

DE (ON)DEELBAARHEID VAN HET KIND

De (on)deelbaarheid van het kind

Christine VAN ROY

 INTERSENTIA

Antwerpen – Gent – Cambridge

De (on)deelbaarheid van het kind
Christine Van Roy

© 2021 Lefebvre Sarrut Belgium NV
Hoogstraat 139/6 – 1000 Brussel

ISBN 978-94-000-1304-9
D/2021/7849/29
NUR 822
Gedrukt in de Europese Unie

Verantwoordelijke uitgever: Paul-Etienne Pimont, Lefebvre Sarrut Belgium NV
Lay-out: Crius Group, Hulshout
Omslagontwerp: Danny Juchtmans / www.dsigngraphics.be
Omslagbeeld: Peter Paul Rubens, Salomons dom / SMK, National Gallery of Denmark

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Ondanks alle aan de samenstelling van de tekst bestede zorg, kunnen noch de auteurs noch de uitgever aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele schade die zou kunnen voortvloeien uit enige fout die in deze uitgave zou kunnen voorkomen.

Dit boek is eveneens digitaal beschikbaar op www.stradalex.com en www.jurisquare.be.

Met oprechte dank aan de leden van de examencommissie:

Em. prof. dr. Marc Boes
Em. prof. dr. Patrick Senaeve
Prof. dr. Ingrid Boone
Prof. dr. Gerd Verschelden
Prof. dr. Stefaan Pleysier
Prof. dr. Johan Put
Prof. dr. Johan Du Mongh

Bij het omslagbeeld:

*[...] En de koning zei: doorsnijdt dat levende kind in tweeën,
en geeft de ene een helft en de andere een helft.*

*Maar de vrouw, welke de moeder van het levende kind was, sprak tot de koning
(want haar ingewand ontstak over haar zoon) en zei: Och mijn heer!*

*Geef haar dat levende kind, en dood het geenszins; deze daarentegen zei:
het zij noch het uwe noch het mijne, doorsnijdt het.*

*Toen antwoordde de koning, en zei: geef aan die het levende kind,
en dood het geenszins; die is zijn moeder.*

*En geheel Israël hoorde dat oordeel, dat de koning geoordeeld had, en
vreesde voor het aangezicht des konings; want zij zagen, dat de
wijsheid Gods in hem was, om recht te doen [..]*

Eerste rechtspraak van Sálomo

1 Koningen 3:24-25

VOORWOORD

Op 12 september 2019 verdedigde Christine Van Roy aan de KU Leuven met succes publiek haar proefschrift tot het behalen van de graad van Doctor in de rechten met als onderwerp *“De (on-deelbaarheid van het kind. Een empirisch onderzoek naar het co-ouderschap”*.

Het doctoraat van Christine Van Roy is in meerdere opzichten heel bijzonder.

Het eerste bijzondere aspect daarbij is de leeftijd van de promovenda. Doorgaans zijn de doctorandi die aan de KU Leuven of andere rechtsfaculteiten een doctoraatsproefschrift verdedigen – toch zeker als het Vlamingen zijn – wat ik zou noemen “rijpe twintigers”. Zonder de leeftijd van Christine te onthullen kan ik zeggen dat zij geen rijpe twintiger maar een prille veertiger is. Het parcours dat Christine hierbij heeft afgelegd is eerder ongewoon te noemen voor iemand die een proefschrift met het oog op het behalen van de graad van Doctor in de rechten verdedigt.

Christine Van Roy studeerde aan de rechtsfaculteit van de KU Leuven af als licentiaat in de rechten in 2001 en zij behaalde het jaar daarop aan dezelfde faculteit haar licentie in het notariaat. Vanaf september 2002 was zij werkzaam als advocate aan de balie te Mechelen, waar zij een ruime expertise verwierf inzonderheid in het personen- en familierecht en het familiaal vermogensrecht, zij volgde ook de opleiding als jeugdadvocaat en maakte deel uit van de jeugdpermanentie van de balie te Mechelen.

