrecht en dus via de kinderen.

²² wetsvoorstel tot het waarborgen van het omgangsrecht tussen ouders en kinderen en tussen grootouders en kleinkinderen, 30 maart 2004

Besluit

De doelstelling van dit eindwerk was een overzicht te geven van de antwoorden op de problemen die zich (kunnen) voordoen inzake de invulling van het ouderlijk gezag, de verblijfsregeling en het recht op persoonlijk contact in het geval de ouders niet (meer) samenleven. Ook de mogelijkheden tot handhaven van de afgesproken regelingen indien ze door één van de ouders niet (correct) worden nageleefd, werden hierin betrokken.

Deze antwoorden heb ik geprobeerd te bundelen. In de literatuur en in de wet worden voor elke situatie in theorie wel oplossingen voorgesteld. Toch komen gezinsdrama's maar al te vaak voor. Je hoeft er maar een krant of tijdschrift op na te slaan. Ondanks alle mogelijke artikels, wetten, wetsvoorstellen en verdragen lukt het blijkbaar niet deze efficiënt toe te passen en zo drama's te vermijden.

Eén van de belangrijke moeilijkheden is namelijk dat het belang van het kind niet mag worden geschaad en dat dit criterium boven alles staat, maar dat het niet altijd gemakkelijk is dit belang in de concrete situatie te bepalen.

Misschien wordt er hierbij toch nog te weinig rekening gehouden met de emotionele factor in de relatie kinderen-ouders?

Ik kan minister Onkelinx dan ook bijtreden wanneer zij voorstelt om in eerste instantie de bemiddeling toe te passen. Volgens mij zou het inderdaad nuttig zijn de ouders hiertoe te verplichten en eventueel kosteloos aan te bieden.

Om te eindigen wil ik een uitspraak citeren van de heer De Waele, voorzitter van de vrijwilligersorganisatie Steunpunt Blijvend Ouderschap, uit het weekblad Knack van 25 mei 2005.

“Een mens moet tien keer nadenken voor hij trouwt, twintig keer voor hij kinderen krijgt, maar honderd keer voor hij scheidt.”

Bijlagen

Bijlage 1 'Betekening'

Bijlage 2 'P.V. van vaststelling'

Bijlage 3 'Lijst van Verdragssluitende staten'

Bijlage 4 'Formulier van volmacht'

Bijlage 5 'Verzoek tot regeling of bescherming van de uitoefening van het bezoekrecht'

Bijlage 6 'Verzoek tot terugkeer'

Literatuurlijst

I. Geschreven bronnen

Gent 12 december 1995, *R.W.* 1996-97, 159

Cass. 11 maart 1994, *R.W.* 1994-95, 671

DE KEZEL, E., Het begrip ‘Het belang van het kind’, *R.W.* 1998-99, 1163-1167

BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., WYLLEMAN, A., VERSCHELDEN, G. en BROUWERS, S., “Personen- en familierecht 1995-2000”, *T.P.R.* 2001-03, 1551-2013

BELMANS, K. en LOUWETTE, M., *Gids bij echtscheiding*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2003

DE WOLF, A., “Ontwikkelingen inzake het ouderlijk gezag en het recht op contact” in SENAËVE, P. (ed.), *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2000-01, 105

DIRIX, E. en TAELEMAN, P. (eds.), *Beslag- en executierecht, Naar een collectief beslagrecht*, Intersentia rechtswetenschappen, Antwerpen, Groningen, 2001, 283 p.

HEYVAERT, A., *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed. Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 1997

KINDERRECHTSWINKELS, *De juridische positie van de minderjarige*, Heule, UGA, 2002, 370 p.

LUYTEN, A., 2005, “Tijdsbommen achter gesloten rolluiken”, *Knack*, 35^e jaargang, (nr.21), p.34-38

MINISTERIE VAN JUSTITIE, 2000, Internationale Kinderontvoeringen, ‘brochure’, Brussel, 67 p.

PEETERS, N., *Special topics privaatrechterlijke personen*, 2003-2004 (cursus)

VANDERHAEGHE, R., *Inleiding tot het gerechtelijk privaatrecht*, 2003-2004 (cursus)

VAN LOON, F. e.a., *De gedwongen tenuitvoerlegging van vonnissen*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1994

VERHOEST, F., 2005, “Moeder mag vader contact met kind niet weigeren”, *De Standaard*, (10 mei 2005), p. 13

WAGNER, K., “Dwangsom”, *A.P.R.* 2003, 225

II. Elektronische bronnen

<http://www.cass.be> (22 mei 2005)

<http://www.belgium.be> (23 april 2005)

http://www.sbo.be/wetgeving/politieke_initiatieven.htm (29 april 2005)

<http://www.juridat.be> (1 april 2005)