

# Inhoudsopgave

<b>DEEL I. Inleiding .....</b>	<b>1</b>
<b>TITEL 1. Probleemstelling.....</b>	<b>1</b>
<b>HOOFDSTUK 1. Maatschappelijke realiteit .....</b>	<b>1</b>
<b>HOOFDSTUK 2. Huidig juridisch kader .....</b>	<b>6</b>
AFDELING 1. Oorspronkelijke afstamming .....	6
AFDELING 2. Adoptie.....	13
AFDELING 3. Pleegvoogdij .....	23
AFDELING 4. Voogdij.....	33
AFDELING 5. Provoogdij .....	41
AFDELING 6. Pleegzorg.....	46
AFDELING 7. Gemeenrechtelijke lastgevingsovereenkomst .....	55
<b>HOOFDSTUK 3. Besluit .....</b>	<b>63</b>
<b>TITEL 2. Plan .....</b>	<b>65</b>
<b>HOOFDSTUK 1. Doelstelling .....</b>	<b>65</b>
<b>HOOFDSTUK 2. Situering.....</b>	<b>65</b>
<b>HOOFDSTUK 3. Onderzoeksvragen.....</b>	<b>68</b>
<b>HOOFDSTUK 4. Structuur .....</b>	<b>69</b>
<b>TITEL 3. Methodologie .....</b>	<b>70</b>
<b>HOOFDSTUK 1. Analyse van internationale en Europese             regelgeving .....</b>	<b>70</b>
<b>HOOFDSTUK 2. Analyse van Belgische regelgeving .....</b>	<b>71</b>
<b>HOOFDSTUK 3. Rechtsvergelijkende methode.....</b>	<b>71</b>
<b>HOOFDSTUK 4. (Beperkte) rechtshistorische methode.....</b>	<b>74</b>
<b>HOOFDSTUK 5. Toepassing van het gelijkheidsbeginsel .....</b>	<b>75</b>
<b>HOOFDSTUK 6. Menswetenschappelijke literatuurstudie .....</b>	<b>75</b>
<b>TITEL 4. Terminologie in het licht van artikel 8 EVRM         .....</b>	<b>76</b>
<b>HOOFDSTUK 1. Uitgangspunten van dit onderzoek .....</b>	<b>76</b>
AFDELING 1. Flexibel familiebegrip .....	76

AFDELING 2. Onderscheid tussen de horizontale partnerrelatie en de verticale relatie tussen (zorg)ouder en kind .....	84
<b>HOOFDSTUK 2. Vereisten voor familielevens binnen de horizontale partnerrelatie .....</b>	<b>84</b>
AFDELING 1. Samenwoning .....	85
§ 1. Overzicht van rechtspraak .....	85
§ 2. Analyse: samenwoning is noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor familielevens tussen partners.....	89
AFDELING 2. Geïstitutionaliseerde samenlevingsvorm.....	90
§ 1. Overzicht van rechtspraak .....	90
§ 2. Analyse: een geïstitutionaliseerde samenlevingsvorm is geen noodzakelijke voorwaarde, maar soms wel een voldoende voorwaarde voor familielevens tussen partners .....	95
AFDELING 3. Seksuele geartheid .....	96
§ 1. Overzicht van rechtspraak .....	96
§ 2. Analyse: seksuele geartheid is irrelevant voor familielevens tussen partners .....	98
AFDELING 4. Een kind binnen de partnerrelatie .....	98
§ 1. Overzicht van rechtspraak .....	98
§ 2. Analyse: een kind binnen de partnerrelatie is noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor familielevens tussen partners .....	100
AFDELING 5. Tussenbesluit .....	102
§ 1. Ontstaan .....	102
§ 2. Beëindiging .....	102
<b>HOOFDSTUK 3. Onderzoek naar de vereisten voor familielevens binnen de verticale relatie tussen (zorg)ouder en kind.....</b>	<b>103</b>
AFDELING 1. Biologische band.....	103
§ 1. Overzicht van rechtspraak .....	103
A. Vrouwelijke (zorg)ouder .....	103
B. Mannelijke (zorg)ouder.....	111
§ 2. Analyse: een biologische band is noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor familielevens tussen (zorg)ouder en kind .....	119
AFDELING 2. Impact van de beschermingswaardige horizontale partnerrelatie .....	120

§ 1. Overzicht van rechtspraak .....	120
§ 2. Analyse: impact van de beschermenswaardige horizontale partnerrelatie is geen noodzakelijke, maar wel een voldoende voorwaarde voor familielevens tussen (zorg)ouder en het kind geboren binnen de relatie .....	123
AFDELING 3. Samenwoning .....	124
§ 1. Overzicht van rechtspraak .....	124
§ 2. Analyse: samenwoning is noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor familielevens tussen (zorg)ouder en kind .....	130
AFDELING 4. Opvoedende rol in hoofde van de (zorg)ouder .....	131
§ 1. Overzicht van rechtspraak .....	131
§ 2. Analyse: de opvoedende rol is noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor familielevens tussen (zorg)ouder en kind .....	135
AFDELING 5. Tussenbesluit .....	136
§ 1. Ontstaan .....	136
§ 2. Beëindiging .....	137
<b>HOOFDSTUK 4. Besluit .....</b>	<b>138</b>
AFDELING 1. Familielevens .....	138
AFDELING 2. Partner .....	139
AFDELING 3. Kind .....	140
AFDELING 4. Zorgouder .....	140
AFDELING 5. Ouder .....	141
<b>DEEL II. Nood aan wetgevend optreden .....</b>	<b>143</b>
<b>TITEL 1. Arrest van het (toenmalige) Arbitragehof d.d. 8 oktober 2003 .....</b>	<b>143</b>
<b>HOOFDSTUK 1. Antecedenten .....</b>	<b>143</b>
<b>HOOFDSTUK 2. Juridische analyse .....</b>	<b>144</b>
AFDELING 1. Gelijkheidstest .....	144
§ 1. Vergelijkbaarheidstoets .....	144
§ 2. Rechtvaardigingstoets .....	145
A. Doeltoets .....	146
B. Objectiviteitstoets .....	146

C. Pertinentietoets .....	146
D. Proportionaliteitstoets .....	147
AFDELING 2. Oordeel van het Hof .....	147
<b>TITEL 2. Advies van de Raad van State inzake zorgouderschap d. d. 7 oktober 2005 .....</b>	<b>149</b>
<b>HOOFDSTUK 1. Synthese van de ingediende wetsvoorstellen en   amendementen .....</b>	<b>149</b>
AFDELING 1. Beoogde opvoedingssituatie .....	150
AFDELING 2. Voorgestelde oplossingen.....	151
§ 1. Adoptie.....	151
§ 2. Stiefouderschap.....	152
AFDELING 3. Rechtsgevolgen .....	152
§ 1. Adoptie.....	152
§ 2. Stiefouderschap.....	152
<b>HOOFDSTUK 2. Het eigenlijke advies.....</b>	<b>153</b>
AFDELING 1. Begripsomschrijving 'stiefouder' of 'stiefouderschap' .....	153
AFDELING 2. Inhoud .....	154
§ 1. Algemeen juridische context.....	154
§ 2. Specifieke aandachtspunten .....	155
AFDELING 3. Draagwijdte .....	157
<b>TITEL 3. Een blik over de grenzen .....</b>	<b>160</b>
<b>TITEL 4. Besluit .....</b>	<b>164</b>
<b>DEEL III. Uitgangspunten .....</b>	<b>167</b>
<b>TITEL 1. Familieleven in de zin van art. 8 EVRM .....</b>	<b>167</b>
<b>TITEL 2. Belang van het kind en belang van de   zorgouder .....</b>	<b>168</b>
<b>HOOFDSTUK 1. Belang van het kind .....</b>	<b>169</b>
AFDELING 1. Situering.....	169
AFDELING 2. Invulling .....	174
§ 1. Socialisatie en begeleiding tot volwassenheid .....	175
§ 2. Continuïteit in de opvoeding.....	178
<b>HOOFDSTUK 2. Belang van de zorgouder .....</b>	<b>181</b>

AFDELING 1. Situering.....	181
AFDELING 2. Invulling .....	181
§ 1. Opvoedende rol .....	181
§ 2. Erkenning van de eigenheid van de opvoedende rol .....	182
<b>HOOFDSTUK 3. Afweging tussen belang van het kind en belang van de zorgouder .....</b>	<b>183</b>
<b>DEEL IV. Grondslag en toepassingsvoorwaarden..</b>	<b>187</b>
<b>TITEL 1. Grondslag .....</b>	<b>187</b>
<b>HOOFDSTUK 1. Mogelijke aanknopingspunten .....</b>	<b>187</b>
AFDELING 1. Afstammingsrecht.....	188
AFDELING 2. Gezagsrecht.....	189
<b>HOOFDSTUK 2. Keuze voor gezagsrecht.....</b>	<b>191</b>
AFDELING 1. Finaliteit van het ouderlijk gezag .....	192
AFDELING 2. Kenmerken van het ouderlijk gezag .....	199
AFDELING 3. Buitenlandse ervaringen .....	200
<b>HOOFDSTUK 3. Besluit .....</b>	<b>201</b>
<b>TITEL 2. Materiële toepassingsvoorwaarden .....</b>	<b>203</b>
<b>HOOFDSTUK 1. Verticale relatie tussen kind en zorgouder .....</b>	<b>206</b>
AFDELING 1. Rechtsvergelijkende analyse .....	206
§ 1. (Aan)verwantschap .....	207
A. (Aan)verwantschapsbeletselen .....	207
B. Afwezigheid van (aan)verwantschapsbeletselen .....	209
§ 2. Samenwoning van kind met zorgouder .....	210
A. Wettelijke vereiste .....	210
B. Rechterlijk beoordelingselement .....	211
§ 3. Opvoedende rol .....	215
A. Wettelijke vereiste .....	216
B. Rechterlijk beoordelingselement .....	217
C. Geen wettelijke vereiste .....	220
AFDELING 2. Zorgouderschapstatuut - <i>de lege ferenda</i> .....	221
§ 1. Geen (aan)verwantschapsvereiste .....	221
§ 2. Geen samenwoningsvereiste .....	223

§ 3. De zorgouder moet (willen) opvoeden .....	225
<b>HOOFDSTUK 2. Horizontale relatie tussen ouder en zorgouder..</b>	<b>231</b>
AFDELING 1. Rechtsvergelijkende analyse .....	232
§ 1. Vertrouwensrelatie van ouder met zorgouder .....	232
A. Wettelijke vereiste als geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm.....	232
B. Wettelijke vereiste van vertrouwensrelatie .....	235
i. Positieve voorwaarde ('betrouwbaarheid').....	235
ii. Negatieve voorwaarde ('wantrouwen') .....	237
§ 2. Samenwoning van ouder met zorgouder .....	240
A. Wettelijke vereiste .....	240
B. Rechterlijk beoordelingselement .....	241
§ 3. Uitoefening van ouderlijk gezag in hoofde van de ouder met wie de zorgouder een vertrouwensrelatie of het ontbreken daarvan bewijst .....	244
A. Wettelijke vereiste van uitoefening .....	244
i. Vereiste van exclusieve uitoefening .....	244
ii. Geen vereiste van exclusieve uitoefening .....	250
B. Geen wettelijke vereiste van uitoefening.....	251
AFDELING 2. Zorgouderschapstatuut - <i>de lege ferenda</i> .....	251
§ 1. Vereiste van vertrouwensrelatie met minstens een van de ouders .....	252
§ 2. Geen samenwoningsvereiste .....	257
§ 3. Vereiste van ouderlijk gezag in hoofde van de ouder met wie de zorgouder een vertrouwensrelatie heeft .....	259
§ 4. Vereiste van afwezigheid van een andere zorgouder in verhouding met de ouder met wie een vertrouwensrelatie bestaat en in wiens hoofde ouderlijk gezag bestaat .....	261
<b>HOOFDSTUK 3. Besluit .....</b>	<b>262</b>
<b>TITEL 3. Procedurele toepassingsvoorwaarden .....</b>	<b>265</b>
<b>HOOFDSTUK 1. Rechtsvergelijkende analyse .....</b>	<b>266</b>
AFDELING 1. Via een geregistreerde overeenkomst.....	266
AFDELING 2. Via rechterlijke beslissing.....	269
§ 1. <i>Ratio</i> .....	270