Ik leerde Christine Van Roy persoonlijk kennen in september 2009, dus exact 10 jaar vóór de dag waarop ze haar proefschrift verdedigde, toen zij deeltijds – 20% – praktijkassistente werd aan het Instituut voor Familierecht en Jeugdrecht waar ik toen de leiding van had. Als assistente begeleidde zij met een groot enthousiasme en met een gedegen praktijkkennis de werkcolleges personen- en familierecht en later ook de masterscripties personen- en familierecht.

Toen er in de zomer 2011 op het Instituut voor Familierecht en Jeugdrecht een mandaat van voltijds assistent met doctoraatsfinaliteit vacant werd, had Christine de kriebels van het wetenschappelijk werk al zozeer te pakken dat zij zich daar

kandidaat voor stelde en benoemd werd, wat meteen inhield dat zij na 10 jaar haar activiteiten aan de balie ernstig diende terug te schreeven.

In de loop der jaren heeft Christine Van Roy tal van publicaties verzorgd, vooral over een andere materie die haar nauw aan het hart ligt en waarin zij over de jaren heen zeer beslagen geworden is, namelijk over artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek ofte de *flou artistique* van de huidige wettelijke regeling van de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting.

Vanaf 2012 heeft Christine zich dan, naast haar onderwijsopdrachten en naast andere wetenschappelijke publicaties, aan het werk gezet voor haar doctoraat. Toen het doctoraat zich al in een vergevorderd stadium bevond, deed Christine mee aan het examen beroepsbekwaamheid voor magistraten georganiseerd door de Hoge Raad voor Justitie. Christine slaagde bij haar eerste deelname aan dat examen, wat maar weinigen gegeven is – ik prijs mij gelukkig dat ik destijds (in de jaren '90 van de vorige eeuw) vrijgesteld was van dat examen ... Toen er in de zomer van 2015 in één keer niet minder dan negen vacante plaatsen van rechter in de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen gepubliceerd werden, oordeelde Christine dat dit haar unieke kans zou zijn om magistraat te worden.

In januari 2016 legde Christine dan de eed af als rechter in de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, waardoor wij meteen ook collega's werden. En sindsdien werkt zij in de familierechtbank van de afdeling Dendermonde van deze rechtbank waar zij alle materies van het familierecht en van het familiaal vermogensrecht behandelt.

Deze plotse carrièrewending had voor Christine evenwel belangrijke implicaties voor de verdere afwerking van haar doctoraatsonderzoek. De werklast van familierechter in eerste aanleg – ik spreek me niet uit over die van de familiekamers van de hoven van beroep – is ongetwijfeld, met de geweldige toename van het aantal zaken van familierecht en familiaal vermogensrecht zonder dat er extra familierechters bijkomen – een van de zwaarste in de magistratuur, zodat het doctoraatsonderzoek sindsdien vooral weekend- en vakantie-werk geworden is (en ik laat dan nog de zorg voor twee jonge kinderen buiten beschouwing).

Dan kom ik tot het tweede aspect waarom het doctoraatsonderzoek van Christine Van Roy bijzonder is. De meeste doctoraatsproefschriften in de rechten bestaan uit een dogmatisch onderzoek van een specifiek thema, en waarbij dit belicht wordt vanuit de wetgeving, de voorbereidende werken, de rechtspraak

en de rechtsleer, waarbij doorgaans de rechtsvergelijkende methode wordt aangewend.

Christine koos evenwel voor een heel andere invalshoek, namelijk de methode van het empirisch onderzoek, een onderzoeksmethode die in de rechtswetenschappen van relatief recente datum is, eerst ontwikkeld in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, en later in Nederland. In eigen land stond deze onderzoeksmethode in de rechtswetenschap bij het starten van het doctoraatsonderzoek van Christine Van Roy in 2012 nog maar in zijn kinderschoenen.