§ 2.	Bevoegdheid van de rechter .....	271
A.	Legaliteitscontrole .....	271
B.	Opportuniteitscontrole .....	275
§ 3.	Rol van het kind .....	281
A.	Proces(on)bekwaam .....	282
B.	Hoorrecht .....	283
i.	Leeftijdsgrens .....	287
ii.	Geen leeftijdsgrens .....	291
AFDELING 3.	Van rechtswege .....	307
<b>HOOFDSTUK 2. Zorgouderschapsstatuut - de lege ferenda.....</b>		<b>310</b>
AFDELING 1.	Via zorgouderschapsverklaring .....	310
§ 1.	Verantwoording .....	310
§ 2.	Werking .....	314
A.	Verklaring voor de ambtenaar van de burgerlijke stand ..	314
B.	Gemeenschappelijke verklaring .....	316
C.	Vermeldingen in de verklaring .....	320
AFDELING 2.	Via rechterlijke beslissing .....	321
§ 1.	Verantwoording .....	321
§ 2.	Bevoegdheid .....	321
A.	Legaliteitscontrole .....	323
B.	Opportuniteitscontrole .....	324
<b>HOOFDSTUK 3. Besluit .....</b>		<b>327</b>
<b>DEEL V. Statuut van de zorgouder .....</b>		<b>329</b>
<b>TITEL 1. Titularisschap vs. uitoefening van het ouderlijk gezag .....</b>		<b>329</b>
<b>HOOFDSTUK 1. Rechtsvergelijkende analyse .....</b>		<b>329</b>
AFDELING 1.	Eerste type: toekenning van het titularisschap van het ouderlijk gezag aan de zorgouder .....	330
AFDELING 2.	Tweede type: toekenning van de uitoefening van het ouderlijk gezag aan de zorgouder .....	333
<b>HOOFDSTUK 2. Zorgouderschapsstatuut - de lege ferenda.....</b>		<b>334</b>
AFDELING 1.	Toekenning van de uitoefening van het gezag aan de zorgouder .....	335

AFDELING 2. Gevolgen voor de uitoefening van het ouderlijk gezag door de ouder(s) .....	337
---	-----

## **TITEL 2. Rechten en plichten van de zorgouder ..... 341**

### **HOOFDSTUK 1. Rechtsvergelijkende analyse .....342**

AFDELING 1. Eerste type: toekenning van de uitoefening van alle bestanddelen van het ouderlijk gezag .....	343
--	-----

§ 1. Recht (en plicht) om beslissingen te nemen met betrekking tot de persoon van het kind.....	343
---	-----

§ 2. Recht (en plicht) om de goederen van het kind te beheren.... .....	347
--	-----

§ 3. Recht om de opbrengsten van het vermogen van het kind te genieten .....	350
--	-----

§ 4. Recht (en plicht) om het kind te vertegenwoordigen.....	351
--	-----

§ 5. Plicht om levensonderhoud te verschaffen aan het kind ..	354
---	-----

§ 6. Plicht tot vergoeding van schade ingevolge de onrechtmatige daad van het kind .....	358
--	-----

§ 7. Plicht tot respect ten aanzien van het kind .....	359
--	-----

AFDELING 2. Tweede type: toekenning van (de uitoefening van) enkele bestanddelen van het ouderlijk gezag .....	360
--	-----

§ 1. Recht (en plicht) om beslissingen te nemen met betrekking tot de persoon van het kind.....	361
---	-----

§ 2. Recht (en plicht) om het kind te vertegenwoordigen in de toegekende rechten en in noodsituaties .....	367
--	-----

§ 3. Onrechtstreekse plicht om het kind levensonderhoud te verschaffen in geval van een huwelijk of geregistreerd partnerschap.....	370
---	-----

§ 4. Plicht tot vergoeding van schade ingevolge de onrechtmatige daad van het kind .....	371
--	-----

§ 5. Plicht tot respect ten aanzien van het kind .....	373
--	-----

### **HOOFDSTUK 2. Zorgouderschapsstatuut – de lege ferenda .....374**

AFDELING 1. De ouder van het kind oefent het ouderlijk gezag uit ... .....	375
---	-----

§ 1. Verantwoording .....	375
---------------------------	-----

§ 2. Inhoud .....	376
-------------------	-----

A. Recht (en plicht) van zorg.....	376
------------------------------------	-----



B.	Recht (en plicht) om het kind te vertegenwoordigen in dagelijkse opvoedingsaangelegenheden en noodsituaties.....	384
C.	Plicht om het kind levensonderhoud te verschaffen .....	388
D.	Plicht tot vergoeding van schade ingevolge de onrechtmatige daad van het kind.....	395
E.	Plicht tot respect ten aanzien van het kind .....	397
AFDELING 2.	De ouder van het kind oefent het ouderlijk gezag niet uit .....	398
§ 1.	Verantwoording .....	398
§ 2.	Inhoud .....	399
A.	Recht (en plicht) van toezicht en informatie .....	399
B.	Plicht tot respect ten aanzien van het kind .....	401
<b>TITEL 3.</b>	<b>Rechten en plichten van het kind .....</b>	<b>401</b>
<b>HOOFDSTUK 1.</b>	<b>Rechtsvergelijkende analyse .....</b>	<b>404</b>
AFDELING 1.	Doelgebonden recht op opvoeding en uitoefening van het ouderlijk gezag .....	404
AFDELING 2.	Recht op participatie in de opvoeding .....	408
§ 1.	Recht om visie mee in overweging te nemen .....	408
§ 2.	Recht om te worden gehoord in gerechtelijke procedures .....	411
§ 3.	Recht om bepaalde rechtshandelingen alleen te stellen... ..	412
AFDELING 3.	Recht op levensonderhoud vanwege de zorgouder ..	413
AFDELING 4.	Uitdrukkelijke of impliciete plicht tot respect ten aanzien van de zorgouder .....	414
<b>HOOFDSTUK 2.</b>	<b>Zorgouderschapsstatuut - <i>de lege ferenda</i>.....</b>	<b>417</b>
AFDELING 1.	Doelgebonden recht op (toezicht op) opvoeding en uitoefening van het ouderlijk gezag .....	418
AFDELING 2.	Recht op participatie in de opvoeding .....	420
AFDELING 3.	Recht op levensonderhoud vanwege de zorgouder ..	422
AFDELING 4.	Plicht tot respect ten aanzien van de zorgouder .....	423
<b>TITEL 4.</b>	<b>Conventionele wijzigbaarheid van het statuut.....</b>	<b>424</b>
<b>HOOFDSTUK 1.</b>	<b>Rechtsvergelijkende analyse .....</b>	<b>424</b>
AFDELING 1.	Eerste type: rechterlijke tussenkomst.....	425

AFDELING 2. Tweede type: eenzijdige, conventionele of rechterlijke wijziging .....	427
<b>HOOFDSTUK 2. Zorgouderschapsstatuut – de lege ferenda.....</b>	<b>428</b>
AFDELING 1. Verantwoording .....	428
AFDELING 2. Procedurele voorwaarden.....	430
§ 1. Overeenkomst.....	430
A. Schriftelijk karakter .....	431
B. Partijen .....	432
C. Inhoud .....	432
i. Verplichte gegevens.....	432
ii. Uitbreiding.....	433
iii. Modalisering .....	437
§ 2. Rechterlijke homologatie .....	439
<b>TITEL 5. Beëindiging van het statuut.....</b>	<b>441</b>
<b>HOOFDSTUK 1. Rechtsvergelijkende analyse .....</b>	<b>441</b>
AFDELING 1. Automatische beëindigingsgronden .....	441
AFDELING 2. Niet-automatische beëindigingsgronden.....	446
§ 1. Eerste type: via rechterlijke tussenkomst .....	446
§ 2. Tweede type: via rechterlijke tussenkomst of door de partijen zelf.....	450
<b>HOOFDSTUK 2. Zorgouderschapsstatuut - de lege ferenda.....</b>	<b>451</b>
AFDELING 1. Automatische beëindigingsgronden .....	451
§ 1. Meerderjarigheid, ontvoogding of overlijden van het kind	451
§ 2. Adoptie van het kind .....	452
§ 3. Overlijden van de zorgouder of ontzetting van het ouderlijk gezag .....	453
§ 4. Ontneming van de uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de ouder .....	453
§ 5. Ontzetting van het ouderlijk gezag in hoofde van de ouder die door de zorgouder wordt geholpen.....	454
§ 6. Overlijden van een ouder.....	455
A. Het kind heeft één juridische ouder.....	455
B. Het kind heeft twee juridische ouders.....	457

§ 7. Ouder bevindt zich in de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen .....	459
AFDELING 2. Niet-automatische beëindigingsgronden.....	460
§ 1. Om gewichtige redenen .....	461
A. Op verzoek van het Openbaar Ministerie .....	462
B. Op verzoek van de zorgouder .....	463
C. Op verzoek van de ouder(s) .....	465
D. Op verzoek van het kind .....	467
§ 2. Toekenning van de uitoefening van het ouderlijk gezag aan de ouder .....	468
AFDELING 3. Gevolgen .....	469
<b>Besluit .....</b>	<b>473</b>
<b>Schematisch overzicht .....</b>	<b>499</b>
<b>Bibliografie .....</b>	<b>505</b>



## **DEEL I. Inleiding**

### **TITEL 1. Probleemstelling**

#### **HOOFDSTUK 1. Maatschappelijke realiteit**

1. Tot voor enkele decennia geleden bestond een eenheidsmodel van ouderschap waarin juridisch, biologisch en feitelijk ouderschap (meestal) samen aanwezig waren in hoofde van dezelfde personen, zijnde een man en een vrouw die binnen het kader van hun huwelijk een kind hadden verwekt.<sup>1</sup> Beide juridische ouders verkregen als gevolg van het openbare orde karakter van het afstammingsrecht ouderlijk gezag over hun kind. Er was met andere woorden sprake van een geïntegreerde benadering van afstamming, biologische verwantschap en ouderlijk gezag binnen het begrip 'ouderschap'. Dit was bovendien gebaseerd op het huwelijk van de ouders met elkaar en de geboorte van het kind binnen dit huwelijk.<sup>2</sup> De *ratio legis* van deze geïntegreerde benadering stamt uit de Code Napoléon van 1804. Destijds was de voornaamste zorg van de wetgever bij de uitwerking van het familierecht de handhaving en uitbreiding van het familiekapitaal via huwelijken, onder leiding van een man als vader van de familie. Aangezien uitsluitend een man gezag kon uitoefenen en over goederen kon beschikken, moest de wetgever een systeem bedenken dat toeliet een man aan te

---

<sup>1</sup> Zie over de rol van de Kerk en het christendom in deze: M. GODELIER, "Systèmes de parenté, formes de famille. Quelques problèmes contemporaines qui se posent en Europe occidentale et en Euro-Amérique", *La revue lacanienne* 2010/3, n° 8, (37) 40, via <http://www.cairn.info/revue-la-revue-lacanienne-2010-3-page-37.htm>.

<sup>2</sup> C. HERBRAND en N. GALLUS, "La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie: évolutions, enjeux et régulation" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, (313) 314; J. SOSSON, "Filiation, origines, parentalité" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 1, (5) 5-6; F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", *TPR* 2016/1, nr. 9, (11) 20-21; I. THÉRY en A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* (rapport de groupe de travail Filiation, origines, parentalité), 2014, 40-41 (hierna: 'rapport THÉRY'); C. VAN WAMELEN, "Het tekort in het familierecht. In het bijzonder in het afstammingsrecht", *NJB* 1996, afl. 28, (1093) 1095.

duiden die deze functies over bepaalde kinderen zou kunnen vervullen. Hierbij werd uitgegaan van de premisse dat een man maar gezag wil uitoefenen over kinderen van wie hij zeker de verwekker is en met wie hij dus een biologische band heeft. Aangezien de man een uitgebreide maritale macht had over de persoon van zijn vrouw binnen het huwelijk, werd het huwelijk uitgewerkt als het systeem dat de man zekerheid zou bieden over de biologische band met zijn kinderen. De man kon immers de levenswandel van de vrouw bepalen en als zodanig verhinderen dat buitenechtelijke kinderen bij haar werden verwekt. Bijgevolg was hij als echtgenoot de juridische vader van de kinderen geboren binnen zijn huwelijk en oefende hij als titularis van de patriarchale macht deze macht ook uit.<sup>3</sup> In de daaropvolgende decennia werd geleidelijk aan deze patriarchale macht afgebouwd door een steeds verdergaand overheidsingrijpen, tot uiteindelijk in 1965 krachtens het gelijkheidsbeginsel man en vrouw beide titularis werden van het ouderlijk gezag.<sup>4</sup> Gedurende deze hele evolutie is voor de vestiging van het ouderlijk gezag de koppeling tussen afstammingsrecht en gezagsrecht blijven bestaan.

2. Door een aantal maatschappelijke en medische evoluties heeft zich evenwel een fragmentatie van het ouderschap voorgedaan.<sup>5</sup> De

---

<sup>3</sup> A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys en Breesch, 1995, nrs. 389-395, 143-147.

<sup>4</sup> A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys en Breesch, 1995, nrs. 419-421, 155-157.

<sup>5</sup> zie over deze evoluties: H. FULCHIRON, "Avant-propos. Parenté, filiation, origines: un nouveau monde en gestation" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, 7-12; N. GALLUS, "Les fondements et la représentation juridique de la parenté" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, nrs. 4-8, (7) 8-12; M. GODELIER, "Systèmes de parenté, formes de famille. Quelques problèmes contemporaines qui se posent en Europe occidentale et en Euro-Amérique", *La revue lacanienne* 2010/3, n°8, (37) 43-47, via <http://www.cairn.info/revue-la-revue-lacanianne-2010-3-page-37.htm>; C. HERBRAND en N. GALLUS, "La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie: évolutions, enjeux et régulation" J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, (313) 315-318; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "Les recompositions familiales et le droit au temps du démariage" in M.-Th. MEULDERS-KLEIN en I. THÉRY (eds.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Parijs, Nathan, 1993, 313-333; J. SOSSON, "Filiation, origines, parentalité" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nrs. 1-2, (5) 5-8; rapport THÉRY, 29-44; Rapport van de Staatscommissie Herijking Ouderschap, *Kind en ouders in de 21<sup>ste</sup> eeuw*, 2016, (hierna: 'rapport Herijking Ouderschap'), 52 met verwijzing naar hoofdstuk 3 en 372-374.

verschillende functies van ouderschap (i.e. biologisch, juridisch en feitelijk) zijn steeds vaker gescheiden en over meerdere personen verdeeld.<sup>6</sup>

Een eerste evolutie betreft de terugval van het aantal huwelijken<sup>7</sup> en de opkomst van een diversiteit aan samenlevingsvormen waarin kinderen worden grootgebracht.<sup>8</sup> Bovendien worden huwelijken sneller ontbonden krachtens een liberale(re) echtscheidingswetgeving zodat meer en meer kinderen na een echtscheiding van hun ouders worden opgevoed in eenoudergezinnen,<sup>9</sup> in gezinnen gevormd door hun ouder en diens nieuwe

---

<sup>6</sup> zie daarover onder andere: A. BAINHAM, "Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions" in A. BAINHAM, S. D. SCLATER en M. RICHARDS (eds.), *What is a parent? A socio-legal analysis*, Oxford, Hart Publishing, 1999, 25-46; N. GALLUS, "Les fondements et la représentation juridique de la parenté" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, nrs. 6-8, (7) 10-12; J. MASSON, "Parenting by being; parenting by doing - In search of principles for founding families" in J. R. SPENCER en A. DU BOIS-PEDAIN (eds.), *Freedom and responsibility in Reproductive Choice*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 131-155; J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 112-114; J. SOSSON, "Filiation, origines, parentalité" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, 5-33 en meer specifiek nrs. 1-5, (5) 5-10; F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", *TPR* 2016/1, 11-95; zie ook: F. GILLOT-DE VRIES en C. MOTTRIE, "Analyse conceptuelle des notions de parentalité et de filiation du pont de vue psychologique" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, (25) 37.

<sup>7</sup> Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2012*, 72 e.v., [http://www.kindengezin.be/img/Het\\_kind\\_in\\_Vlaanderen\\_2012.pdf](http://www.kindengezin.be/img/Het_kind_in_Vlaanderen_2012.pdf); Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2016*, 169 e.v., <https://www.kindengezin.be/img/kiv2016.pdf>.)

<sup>8</sup> Zo leven in Vlaanderen steeds meer jonge kinderen bij een ongehuwd paar. Dit percentage blijft toenemen van 19,1% in 2009 naar 20,6% in 2010, naar 22,1% in 2011, naar 23,4% in 2012, naar 24,2% in 2013, naar 25,2% in 2014 en naar zelfs 26,1% in 2015 en 26,8 % in 2016 (Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2012*, zie tabel 2.3, 62, [http://www.kindengezin.be/img/Het\\_kind\\_in\\_Vlaanderen\\_2012.pdf](http://www.kindengezin.be/img/Het_kind_in_Vlaanderen_2012.pdf); Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2013*, zie tabel 2.3, 58, <http://www.kindengezin.be/img/kind-in-Vlaanderen-2013.pdf>; Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2014*, zie tabel 2.2, 50, <http://www.kindengezin.be/img/kind-in-vlaanderen-2014.pdf>; Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2016*, zie tabel 2.2, 46, <https://www.kindengezin.be/img/kiv2016.pdf>.)

zie daarover in Nederland: rapport Herijking Ouderschap, 2016, 71 e.v.

<sup>9</sup> Zo werden in Vlaanderen in 2011 11,6% van kinderen tot twaalf jaar in een eenoudergezin. Opvallend is dat oudere kinderen meer opgroeien in eenoudergezinnen [zie Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2012*, zie tabel 2.1, p 58-59, [http://www.kindengezin.be/img/Het\\_kind\\_in\\_Vlaanderen\\_2012.pdf](http://www.kindengezin.be/img/Het_kind_in_Vlaanderen_2012.pdf) (geconsulteerd op 10 oktober 2013)]; De cijfers over de gezinsvorm en het gezinstype zijn gebaseerd op bronbestanden van het rijksregister die worden bewerkt door de studiedienst van de Vlaamse Regering en de ADSEI (Algemene Directie Statistiek en Economische Informatie van de Federale Overheidsdienst Economie). De cijfers voor het jaar 2011 moeten als voorlopige vaststellingen worden beschouwd aangezien de ADSEI nog geen bewerking heeft kunnen doorvoeren (zie p 58)]. Deze cijfers blijven (zo goed

levenspartner (i.e. nieuw samengestelde gezinnen)<sup>10</sup> of in nog andere gezinsconstellaties gevormd met een andere persoon (bv. grootouder)<sup>11</sup>.

Een tweede evolutie heeft betrekking op de bewustwording van vrouwen in het kader van het voortplantingsproces. Door de feministische eisen van de jaren 60 en 70 van de vorige eeuw is de individuele wil van vrouwen meer op de voorgrond komen te staan bij de invulling van een kinderwens. De verwekking van een kind is tegenwoordig niet meer verbonden met het sluiten van een huwelijk maar met de individuele wil, zodat vandaag steeds vaker gezinnen ontstaan waar meerdere personen betrokken zijn in de verwekking en opvoeding van een kind.<sup>12</sup>

Deze evolutie wordt nog verder ondersteund door een derde evolutie die zich in de medische wereld heeft voltrokken. De aanwending van medisch begeleide voortplantingstechnieken in combinatie met het gelijkheidsbeginsel en de opkomst van mensenrechten,<sup>13</sup> zoals het recht op

---

als) ongewijzigd voor de jaren 2012 tot en met 2016 [ zie Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2016*, zie tabel 2.1, 45, <https://www.kindengezin.be/img/kiv2016.pdf>]. Ook in Nederland kan dezelfde trend worden waargenomen. Zo is het aantal kinderen dat door een alleenstaande vrouw in 2014 wordt opgevoed gestegen met ongeveer 4% sinds 1996 en is er voor alleenstaande mannen een stijging met 1,30% waarneembaar [zie rapport Herijking Ouderschap, 2016, tabel 2, 71].

<sup>10</sup> In Vlaanderen werden in 2015 en 2016 2,5% van de kinderen van nul tot twaalf jaar opgevoed door een ouder en diens nieuwe ongehuwde partner, wat een toename betekent van 0,9% ten opzichte van het jaar 2011 [Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2012*, zie tabel 2.3, 62, [http://www.kindengezin.be/img/Het\\_kind\\_in\\_Vlaanderen\\_2012.pdf](http://www.kindengezin.be/img/Het_kind_in_Vlaanderen_2012.pdf); Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2016*, zie tabel 2.2, 46, <https://www.kindengezin.be/img/kiv2016.pdf> (geconsulteerd op 24 augustus 2017)]. zie daarover in Nederland: M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA, K. BOELE-WOELKI, C. BIJLEVELD, C. JEPPESEN DE BOER en G. VAN ROSSUM, *Meeroudergezag: een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders? Een empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek* (hierna: 'WODC-rapport Meeroudergezag'), Den Haag, BJU, 2014, zie vnl. 167-211.