Baanbrekend werk werd op dit vlak verricht in een doctoraatsonderzoek aan de rechtsfaculteit van de Universiteit Gent door Ruben Hemelsoen die in 2011 zijn proefschrift verdedigde houdende een empirische studie van overeenkomsten echtscheiding door onderlinge toestemming waarvan collega Gerd Verschelden de promotor was. Nadien zijn in dit land heel wat andere onderzoekers in de rechtswetenschap gestart met het doorvoeren van een empirisch onderzoek, waarbij sommigen de expertise van Christine hebben ingewonnen.

Het idee om een empirisch onderzoek door te voeren naar het verblijfsco-ouderschap – de sociologische benaming voor het gelijkmatig verdeeld verblijf van kinderen – is bij Christine gegroeid vanuit haar beleving als advocaat geconfronteerd met vorderingen dienaangaande waarbij zij vaststelde hoe moeilijk het was om cliënten die daarmee geconfronteerd worden, enig houvast te geven.

In haar onderzoek heeft Christine Van Roy zelf een databank aangelegd van de uitspraken aangaande verblijfsco-ouderschap, eerst in het jaar 2013 en vervolgens in het jaar 2005 (= het laatste volledige jaar vóór de inwerkingtreding van de wet op het verblijfsco-ouderschap), van nagenoeg alle Nederlandstalige rechtscolleges die met de verblijfsregeling van minderjarige kinderen te maken konden hebben. Mijn studie van de statistiek dateert weliswaar van meer dan 40 jaar geleden toen ik aan de KU Leuven politieke en sociale wetenschappen studeerde, maar ik denk toch te mogen zeggen dat haar steekproef van uitspraken moeilijk anders dan als bijzonder representatief genoemd kan worden, nu zij alle Nederlandstalige arresten van de hoven van beroep heeft geanalyseerd, alle vonnissen van de rechtbanken van eerste aanleg op één – bijzonder kleine – rechtbank van eerste aanleg na (het ging nog over de oude gerechtelijke arrondissementen ...), alsook een representatief staal van vonnissen van vrederechters, maar als we vaststellen dat sommige onderzochte vrederechters geen enkel in aanmerking komend vonnis gevelde hadden, kan het overblijvende gedeelte van de niet onderzochte vonnissen van de vrederechters, slechts marginaal geweest zijn in het geheel van relevante uitspraken.

Met een zeer conservatieve schatting komt men dan zeker op 90% van alle relevante Nederlandstalige uitspraken uit de genoemde jaren 2005 en 2013 die zij onderzocht heeft, wat indrukwekkend is.

In de commerciële editie van het proefschrift die thans voorligt kan de geïnteresseerde praktijkjurist kennis nemen van de resultaten van dit onderzoek en kan de onderzoeker inspiratie vinden voor ander empirisch onderzoek in het veld van het personen- en familierecht en het familiaal vermogensrecht.

Patrick SENAËVE

Emeritus gewoon hoogleraar KU Leuven

Kamervoorzitter en familierechter in hoger beroep hof van beroep Brussel

INHOUD

<i>Voorwoord</i>	vii
Inleiding	1
I. Het voorwerp en de probleemstelling	1
II. De onderzoeksvraag	5
III. De methode	6
Eerste deel.	
De verblijfsregeling binnen het Belgische en internationale rechtssysteem ...	9
I. Het begrip.....	9
A. De definities	9
B. De grondslagen van het omgangsrecht.....	10
1. Het juridisch ouderschap.....	10
2. Het grootouderschap	12
3. Het pleegzorgerschap	13
4. De bijzondere affectieve band	13
II. De herkomst en evolutie.....	14
III. Het huidige stelsel	15
A. Bij overeenkomst	15
1. Algemeen	15
2. De contractanten.....	16
a. De ouders	16
b. Derden.....	16
3. De vorm van de overeenkomst	17
4. De homologatie	17
a. Algemeen – noodzaak van bemiddeling en waarde van het homologatievonnis	17
b. De rol van de rechter	18
c. De rol van het Openbaar Ministerie.....	20
5. De rol van het kind	21
B. Bij gebreke aan overeenkomst	22
1. Het omgangsrecht van de ouders	22
a. Het wettelijk kader.....	22
i. Procedureel	22