<sup>11</sup> In 2009 woonden in Vlaanderen 3,2 % van de kinderen jonger dan twaalf jaar bij een ander kerngezin zoals bijvoorbeeld bij de grootouders. Dit percentage kende een kleine stijging van 0,1 % in de jaren 2010 tot en met 2014 [zie Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2012*, zie tabel 2.3, 62, [http://www.kindengezin.be/img/Het\\_kind\\_in\\_Vlaanderen\\_2012.pdf](http://www.kindengezin.be/img/Het_kind_in_Vlaanderen_2012.pdf); Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2013*, zie tabel 2.3, 58, <http://www.kindengezin.be/img/kind-in-Vlaanderen-2013.pdf>; Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2014*, zie tabel 2.2, 50, <http://www.kindengezin.be/img/kind-in-vlaanderen-2014.pdf>], om vervolgens in de jaren 2015 en 2016 opnieuw te stagneren naar 3,2 % [zie Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2016*, zie tabel 2.2, 46, <https://www.kindengezin.be/img/kiv2016.pdf>].

<sup>12</sup> zie daarover in Nederland: WODC-rapport Meeroudergezag, 2014, zie vnl. 125-166.  
<sup>13</sup> Zie over medisch begeleide voortplantingstechnieken en de invloed op het familierecht: L. BRUNET en J. SOSSON, "L'engendrement à plusieurs en droit



familielevens, hebben tot gevolg dat gelijkslachtige koppels hun kinderwens in vervulling kunnen zien gaan. In deze gezinnen doet zich evenwel een splitsing voor tussen biologisch en juridisch ouderschap aangezien slechts een van beide partners tegelijkertijd de biologische en juridische ouder van het kind kan zijn.

Een vierde evolutie houdt m.i. verband met de globalisering van onze samenleving en de daaruit voortvloeiende confrontatie van het familierecht met andere culturen. In sommige culturen bestaat immers een ruimere opvatting van het begrip 'familie' zodat meerdere (generaties) personen en niet alleen de ouders van het kind daadwerkelijk betrokken zijn in diens opvoeding en dus de rol van feitelijke ouder vervullen.<sup>14</sup>

3. De fragmentatie van het ouderschap doet de vraag rijzen hoe personen die een functie van het ouderschap vervullen in hun specifieke rol jegens het kind in rechte kunnen worden erkend.<sup>15</sup> Deze vraag wordt in dit proefschrift uitsluitend onderzocht voor de personen die het feitelijk ouderschap waarnemen over een kind doordat ze samen met de ouder(s) het kind begeleiden tot aan diens volwassenheid en zodoende de ouder(s) helpen in de opvoeding van het kind, zonder evenwel diens juridische of biologische ouder te zijn. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een

---

comparé: quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, (31) 31-70.

<sup>14</sup> zie daarover onder andere: J. GEORGAS: "Family: variations and changes across cultures", *Online Readings in Psychology and Culture* 2003/6(3), 3-16 - via <https://scholarworks.gvsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&context=orpc>; M. GODELIER, "Systèmes de parenté, formes de famille. Quelques problèmes contemporains qui se posent en Europe occidentale et en Euro-Amérique", *La revue lacanienne* 2010/3, n°8, 37- via <http://www.cairn.info/revue-la-revue-lacanienne-2010-3-page-37.htm>; en voor de invloed op het recht:

W. H. DASILVA, "The Impact of Diverse Cultures on Family Law", *Family Advocate* 2004-05/27, 2-5; J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. II – The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 378p.

<sup>15</sup> A. BAINHAM, "Arguments about parentage", *CLJ* 2008, (322) 348; S. CAP en J. SOSSON, "La place juridique du tiers au lien de filiation" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 38, (267) 311-312; A. J. M. NUYTINCK, "Meerouderschap, meeroudergezag en draagmoederschap: een persoonlijke ontboezeming" in *In Verbondenheid. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P. Vlaardingerbroek ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer, Kluwer, 2017, 59-72; J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 112-119; J. SOSSON, "Filiation, origines, parentalité" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 2, (5) 6-8 en nr. 6, (5) 12-13; F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", *TPR* 2016/1, nr. 76, (11) 78-79.

stiefouder die in het kader van een nieuw samengesteld gezin het kind helpt opvoeden, maar ook aan andere personen, zoals een grootouder, oom of tante die na het overlijden van een ouder het kind helpt opvoeden.<sup>16</sup>

## **HOOFDSTUK 2. Huidig juridisch kader**

4. Het huidige Belgische recht biedt een arsenaal aan mogelijkheden teneinde het feitelijk ouderschap juridisch te omkaderen, met name door de vestiging van een oorspronkelijke afstammingsband met het kind (afdeling 1), adoptie van het kind (afdeling 2), pleegvoogdij (afdeling 3), voogdij (afdeling 4), provoogdij (afdeling 5), pleegzorgschap (afdeling 6) of door gebruik te maken van een gemeenrechtelijke lastgevingsovereenkomst (afdeling 7). In wat hierna volgt, wordt onderzocht in welke mate deze statuten beantwoorden aan de in dit proefschrift beoogde opvoedingssituaties (cf. nr. 3). Daartoe worden ze allen geanalyseerd en grondig geëvalueerd.

### **AFDELING 1. Oorspronkelijke afstamming**

5. Een feitelijke ouder kan vooreerst een beroep doen op het oorspronkelijke afstammingsrecht teneinde zijn opvoedende rol juridisch te omkaderen.<sup>17</sup> Een beroep op het oorspronkelijke afstammingsrecht is niet alleen mogelijk voor personen van verschillend geslacht, maar sinds de wet van 5 mei 2014 inzake het meemoederschap, zoals gerepareerd door de wet van 18 december 2014, ook voor twee vrouwen vanaf 1 januari 2015.<sup>18</sup> De

---

<sup>16</sup> zie daarover specifiek: A. BAINHAM, "Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions" in A. BAINHAM, S. D. SCLATER en M. RICHARDS (eds.), *What is a parent? A socio-legal analysis*, Oxford, Hart Publishing, 1999, (25) 30-31.

<sup>17</sup> zie daarover ook: M. BEAGUE, "Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées?", *JDJ* 2007, (3) 11-12; zie over de oorspronkelijke afstamming: F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 681 e.v.; P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 685 e.v.; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 1 e.v.

<sup>18</sup> Wet 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder, *BS* 7 juli 2014; zie daarover andere: Ch. DECLERCK, "De rechtspositie van de meemoeder in het licht van de wetten van 5 mei 2014 en 18 december 2014" in I. BOONE en Ch. DECLERCK (eds.), *Actualia Familierecht 2014-2015*, Brugge, die Keure,

feitelijke ouder kan op drie wijzen een oorspronkelijke afstammingsband vestigen met het kind.

Zo wordt een oorspronkelijke afstammingsband automatisch gevestigd in hoofde van de feitelijke ouder, ongeacht diens geslacht, die gehuwd is met een vrouw wetende dat het kind dat deze vrouw draagt en waarvan ze zal bevallen niet door hem zelf verwekt is noch met zijn of haar toestemming verwekt is (art. 315 BW, art. 325-2 BW).

Een oorspronkelijke afstammingsband kan daarnaast ook worden gevestigd door een erkenning (art. 313, § 1 BW, art. 319 BW, art. 325/4 BW). Opdat de feitelijke ouder het kind kan erkennen mag hij of zij daartoe niet onbekwaam verklaard zijn (art. 492/1, § 1, derde lid, 7° BW). In dat geval zal de feitelijke ouder de vrederechter immers moeten verzoeken om een bijzondere machtiging tot erkenning. De vrederechter moet dan oordelen over de wilsbekwaamheid van de verzoeker (art. 328, § 2 BW).<sup>19</sup> De erkenner kan ook een minderjarige persoon zijn met voldoende onderscheidingsvermogen, zijnde een ontvoogde of wilsbekwame minderjarige (art. 328, § 1 BW).<sup>20</sup> Tussen de erkenner en het kind mag geen huwelijksbeletsel bestaan waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen (art. 313, § 2 BW, art. 321 BW en art. 325/5 BW). In het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof moet deze vereiste evenwel worden genuanceerd.<sup>21</sup> Bovendien moet de erkenner de toestemming hebben van het kind vanaf twaalf jaar dat over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt, alsook van diens juridische ouder tot aan de meerderjarigheid van het kind (art. 329*bis*, § 2 BW). De erkenning is een vrijwillige

---

151-174; L. PLUYM, "Juridisch statuut voor meemoeders – commentaar bij de wet van 5 mei 2014", *T.Fam.* 2015/1, 5-15; F. SWENNEN, "Meemoederschap zonder adoptie – de wet van 5 mei 2014 tot vaststelling van de afstamming van de meemoeder", *TBBR* 2014/10, 480-486.

<sup>19</sup> F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 743.

<sup>20</sup> zie daarover uitgebreid: T. QUIREYNS, "De erkenning en de instemming met de erkenning door een minderjarige", *T.Fam.* 2016, nrs. 7-10, (164) 166-167.

<sup>21</sup> cf. GwH 9 augustus 2012, nr. 103/2012, [www.grondwettelijkhof.be](http://www.grondwettelijkhof.be): het Hof verklaarde art. 325 BW in strijd met de Grondwet – vgl. art. 321 BW; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 744, 471; P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 725, nr. 806 en nrs. 900-901; G. VERSCHELDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 64, nr. 116, nr. 183.

buitengerechtelijke rechtshandeling en kan nog tot 1 april 2018 geschieden in een authentieke akte voor de ambtenaar van de burgerlijke stand of voor de notaris (art. 327 BW).<sup>22</sup> Na die datum zal een erkenning uitsluitend kunnen plaatsvinden in een akte van erkenning voor de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 327 BW).<sup>23</sup>

De feitelijke ouder kan ook een oorspronkelijke afstammingsband met het kind vestigen via een onderzoek naar het (mee)moeder- of vaderschap (art. 314, eerste lid BW, art. 322, eerste lid BW, en art. 325/8 BW). In dat geval is vereist dat de feitelijke ouder als verzoeker bekwaam is om de rechtsvordering in te stellen.<sup>24</sup> Bijgevolg zal hij steeds meerderjarig moeten zijn gelet op de procesonbekwaamheid van minderjarigen.<sup>25</sup> Tevens mag volgens de wet geen absoluut huwelijksbeletsel tussen de verzoeker en het kind bestaan (art. 314, tweede lid BW, art. 325 BW en art. 325/10 BW). Ingevolge rechtspraak van het Grondwettelijk Hof moet evenwel een uitzondering op deze bepaling mogelijk zijn teneinde *in concreto* een billijk evenwicht te bereiken tussen de betrokken belangen.<sup>26</sup> Ook is vereist dat het kind van minstens twaalf jaar met voldoende onderscheidingsvermogen geen bezwaren heeft geuit tegen de gerechtelijke vaststelling van de

---

<sup>22</sup> F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 742-743, 470; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 65, nrs. 117-119, nr. 182.

<sup>23</sup> Art. 327 BW zoals gewijzigd door de wet van 19 september 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Gerechtelijk Wetboek, de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging, en de verwijdering van vreemdelingen en het Consulaire Wetboek met het oog op de strijd tegen de frauduleuze erkenning en houdende diverse bepalingen inzake het onderzoek naar het vaderschap, moederschap en meemoederschap, alsook inzake het schijnhuwelijk en de schijnwettelijke samenwoning, *BS* 4 oktober 2017 (inwerkingtreding vanaf 1 april 2018); P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 726-728, nr. 810 e.v. en nr. 901.

<sup>24</sup> De feitelijke ouder mag dus niet onbekwaam verklaard zijn door de vrederechter om een vordering tot onderzoek naar het (mee)moeder- of vaderschap te voeren als eiser (art. 492/1, § 1, derde lid, 8° BW).

<sup>25</sup> G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 801 en 806: Wel wordt aanvaard dat een minderjarige met voldoende onderscheidingsvermogen bewarende proceshandelingen kan verrichten.

<sup>26</sup> GwH 9 augustus 2012, nr. 103/2012, [www.grondwettelijkhof.be](http://www.grondwettelijkhof.be); P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 744, nrs. 861-862 en nrs. 905-907; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 767, 478; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 70, nrs. 147-148 en nr. 189.

oorspronkelijke afstammingsband, alsook dat zijn juridische ouder geen dergelijke bezwaren heeft geuit (art. 332*quinquies* BW). Opdat het onderzoek naar het(mee)moeder- of vaderschap zou slagen en de rechter een oorspronkelijke afstammingsband met het kind vestigt, moet normalerwijze bij een man genetisch vaderschap worden bewezen (art. 324 BW), bij een vrouw het feit dat ze bevallen is (art. 314 BW) of in geval van meemoederschap het feit dat ze toegestemd heeft in een overeenkomst tot medisch begeleide voortplanting en de verwekking van het kind daarvan het gevolg kan zijn (art. 325/9, tweede lid BW). Aangezien de persoon die het kind feitelijk opvoedt als vrouw niet van het kind bevallen is of heeft toegestemd in de medisch begeleide voortplanting, en als man geen genetische band met het kind heeft, kan het onderzoek maar slagen wanneer wordt bewezen dat het kind bezit van staat heeft ten aanzien van hem of haar. Bezit van staat is een geheel van elementen waaruit blijkt dat de persoon in kwestie zich gedraagt als de ouder van het kind en zo ook in de samenleving wordt aangezien. Deze toestand wordt aangeduid met het Latijnse adagium *nomen, fama et tractatus* (art. 331*nonies* BW).<sup>27</sup> Het bezit van staat vervult zodoende een bewijsrechtelijke rol door een wettelijk vermoeden van ouderschap te creëren dat evenwel kan worden weerlegd door te bewijzen dat de feitelijke ouder niet van het kind bevallen is (art. 314, vierde lid BW), of dat een genetische band ontbreekt tussen de feitelijke ouder en het kind (art. 324, eerste lid BW) of door te bewijzen dat de meemoeder niet heeft toegestemd in de medisch begeleide voortplanting of de verwekking van het kind er niet het gevolg van kan zijn (art. 325/9, derde lid BW).<sup>28</sup> Niet iedereen is het evenwel eens met deze

---

<sup>27</sup> Zie over dit begrip o.a.: N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Brussel, Larcier, 2009, 588p; G. VERSCHULDEN, *Origineel ouderschap herdacht: pleidooi voor een globale hervorming van het afstammingsrecht*, Brugge, die Keure, 2005, nrs. 39-50, 21-26 en voornamelijk nr. 48.

<sup>28</sup> N. GALLUS, *Filiation* in *Répertoire pratique du droit belge*, Brussel, Bruylant, 2016, nr. 22, 35 en nr. 34, 51; P. SENAEVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 746, 241 en nr. 864, 270-271; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 770 e.v., 479 e.v.; specifiek inzake meemoederschap: L. PLUYM, "Juridisch statuut voor meemoeders – commentaar bij de wet van 5 mei 2014", *T.Fam.* 2015/1, nr. 29, (5) 12; F. SWENNEN, "Meemoederschap zonder adoptie – de wet van 5 mei 2014 tot vaststelling van de afstamming van de meemoeder", *TBBR* 2014/10, nr. 16, (480) 485.

bewijsrechtelijke waarde van bezit van staat als een vermoeden *juris tantum*. Volgens bepaalde rechtsleer maakt bezit van staat een onweerlegbaar vermoeden uit, zodat geen tegenbewijs mogelijk is.<sup>29</sup>

6. De vestiging van een oorspronkelijke afstammingsband roept tal van rechtsgevolgen in het leven tussen de feitelijke ouder en het kind, zoals onder meer een wederkerig erfrecht, een wederkerige onderhoudsplicht en een kwalitatieve aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door het kind (art. 1384, tweede lid BW). In het kader van dit proefschrift is evenwel voornamelijk van belang dat door de oorspronkelijke afstammingsband de feitelijke ouder van rechtswege titularis wordt van het ouderlijk gezag over het kind. Het Belgisch recht is immers een zuiver monistisch systeem waarbij de vestiging van een juridische afstammingsband steeds het titularisschap van het ouderlijk gezag met zich meebrengt (cf. nr. 174).<sup>30</sup> Bijgevolg heeft de feitelijke ouder dan een recht op persoonlijk contact met het kind (art. 374, § 1, vierde lid BW), heeft hij het gezag over de persoon van het kind (art. 373 BW),<sup>31</sup> heeft hij het recht om diens goederen te beheren (art. 376 BW) en de vruchten ervan te genieten (art. 384 BW), alsook om het kind te vertegenwoordigen in alle burgerlijke handelingen (art. 376 BW), zijnde zowel in rechte als voor het stellen van materieelrechtelijke rechtshandelingen.<sup>32</sup> De juridische ouder oefent dit gezag in beginsel gezamenlijk uit met de andere juridische ouder van het kind (art. 373, eerste lid en 376, eerste lid BW). Ten aanzien van derden te goeder trouw geldt een vermoeden van instemming voor zowel dagelijkse als meer fundamentele opvoedingsbeslissingen (art. 373, tweede lid en 376,

---

<sup>29</sup> G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 73, 38 (moeder) en nr. 153, 73 (vader).

<sup>30</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 991, 735.

<sup>31</sup> Onder het 'gezag over de persoon' wordt het recht van bewaring begrepen, dat de titularis het recht geeft om de dagelijkse zorg over het kind waar te nemen en om fundamentele opvoedingsbeslissingen te maken, alsook het recht om de ontvoogding van het kind te vorderen en toe te stemmen in diens huwelijk, adoptie of pleegvoogdij.

<sup>32</sup> zie onder andere: P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1138 e.v.; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 830 e.v.; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 812 e.v.

tweede lid BW). Bij onenigheid kan elk van hen zich steeds tot de familierechtbank wenden (art. 373, derde lid BW).

7. De aanwending van het oorspronkelijk afstammingsrecht ter omkadering van feitelijk ouderschap, heeft als voordeel dat de oorspronkelijke afstammingsband automatisch wordt gevestigd, voor zover het huwelijk tussen de feitelijke ouder en de moeder nog bestaat bij de geboorte. De feitelijke ouder moet met andere woorden geen verdere stappen ondernemen, noch moet hij een biologische band met het kind bewijzen. Ook bij een erkenning is de procedure die de feitelijke ouder moet doorlopen eenvoudig, en moet geen bewijs worden geleverd van het bestaan van een biologische band met het kind.<sup>33</sup>

8. Evenwel is het oorspronkelijke afstammingsrecht niet geschikt om de in dit proefschrift beoogde opvoedingssituaties te verankeren in rechte, en wel om de volgende redenen. De erkenning biedt uitsluitend een oplossing voor kinderen met slechts één juridische ouder. De positie van de feitelijke ouder kan met andere woorden niet worden beschermd wanneer het kind reeds twee juridische ouders heeft wiens juridische afstammingsband niet succesvol kan worden betwist. Een kind kan in het vigerende Belgisch recht immers niet meer dan twee juridische ouders hebben, de gewone adoptie buiten beschouwing gelaten (cf. nr. 9 e.v.).<sup>34</sup> Hierbij komt dat zelfs wanneer een erkenning mogelijk is omdat het kind maar één juridische ouder heeft, de feitelijke ouder meestal afhankelijk is van de toestemming van het kind en diens juridische ouder. Tevens is de gevestigde oorspronkelijke afstammingsband weinig stabiel want vatbaar voor betwisting, wat bovendien door de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof nog eenvoudiger is gemaakt doordat het Hof absolute gronden van ontoelaatbaarheid, zoals

---

<sup>33</sup> N. GALLUS, "Les fondements et la représentation juridique de la parenté" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, nr. 14, (7) 17.

<sup>34</sup> N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance. Filiation, autorité parentale, hébergement*, Brussel, Bruylant, 2009, 222-223; F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", *TPR* 2016/1, nr. 75, (11) 77; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 18, 10.

bezit van staat, en absolute betwistingstermijnen ongrondwettig heeft verklaard.<sup>35</sup>

Ook bij een onderzoek naar het (mee)moeder- of vaderschap kan de gevestigde afstammingsband worden betwist door derden via derdenverzet (art. 1122 e.v. Ger.W.) en door de betrokken partijen via een herroeping van gewijsde (art. 1132 e.v. Ger.W.).<sup>36</sup> En net zoals een erkenning, kan ook een onderzoek naar het (mee)moeder- of vaderschap, slechts plaatsvinden wanneer het kind geen twee juridische ouders heeft wiens juridische afstamming niet vatbaar is voor betwisting, en dit ongeacht in welke mate deze ouders daadwerkelijk hebben bijgedragen in de opvoeding van hun kind. Bovendien is de gerechtelijke procedure complex en moet ze mogelijks worden beëindigd wanneer de betrokkenen in de procedure verzet aantekenen (art. 332*quinquies* BW).

Verder brengt de vestiging van een oorspronkelijke afstammingsband ingevolge een erkenning of onderzoek naar het (mee)moeder- of vaderschap verregaande gevolgen met zich mee die niet steeds gewild zijn door de betrokkenen. Er kan worden aangenomen dat de feitelijke ouder zijn rol in de opvoeding van het kind erkend wil zien, waarvoor een beroep op het ouderlijk gezag volstaat. De vestiging van een oorspronkelijke afstammingsband heeft tot gevolg dat de feitelijke ouder voortaan het ouderlijk gezag zal kunnen uitoefenen als titularis ervan. Evenwel moet de feitelijke ouder dan ook aanvaarden dat aan de vestiging van een oorspronkelijke afstammingsband een resem andere gevolgen gekoppeld zijn die hij mogelijks niet beoogt. Zo ontstaat onder andere een onderhoudsplicht in zijn hoofde ten aanzien van het kind, en moet hij

---

<sup>35</sup> cf. **bezit van staat**: GwH 3 februari 2011, nr. 20/2011 ; GwH 7 maart 2013, nr. 29/2013; GwH 9 juli 2013, nr. 105/2013; GwH 9 juli 2013, nr. 96/2013; GwH 7 november 2013, nr.147/2013; GwH 19 sept 2014, nr. 127/2014; GwH 25 sept 2014, nr. 139/2014; GwH 12 maart 2015, nr. 35/2015; GwH 26 november 2015, nr. 168/2015; GwH 3 februari 2016, nr. 18/2016; **termijnen**: GwH 6 april 2011, nr. 54/2011; GwH 31 mei 2011, nr. 96/2011; GwH 5 december 2013, nr. 165/2013; GwH 3 februari 2016, nr. 18/2016; GwH 16 februari 2017, nr. 24/2017.

<sup>36</sup> F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 775, 481; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 228, 102 en nrs. 313-318, 147-149.



aanvaarden dat het kind een erfaanspraak kan laten gelden in zijn nalatenschap (cf. nr. 6).