1.	De materiële bevoegdheid	22
2.	De territoriale bevoegdheid	24
3.	Het aanhangig maken	26
4.	Hoogdringendheid	27
5.	De zitting	28
6.	Uitvoerbaarheid bij voorraad	29
7.	De blijvende saisine	30
8.	Eens bevoegd, altijd bevoegd?	32
9.	De bemiddeling: mogelijkheid of verplichting	33
ii.	Materieel recht	34
1.	Het statuut van de ouders – huwelijk of samenwoning	34
2.	Het ouderlijk gezag en de verblijfsregeling	35
3.	Een voorlopige regeling	36
4.	Een prioritair te onderzoeken verblijfsregeling.	37
5.	De concrete omstandigheden van de zaak.	37
6.	Het belang van het kind	37
7.	Het belang van de ouders	39
8.	De verhouding tussen het belang van het kind en het belang van de ouders	40
9.	Het deskundigenonderzoek, het politioneel en het maatschappelijk onderzoek.	53
10.	De opheffing door de rechter van het recht op contact	56
11.	De protectioneel geplaatste kinderen	56
12.	De verdeling van de tijd: week-week en zijn alternatieven	58
13.	De vrije omgangsregeling	60
14.	Lacunes in de verzoeken: niemand wil de kinderen.	63
b.	De rol van de rechter	64
i.	De bijzondere motiveringsplicht	64
ii.	De ambtshalve uitspraak van het verblijfsco- ouderschap	65
c.	De rol van het Openbaar Ministerie	67
i.	Algemeen	67
ii.	Passief: het advies	68
iii.	Actief: de rechtsingang.	72
d.	De rol van het kind	73
i.	Passief: het hoorrecht	73
ii.	Actief: de rechtsingang.	76
e.	De rol van derden	78

i.	Passief: het getuigenverhoor	78
ii.	Actief: de rechtsingang.....	78
2.	De omgangsplicht van de ouders	78
3.	Het omgangsrecht van het kind	79
4.	Het plaatsen onder voorwaarden van het omgangsrecht of recht op persoonlijk contact	79
C.	De weigering van de uitvoering van het omgangsrecht	80
1.	Algemeen	80
2.	De weigering tot afgifte door de ouder(s) die het kind huisvest(en)	81
a.	Burgerrechtelijk en procedureel	81
i.	Het specifieke wettelijke kader	81
ii.	De bevoegde rechter	82
iii.	Het aanhangig maken en de behandeling van de zaak	85
1.	De titularissen.....	85
2.	De procedure.....	86
iv.	De mogelijke maatregelen	86
1.	Algemeen.....	86
2.	De onderzoeksmaatregelen.....	87
3.	De dwangsom	87
4.	De dwangmaatregelen	93
5.	De wijziging van de verblijfsregeling en de uitoefening van het ouderlijk gezag	95
6.	De opschorting van de onderhoudsbijdrage ...	96
7.	Het treffen van een beschermingsmaatregel ...	96
8.	Schadevergoeding.....	97
v.	De procedure op eenzijdig verzoek	98
b.	Strafrechtelijk	101
3.	De weigering tot teruggave	101
4.	De ontvoering naar het buitenland door een ouder	102
5.	De weigering door de omgangsgerechtigde	102
6.	De weigering door het kind?	103
IV.	Het omgangsrecht binnen de Europese en internationale regelgeving ...	106
A.	Inleiding	106
B.	Het EVRM	107
1.	Algemeen	107
2.	Artikel 8 EVRM	107
3.	Het EVRM, ook voor het kind?.....	110
C.	Het IVBPR	111
D.	Het IVRK	111
1.	Algemeen	111

2.	Artikel 3 IVRK	112
3.	Artikel 7 IVRK	112
4.	Artikel 9 IVRK	113
5.	Artikel 12 IVRK	114

Tweede deel.