Tot slot komt de *ratio* van het oorspronkelijke afstammingsrecht niet overeen met de *ratio* van het feitelijk ouderschap. Zo heeft het oorspronkelijke afstammingsrecht een persoonsidentificerende functie omdat het een kind binnen een bepaalde genealogische orde van verwanten plaatst zodat het geholpen wordt om zijn identiteit te ontwikkelen.<sup>37</sup> Ook heeft het oorspronkelijke afstammingsrecht een maatschappelijke functie omdat het personen doet behoren tot een bepaalde groep mensen met dezelfde identiteitskenmerken (cf. nr. 172).<sup>38</sup> De *ratio* van het feitelijk ouderschap is daarentegen gelegen in het begeleiden van een kind naar volwassenheid en zodoende diens ouders helpen het kind op te voeden (cf. nr. 3). Het gebruik van het afstammingsrecht ter omkadering van het feitelijk ouderschap zou deze *ratio* miskennen en door de assimilatie van de feitelijke ouder met de juridische ouder bovendien ook de specifiek opvoedende rol van de feitelijke ouder miskennen (cf. nr. 172).

## **AFDELING 2. Adoptie**

9. Een tweede mogelijkheid om het feitelijk ouderschap juridisch te verankeren is de adoptie. Uit cijfergegevens blijkt dat in 2012 voornamelijk door partners van hetzelfde geslacht een beroep werd gedaan op adoptie om de band met het kind van hun partner juridisch te verankeren. Zo ging 55, 1% ofwel 239 van de 434 zelfstandige adoptieaanmeldingen bij het Vlaams

---

<sup>37</sup> N. GALLUS, "Les fondements et la représentation juridique de la parenté" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, nr. 6, (7) 9: al is volgens deze auteur ook bezit van staat een goede grondslag; P. MURAT, "Passer par la filiation ou dépasser la filiation" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, (259) 265-266: volgens deze auteur heeft het afstammingsrecht een symbolische functie en kan het dus niet worden herleid tot een loutere vaststelling van de biologische werkelijkheid. Tevens vervult het afstammingsrecht een belangrijke genealogische functie; J. SOSSON, "Filiation, origines, parentalité" in *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 5, (5) 11.

<sup>38</sup> Zie daarover uitgebreid: M. GODELIER, "Systèmes de parenté, formes de famille. Quelques problèmes contemporaines qui se posent en Europe occidentale et en Euro-Amérique", *La revue lacanienne* 2010/3, n°8, 37-48, via <http://www.cairn.info/revue-la-revue-lacanienne-2010-3-page-37.htm>.

Centrum voor Adoptie van Kind en Gezin (hierna: VCA) uit van de gelijkslachtige partner van de juridische ouder. Slechts 38 % ofwel 165 van de 434 zelfstandige adoptieaanmeldingen ging uit van de ongelijkslachtige partner. Opvallend is dat voornamelijk vrouwelijke partners wensten over te gaan tot een adoptie. Zij vertegenwoordigden 236 van de 239 adoptieaanmeldingen door gelijkslachtige partners.<sup>39</sup> Deze tendens wordt bevestigd in het jaar 2013.<sup>40</sup> Door de wet op het meemoederschap (cf. nr. 6) liep in het jaar 2014 het aantal adoptieaanmeldingen door vrouwelijke partners fors terug, tot slechts 68 van de 239 zelfstandige adoptieaanmeldingen.<sup>41</sup> Omgekeerd kon in datzelfde jaar een stijging worden vastgesteld van het aantal mannen die het kind van hun gelijkslachtige partner wilden adopteren. Het VCA ontving 8 dergelijke adoptieaanmeldingen tegenover slechts 3 in 2012. Samen vertegenwoordigden de gelijkslachtige partners in 2014 31,8% van de zelfstandige adoptieaanmeldingen, terwijl de ongelijkslachtige partners 59,4% voor hun rekening namen.<sup>42</sup> Deze trend zet zich voort in het jaar 2015, waarin 77,5% van de zelfstandige adoptieaanmeldingen uitgaat van ongelijkslachtige partners tegenover slechts 5,2% van gelijkslachtige partners. Binnen deze laatste groep kwamen 6 adoptieaanmeldingen van mannen en slechts 4 van vrouwen.<sup>43</sup> Ook in het jaar 2016 blijft het aantal adoptieaanmeldingen van gelijkslachtige partners teruglopen tot 4,9 % van het totale aantal, terwijl 82,9% van de aanmeldingen uitgaat van de

---

<sup>39</sup> *Activiteitenverslag adoptie 2012* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie, zie tabel 3.1, 34-35, <http://www.kindengezin.be/img/activiteitenverslag-adoptie-2012.pdf>.

<sup>40</sup> *Activiteitenverslag adoptie 2013* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie, zie tabel 3.1, 39,

[file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/activiteitenverslag-vlaams-centrum-voor-adoptie-2013%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/activiteitenverslag-vlaams-centrum-voor-adoptie-2013%20(1).pdf): Meer specifiek ging 32,6% van de adoptieaanmeldingen uit van de heteroseksuele partner van de ouder en 59,6% van de homoseksuele partner van de ouder. Binnen die laatste groep waren het vooral lesbische vrouwen die het kind van hun partner wensten te adopteren. Zij dienden in totaal 279 van de 282 aanmeldingen in.

<sup>41</sup> *Activiteitenverslag adoptie 2014* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie, zie tabel 3.1, 39,

<http://www.kindengezin.be/img/2014vcaactiviteitenverslag.pdf> .

<sup>42</sup> *Activiteitenverslag adoptie 2014* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie, zie tabel 3.1, 39,

<http://www.kindengezin.be/img/2014vcaactiviteitenverslag.pdf>.

<sup>43</sup> *Activiteitenverslag adoptie 2015* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie, zie tabel 3.1, 40,

<file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/Activiteitenverslag Adoptie 2015.pdf> .

ongelijkslachtige partner.<sup>44</sup> Deze cijfers tonen aan dat een verandering is opgetreden in het gebruik van adoptie afhankelijk van de aard van de partnerrelatie die de ouder onderhoudt.

Daarnaast kan de laatste jaren ook een stijging worden waargenomen van het aantal adoptieaanmeldingen door familieleden zoals grootouders of ooms en tantes. Waar dit aantal in 2011 slechts 1,9 % oftewel 8 van de 409 zelfstandige adoptieaanmeldingen uitmaakten, is dit aantal in 2014 gestegen naar 5% en in 2015 en 2016 zelfs naar 8,9 % resp. 7,8%.<sup>45</sup>

10. Inzake adoptie moet een onderscheid worden gemaakt tussen adoptie door de echtgenoot of partner van de ouder, die als bijzondere eenouderadoptie wordt aangeduid met de term 'stiefouder- of partneradoptie',<sup>46</sup> en de adoptie door een andere persoon dan de partner of echtgenoot van de ouder, zoals bv. een intrafamiliale adoptie door de grootouder van het kind of een ander familielid, i.e. eenouderadoptie. In beide situaties kan het om een volle of een gewone adoptie gaan (art. 353-1 BW e.v. en art. 355 BW e.v.).

De kwalificatie van een adoptie als eenouderadoptie of stiefouder- of partneradoptie is voornamelijk voor de rechtsgevolgen van belang. Bij een gewone eenouderadoptie blijft het kind immers juridisch tot zijn oorspronkelijke familie behoren, zij het dat bepaalde gevolgen van de oorspronkelijke afstammingsband worden afgezwakt.<sup>47</sup> Zo verliezen beide

---

<sup>44</sup> *Activiteitenverslag adoptie 2016* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie, zie tabel 3.1, 37,

[file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/activiteitenverslag\\_2016.pdf](file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/activiteitenverslag_2016.pdf).

<sup>45</sup> *Activiteitenverslag adoptie 2012* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie, zie tabel 3.1, 34-35, <http://www.kindengezin.be/img/activiteitenverslag-adoptie-2012.pdf>;

*Activiteitenverslag adoptie 2015* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie, zie tabel 3.1, 40, [file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/Activiteitenverslag\\_Adoptie\\_2015.pdf](file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/Activiteitenverslag_Adoptie_2015.pdf);

*Activiteitenverslag adoptie 2016* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie, zie tabel 3.1, 37, [file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/activiteitenverslag\\_2016.pdf](file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/activiteitenverslag_2016.pdf).

<sup>46</sup> zie daarover ook: M. BEAGUE, "Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées?", *JDJ* 2007, (3) 12-15.

<sup>47</sup> zie onder andere: P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1087-1089, 329; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 815-818, 498-499; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 729 e.v., 321.

ouders het ouderlijk gezag jegens hun kind, wat evenwel niet zo is bij een gewone stiefouder- of partneradoptie. In dat geval oefenen de adoptant en de ouder van het kind die zijn echtgenoot of partner is, samen het ouderlijk gezag uit als titularissen (art. 353-8 *juncto* art. 353-9, eerste lid BW). Voor de uitoefening van het gezag en de beslechting van gezagsconflicten geldt verder dezelfde regeling als bij de vestiging van een oorspronkelijke afstammingsband (cf. nr. 6). Door de stiefouder- of partneradoptie kan de adopterende echtgenoot of partner ook kwalitatief aansprakelijk worden gesteld voor de onrechtmatige daad begaan door het geadopteerde kind (art. 1384, tweede lid BW),<sup>48</sup> én ontstaat een wederzijdse onderhoudsplicht met het kind (art. 353-14, tweede en vierde lid BW). Ook blijft een subsidiaire onderhoudsplicht bestaan tussen het kind en zijn tweede ouder (art. 353-14, derde lid BW). Het kind verkrijgt daarnaast een erfrecht in de nalatenschap van de adoptant en behoudt zijn erfrecht in de nalatenschap van de ouder die niet gehuwd is of samenwoont met de adoptant (art. 353-15 BW).<sup>49</sup> Tot slot draagt het kind ingevolge de stiefouder- of partneradoptie ofwel de familienaam van de echtgenoot of partner, zijnde zijn ouder, ofwel de familienaam van de adoptant, ofwel een dubbele naam samengesteld uit hun twee namen in een zelfgekozen volgorde en met niet meer dan één naam voor elk van hen (art. 353-2, § 1, eerste lid BW).<sup>50</sup> Bij een volle eenouderadoptie houdt het kind enerzijds op te behoren tot zijn oorspronkelijke familie en verkrijgt het anderzijds in de adoptieve familie een statuut met dezelfde rechten en plichten als een afstammeling van de adoptant (art. 356-1 BW). Gaat het evenwel om een volle stiefouder- of partneradoptie, dan blijven de banden van het kind met de ouder die echtgenoot of partner is van de adoptant, behouden (art. 356-1, laatste lid

---

<sup>48</sup> T. WUYTS, "Ontwikkelingen inzake de begrippen 'vader', 'moeder' en 'minderjarige' in de zin van art. 1384, tweede lid BW" in *De aansprakelijkheid van ouders en onderwijzers. Dossier tijdschrift voor de vrede- en politierechters*, Brugge, die Keure, 2007, nr. 25, (1) 15: Het vermoeden van aansprakelijkheid rust uitsluitend op de adoptant(en) en niet meer op de ouders van het kind die niet meer het ouderlijk gezag uitoefenen en met wie geen juridische afstammingsband meer bestaat. De stiefouder- of partneradoptie vormt hierop een uitzondering.

<sup>49</sup> Y.-H. LELEU, *Droits des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2016, nrs. 707-712, 702-705; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 742-744, 325-326 en nrs. 752-757, 328-329.

<sup>50</sup> Y.-H. LELEU, *Droits des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2016, nr. 706, 701-702; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 734, 323.

BW).<sup>51</sup> Bijgevolg oefenen zij als titularissen van het ouderlijk gezag dit gezag samen uit waarbij een vermoeden van instemming geldt ten aanzien van derden te goeder trouw, bestaat ook een wederkerige onderhoudsplicht jegens het kind en een volwaardig wederkerig erfrecht. Doordat met de tweede ouder alle banden zijn verbroken, heeft het kind geen onderhoudsaanspraken meer tegen diens persoon noch erfaanspraken tegen zijn nalatenschap. Inzake de familienaam van het kind na een volle stiefouder- of partneradoptie geldt dezelfde regeling als bij een gewone stiefouder- of partneradoptie (art. 356-2, derde lid BW).<sup>52</sup>

11. Opdat de persoon die samen met de ouder het kind opvoedt een beroep kan doen op een stiefouder- of partneradoptie moet hij gehuwd, wettelijk samenwonend of sedert ten minste drie jaar op een permanente en affectieve wijze feitelijk samenwonend zijn met de ouder van het kind (art. 343, § 1, b) BW). In navolging van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof,<sup>53</sup> kan ook een 'voormalige partner' van de ouder diens kind adopteren.<sup>54</sup> Zodoende bestaat naast de eenouderadoptie van het kind van de echtgenoot van de adoptant (i.e. stiefouderadoptie) en een

---

<sup>51</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1074-1079; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 762, 334.

<sup>52</sup> Y.-H. LELEU, *Droits des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2016, nrs. 723-726, 709-711; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 763-765, 335-336 en nrs. 771-772, 336-338.

<sup>53</sup> GwH 12 juli 2012, nr. 94/2012, [www.grondwettelijkhof.be](http://www.grondwettelijkhof.be): volle adoptie door voormalige vrouwelijke partner; GwH 25 juni 2015, nr. 94/2015, RTDF 2015/3, 580; RW 2015-16 (samenvatting), afl. 1, 39, B.9.2 en B.10.1: gewone adoptie door voormalige mannelijke partner; zie inzake GwH 12 juli 2012, nr. 94/2012: N. GALLUS, *Filiation in Répertoire pratique du droit belge*, Brussel, Bruylant, 2016, nr. 114, 144-145; F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", TPR 2016/1, nr. 73, (11) 76; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 658, 294-295; zie inzake GwH 25 juni 2015, nr. 94/2015: P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2015, nr. 993-1, 315; F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", TPR 2016/1, nr. 73, (11) 76; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 658, 295-296; zie ook: GwH 16 februari 2017, nr. 25/2017, [www.grondwettelijkhof.be](http://www.grondwettelijkhof.be): *In casu* woonde een man wettelijk samen met zijn ten volle geadopteerde zus. Bijgevolg kon hij niet overgaan tot de gewone adoptie van haar minderjarige kinderen, die geen juridische vader hadden en waarvan de biologische vader onbekend was, gelet op het tussen hen bestaande absoluut huwelijksbeletsel; GwH 13 juli 2017, nr. 95/2017, [www.grondwettelijkhof.be](http://www.grondwettelijkhof.be): *In casu* woonden tweelingzussen feitelijk samen en wilde een van hen overgaan tot de gewone adoptie van het minderjarige kind van haar zus dat geen juridische vader had.

<sup>54</sup> Wet 20 februari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de adoptie, BS 22 maart 2017 (i. w. tr. 1 april 2017).

eenouderadoptie van het kind van de wettelijke samenwonende partner van de adoptant of van diens feitelijk samenwonende partner sedert tenminste drie jaar (i.e. partneradoptie), ook een eenouderadoptie door de 'voormalige partner' van de ouder van het kind. De voormalige partner wordt in art. 343, § 1, b/1) BW omschreven als "*de voormalige echtgenoot of de voormalige wettelijk samenwonende, of een van de gescheiden personen die op een permanente en affectieve wijze hebben samengewoond gedurende tenminste drie jaar, voor zover zij niet door een band van bloedverwantschap zijn verbonden die leidt tot een huwelijksverbod waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen.*" De voormalige partner kan het kind adopteren voor zover het geboren of geadopteerd werd tijdens de partnerrelatie met de ouder, het kind slechts één juridische ouder heeft en de voormalige partner op materieel en affectief vlak een duurzame feitelijke relatie onderhoudt met het kind (art. 344-3 BW). Is aan deze voorwaarden voldaan, dan geniet de voormalige partner van dezelfde gunstige leeftijds- en geschiktheidsvoorwaarden als bij een stiefouderadoptie. Zo is een maatschappelijk onderzoek naar zijn geschiktheid niet verplicht (art. 346-2, derde lid BW) en volstaat het dat de voormalige partner minstens achttien jaar oud is en tien jaar ouder dan het kind dat hij wenst te adopteren (art. 345, tweede lid BW). Ook gelden dezelfde gunstige rechtsgevolgen als bij een stiefouderadoptie.<sup>55</sup> Is de feitelijke ouder evenwel niet de (voormalige) echtgenoot of partner van de juridische ouder van het kind dan betreft het een gewone eenpersoonsadoptie (art. 343, § 1, a) BW). De geschiktheid van de feitelijke ouder moet dan worden beoordeeld middels een maatschappelijk onderzoek (art. 346-2, eerste lid BW). Tevens moet de feitelijke ouder minstens vijftwintig jaar oud zijn en vijftien jaar ouder zijn dan het kind op het ogenblik van de indiening van het verzoekschrift tot adoptie (art. 345, eerste en derde lid BW). Het Grondwettelijk Hof heeft dit minimumleeftijdverschil van vijftien jaar tussen kandidaat-adoptant en kandidaat-geadopteerde

---

<sup>55</sup> M. GOEGEBUER, "Adoptie door de voormalige partner en andere wijzigingen in de adoptiewetgeving. Commentaar bij de wet van 20 februari 2017", *T.Fam.* 2017, nrs. 22-28, (147) 154-156; P. SENA EVE, "De wet van 20 februari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de adoptie" in G. DECOCK, P. SENA EVE, G. VERSCHULDEN en T. WIJNANT (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 16-40, (1) 13-25.

evenwel ongrondwettig bevonden, wanneer het op absolute wijze verhindert dat een minderjarig of meerderjarig kind gewoon of ten volle wordt geadopteerd door een persoon met wie het een duurzame affectieve relatie heeft én voor zover het leeftijdsverschil tussen beiden groter is dan het gunstigere leeftijdsverschil van tien jaar voor bepaalde kandidaat-adoptanten.<sup>56</sup>

12. De adoptieve afstammingsband die de feitelijke ouder met een kind vestigt in de beoogde opvoedingssituaties is stabiel van aard. Een gewone (stiefouder- of partner)adoptie kan immers slechts worden herroepen om zeer gewichtige redenen op verzoek van de adoptant(en) (i.e. de feitelijke ouder), de geadopteerde of het Openbaar Ministerie (art. 354-1 BW). Een volle (stiefouder- of partner)adoptie kan zelfs niet worden herroepen maar uitsluitend worden herzien op verzoek van het Openbaar Ministerie (art. 356-4 BW).<sup>57</sup> Bovendien wordt de geboorteakte van het geadopteerde kind niet vernietigd of ontoegankelijk gemaakt zodat hij steeds kennis heeft van zijn oorspronkelijke afstamming. Het kind heeft ook het recht om een afschrift te bekomen van zijn geboorteakte (art. 45, § 1, tweede lid BW).

13. Adoptie is ongeschikt voor de omkadering van feitelijk ouderschap, en wel om de volgende redenen.<sup>58</sup>

Vooreerst maakt de aanwending van adoptie een oneigenlijk gebruik uit. Adoptie is immers een rechtsfiguur die een kind, wiens ouders overleden zijn of dat verlaten werd door zijn ouders, van een nieuw gezin wil voorzien. Adoptie is met andere woorden een bijzondere maatregel van jeugdbescherming.<sup>59</sup> In de beoogde opvoedingssituaties van feitelijk

---

<sup>56</sup> GwH 23 november 2017, nr. 131/2017, [www.grondwettelijkhof.be](http://www.grondwettelijkhof.be).

<sup>57</sup> N. GALLUS, "Les fondements et la représentation juridique de la parenté" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, nr. 14, (7) 17-18; zie voor kritiek dienaangaande G. MATHIEU, "L'irrévocabilité de l'adoption plénière endofamiliale: une remise en question fondée sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme", *RTDF* 2016/1, 49-71.

<sup>58</sup> Zie inzake adoptie onder andere: C. CASTELEIN, "Adoptie" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 9-53; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2016, nrs. 678-743, 673-728; A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, Brussel, Bruylant, 2013, 437-457.

<sup>59</sup> Verslag namens de commissie voor Justitie, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1366/011, 11 en 15; zie ook F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", *TPR* 2016/1, nr. 70, (11) 73; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 1227-1229, 901-901 en

ouderschap heeft het kind nog vaak beide juridische ouders en groeit het ook reeds op in een gezin.<sup>60</sup> Steun voor de stelling dat adoptie ongeschikt is voor de juridische verankering van dit feitelijk ouderschap kan ook worden gevonden in een advies van de Raad van State. Er weze opgemerkt dat dit advies beperkt is tot opvoedingssituaties waarbij de ouders vrijwillig hun kind laten adopteren. Het gaat dan om een adoptie door de (nieuwe) gelijkslachtige partner van de ouder of door twee volwassen personen die een kind adopteren dat de juridische ouders niet meer willen opvoeden. Het advies strekt zich met andere woorden niet uit tot gevaarsituaties die eveneens een adoptie kunnen rechtvaardigen en waarbij de ouders hun kind hebben verlaten zodat het geplaatst wordt in een pleeggezin met het oog op adoptie (cf. nrs. 130 e.v.).<sup>61</sup>

Tevens kan de feitelijke ouder het kind maar adopteren nadat hij de vereiste toestemmingen heeft gekregen, van het te adopteren kind zelf vanaf twaalf jaar (art. 348-1 BW) en van zijn juridische ouders (art. 348-3 BW). De juridische ouders kunnen hun toestemming slechts geven wanneer het kind minstens twee maanden oud is (art. 348-4 BW). Deze toestemmingen kunnen een hinderpaal vormen voor de erkenning van feitelijk ouderschap wanneer ze worden geweigerd. Weigeren de ouders hun toestemming, dan is de adoptieprocedure in beginsel geblokkeerd.<sup>62</sup> De rechter kan de weigering van de juridische ouders slechts naast zich neerleggen wanneer na een grondig maatschappelijk onderzoek blijkt dat de ouders zich niet (meer) om het kind bekommerd hebben of zijn gezondheid, veiligheid of zedelijkheid in gevaar hebben gebracht (art. 348-11, tweede lid BW). Betreft het evenwel een nieuwe adoptie, stiefouderadoptie,

---

nr. 1252, 916; T. WUYTS, "De rechtspositie van meemoeders en hun kinderen" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 112, (71) 98 met verwijzing naar rechtsleer aldaar.