De wet van 18 juli 2006 – het empirisch onderzoek.....	115
---	------------

I.	De systematiek van het empirisch onderzoek.....	115
II.	Het gevoerde onderzoek.....	117
	A. Doelstelling en methode.....	117
	B. Aantal uitspraken	122
	C. Wie vraagt en krijgt het verblijfsco-ouderschap?.....	124
	D. Territoriale verdeling.....	127
	1. Toekenning van het verzoek om verblijfsco-ouderschap in 2005.....	127
	2. Toekenning van het verzoek om verblijfsco-ouderschap in 2013.....	128
	3. Verschil tussen 2005 en 2013.....	128
	E. Aantal criteria.....	129
	F. Verantwoording van de volgorde van de behandeling van de criteria in de tekst	131
	G. Het prioritaire karakter van het verblijfsco-ouderschap – de wil van de wetgever	135
	1. Algemeen: meer verblijfsco-ouderschap na 2006?.....	135
	2. Concreet: het prioritaire karakter van het verblijfsco- ouderschap als criterium	136
	H. De concrete omstandigheden van de zaak.....	143
	1. Het advies van een door de magistraat aangestelde onderzoeker	143
	a. Algemeen	143
	b. Het maatschappelijk onderzoek	144
	c. Het politioneel onderzoek	149
	d. Het deskundig onderzoek.....	151
	i. Het psychiatrisch onderzoek.....	151
	ii. Het psychologisch onderzoek	153
	iii. Het algemeen deskundig onderzoek	154
	2. De beschikbaarheid van de ouders.....	157
	3. De leeftijd van het kind	163
	4. De verstandhouding tussen de ouders.....	172
	5. De mening van het kind.....	179
	a. Algemeen	179
	b. Het kind werd gehoord door de magistraat.....	180

c. Het kind werd niet gehoord door de magistraat	184
6. De behoefte van het kind aan continuïteit – het behoud van de huidige regeling	188
7. De afstand tussen de woonplaatsen van de ouders	193
8. De bekwaamheid om voor het kind te zorgen	198
9. Het comfort in huisvesting van de ouders	203
10. De betrokkenheid van de ouders	208
11. Het familiaal of sociaal netwerk van de ouders voor opvang van het kind	212
12. Het samen houden van broers en zussen	216
13. De stabiliteit in het leven of de leefomgeving van de ouders	220
14. De behoefte van het kind aan continuïteit – het verblijf in dezelfde omgeving gedurende lange(re) tijd	223
15. Vroegere akkoorden of uitspraken	225
16. Het verschil in opvoedingsvisie of -stijl van de ouders	229
17. De relatie van het kind met de stieffamilie	232
18. Het verschil in levensstijl van de ouders	236
19. De fysieke of mentale beperking van het kind	239
20. Parentificatie	242
21. De desinteresse van een ouder in het kind of het gebrek aan betrokkenheid in opvang en opvoeding van het kind gedurende het samenleven van de ouders	245
22. De relatie tussen de verzoekende ouder en het kind	248
23. Het behoud van de leefomgeving (gezinswoning)	251
24. De fysieke of mentale beperking van een ouder	254
25. De onwaardigheid van een ouder	256
26. De taakverdeling tijdens het samenleven	259
27. Het verschil in religie of cultuur	262
28. De verborgen fiscale intentie of de intentie van het ontwijken van betaling van een onderhoudsbijdrage voor het kind	264
29. De hobby's van het kind	267
30. De aanwezigheid van een huisdier	269
31. Het aantal kinderen	271
32. Medische getuigschriften	273
33. De band tussen het kind en de familie van de verzoekende ouder	275
34. Het verschil in levensniveau	277
35. De financiële problemen van de verzoekende ouder	280
36. De gelijkheid tussen man en vrouw	282
37. De andere ouder wil het kind niet veel bij zich	284
38. De woonbuurt van de verzoekende ouder	287

Inhoud

I.	Het belang van het kind	289
J.	Het belang van de ouders	294
K.	De Europese en internationale regelgeving	300
1.	EVRM	300
2.	IVRK	300
L.	Een buitenbeentje: De wetenschappelijke werken	302

Derde deel.

Het onderzoek en zijn nut voor de praktijk – advies voor de wetgever	305
---	------------