<sup>60</sup> Verslag namens de subcommissie familierecht, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 393/003, 13 (betooft van de heer Serge LEONARD); zie ook GwH 22 september 2016, nr. 116/2016, B.7.1 met vermelding *Parl. St.* Senaat 1966-67, nr. 358, p. 70.

<sup>61</sup> Advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State van 7 oktober 2005 bij het wetsvoorstel tot aanvulling van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake het zorgouderschap, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 393/2, nr. 82, 84-85 en voor een verdere vergelijking met de instelling van de adoptie, zie de nrs. 64-76, 74-80.

<sup>62</sup> Zie voor aangehaalde voorbeelden bij toestemmingsweigering: Verslag namens de subcommissie familierecht, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 393/003, 60 (uiteenzetting door professor RENCHON); T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 1252, 916.



partneradoptie of eenouderadoptie door de voormalige partner,<sup>63</sup> dan kan de familierechtbank de adoptie uitspreken als ze van oordeel is dat de ouder op onverantwoorde wijze zijn of haar toestemming weigert (art. 348-11, eerste lid BW).<sup>64</sup> Het kind daarentegen beschikt over een vetorecht vanaf twaalf jaar.

Bovendien kan slechts één adoptie tegelijkertijd uitwerking hebben (artt. 347-1 en 347-2 BW), zodat maar één feitelijke ouder zijn rol in de opvoeding van het kind juridisch verankerd kan zien.<sup>65</sup>

Verder vormt adoptie een verregaande ingreep op de rechten en belangen van (één van) de juridische ouders en hun (diens) familie.<sup>66</sup> Doordat bij volle of gewone stiefouder- of partneradoptie ouderlijk gezag steeds wordt overgedragen van een van beide ouders op de adoptant (art. 356-1, laatste lid BW; art. 353-9 BW), komt deze rechtsfiguur niet tegemoet aan de diversiteit en complexiteit van de situaties waarin een kind kan opgroeien. Steeds wordt immers een ouder vervangen door de adoptant. Bijgevolg biedt stiefouder- of partneradoptie geen oplossing die evenredig is met de intensiteit van de banden die kunnen bestaan tussen het kind en de feitelijke ouder. Zodoende kan de feitelijke realiteit worden miskend.<sup>67</sup> Dit geldt *a fortiori* wanneer het een volle of gewone eenpersoonsadoptie betreft door een feitelijke ouder die niet de (voormalige) echtgenoot of partner van

---

<sup>63</sup> in navolging van GwH 12 juli 2012, nr. 93/2012, inzake volle adoptie en GwH 25 juni 2015, nr. 94/2015, inzake gewone adoptie; P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1026-1031; F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", *TPR* 2016/1, nr. 73, (11) 75-76; zie over GwH 12 juli 2012, nr. 93/2012, T. WUYTS, "De rechtspositie van meemoeders en hun kinderen" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 114-117, (71) 99-104; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 690, 304-305.

<sup>64</sup> Zoals gewijzigd door art. 8 Wet 20 februari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de adoptie; M. GOEGEBUER, "Adoptie door de voormalige partner en andere wijzigingen in de adoptiewetgeving. Commentaar bij de wet van 20 februari 2017", *T.Fam.* 2017, nrs. 29-32, (147) 156-158.

<sup>65</sup> F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", *TPR* 2016/1, nr. 75, (11) 77.

<sup>66</sup> M. BEAGUE, "Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées?", *JDJ* 2007, afl. 268, (3) 12-13; zie daarover uitgebreid T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 1255, 917.

<sup>67</sup> A. HUYGENS, "Persoonlijk gezag over minderjarige kinderen: quo vadis?", *TBBR* 2006, nr. 24, (567) 577; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 1255, 917.

de ouder van het kind is. In dat geval verliezen beide ouders van het kind immers het ouderlijk gezag dat wordt gevestigd in hoofde van de feitelijke ouder (art. 356-1, eerste lid BW; art. 353-8 BW). Ook voor de feitelijke ouder als adoptant kan de adoptie te verstrekkende juridische gevolgen hebben waardoor deze mogelijkwijze zal afzien van de adoptieprocedure (cf. nr. 9). Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin de adoptant reeds een of meerdere kinderen uit een andere relatie heeft wiens erfrecht hij niet wenst te beperken ingevolge de adoptie.<sup>68</sup> Vanuit het standpunt van het geadopteerde kind kan een adoptie eveneens te verstrekkende gevolgen hebben aangezien daardoor zijn juridische en sociale identiteit veranderd wordt, waarbij de vraag kan worden gesteld of een dergelijke wijziging gerechtvaardigd is in het belang van het kind.<sup>69</sup>

Ten slotte wordt de adoptieprocedure gekenmerkt door een zekere onvoorspelbaarheid die rechtsonzekerheid creëert. Zo valt de uitkomst van de procedure niet te voorspellen aangezien de rechter in het kader van de belangenafweging niet alleen de belangen van het kind en van de adoptant in acht moet nemen, maar ook alle andere wettige belangen (art. 131-13, eerste lid Ger.W.) zoals het belang van beide juridische ouders en hun familieleden (bv. grootouders), het belang van de familieleden van de adoptant (bv. eigen kinderen), en het belang van de samenleving.<sup>70</sup> Strijden deze belangen met elkaar, dan moet de rechter voorrang geven aan het belang van het kind.<sup>71</sup> Het is met andere woorden onduidelijk voor de feitelijke ouder of een adoptieve afstammingsband met het kind zal worden gevestigd aangezien het finaal de rechter is die oordeelt over de vraag of de

---

<sup>68</sup> Verslag namens de subcommissie familierecht, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 393/003, 43-44 (antwoord professor HEYVAERT).

<sup>69</sup> Verslag namens de subcommissie familierecht, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 393/003, 59-60 (uiteenzetting door professor RENCHON); B. BERTRAND, "L'adoption intrafamiliale comme mode de reconstitution familiale" in N. GALLUS (ed.), *Les reconstitutions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, (63) 69; Y.-H. LELEU, *Droits des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2016, nr. 680, 678-679.

<sup>70</sup> Verslag namens de subcommissie familierecht, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 393/003, 51-52 (uiteenzetting door T. WUYTS); M. BEAGUE, "Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées?", *JDJ* 2007, afl. 268, (3) 12.

<sup>71</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 1252, 916.

adoptie in het belang van het kind is.<sup>72</sup> Naast de uitkomst is ook de duurtijd van de procedure onvoorspelbaar. Hoewel bepaalde termijnen wettelijk zijn vastgelegd, zorgen interveniërende factoren ervoor dat het onmogelijk is om op voorhand de duurtijd te bepalen. Tevens is de adoptieprocedure complex van aard,<sup>73</sup> waarbij de voorbereiding en het (eventuele) maatschappelijk onderzoek door de adoptant (i.e. feitelijke ouder) als vernederend kunnen worden ervaren wanneer hij of zij reeds ettelijke jaren het kind opvoedt.<sup>74</sup> Deze verschillende procedurestappen houden evenwel verband met het feit dat adoptie een maatregel van jeugdbescherming is, zoals *supra* vermeld (cf. nr. 13).

### **AFDELING 3. Pleegvoogdij**

14. Een derde mogelijkheid om het feitelijk ouderschap juridisch te verankeren is de pleegvoogdij. Cijfergegevens tonen aan dat deze rechtsfiguur zelden wordt gehanteerd.<sup>75</sup> Slechts 26 van de 17.004

---

<sup>72</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 1127, 900 en nr. 1252, 916.

<sup>73</sup> N. GALLUS, "Les fondements et la représentation juridique de la parenté" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, nr. 13, (7) 16-17; G. HIernaux, "L'autorité parentale et le rôle des tiers. De la parenté à la parentalité" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, (75) 83;

FEDERALE OVERHEIDSDIENST JUSTITIE, *Adoptie in vogelvlucht*, 32, [http://justitie.belgium.be/nl/binaries/Adoptie%20in%20vogelvlucht\\_tcm265-138407.pdf](http://justitie.belgium.be/nl/binaries/Adoptie%20in%20vogelvlucht_tcm265-138407.pdf) (geconsulteerd op 14 september 2013).

<sup>74</sup> N. UYTENDAELE, "Modalités d'hébergement, rôle des parents et beaux-parents et exercice de l'autorité parentale – Le point de vue du juriste" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, (95) 110-111; In het kader van een stiefouder- of partneradoptie is een maatschappelijk onderzoek niet verplicht (art. 346-2, derde lid BW). Al moet worden opgemerkt dat het meestal wel wordt bevolen om de relatie met de tweede ouder en diens familie te beoordelen (B. BERTRAND, « L'adoption intrafamiliale comme mode de reconstitution familiale » in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, (63) 66).

<sup>75</sup> zie voor enkele toepassingsgevallen: Gent (jeugdkamer) 10 december 1975, *RW* 1977-78, 1259, noot J. PAUWELS: Beide echtgenoten kunnen samen de pleegvoogdij uitoefenen over eenzelfde kind; Brussel (jeugdkamer) 28 november 2006, *RTDF* 2008, 90: Aangezien de akte van Kafala naar Marokkaans recht niet kan worden erkend in de Belgische rechtsorde wordt een pleegvoogdij-overeenkomst afgesloten in het belang van het kind; Jeugdrb. Gent 8 mei 2008, *T.Fam.* 2009, 31, noot R. VASSEUR; zie ook: Ch. DE WULF, *Notarieel familie- en familiaal vermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, nr. 225, 151; J. PAUWELS, "Pleegvoogdij door twee echtgenoten" (noot onder Gent (jeugdkamer) 10 december 1975, *RW* 1977-78, nr. 1, (1261) 1261; R.

civielrechtelijke zaken die werden ingeleid vanaf 1 januari 2012 bij de verschillende jeugdrechtbanken over het Rijk, hadden betrekking op pleegvoogdij.<sup>76</sup> Daarvan werd in datzelfde jaar in 21 zaken een eindvonnis uitgesproken.<sup>77</sup> Deze trend wordt voortgezet in de daaropvolgende jaren. Zo hebben slechts 22 van de 15.274 in 2013 bij de jeugdrechtbanken nieuw ingeleide civielrechtelijke zaken, betrekking op pleegvoogdij en worden er dat jaar inzake de pleegvoogdijprocedures 14 eindvonnissen uitgesproken.<sup>78</sup> Door de oprichting van de familie- en jeugdrechtbank geven de cijfers sedert het jaar 2014 geen nauwkeurig beeld meer over het aantal aanvragen en eindvonnissen in dat jaar met betrekking tot pleegvoogdij. Zo zijn de cijfers niet beschikbaar voor het volledige jaar en worden de verzoeken tot homologatie van de pleegvoogdijovereenkomst gevat onder de noemer 'jeugdzaken' samen met verzoeken tot persoonlijk contact, ouderlijk gezag, onderhoudsgeld, enz. Om deze reden worden deze cijfers hier niet weergegeven.<sup>79</sup> Ook voor het jaar 2015 zijn de verzoeken tot homologatie van de pleegvoogdij gevat onder de algemene noemer 'jeugdzaken' zodat deze cijfers niet representatief zijn.<sup>80</sup> Hetzelfde geldt voor het jaar 2016.<sup>81</sup>

---

VASSEUR, "Het toetsingscriterium bij de beoordeling van een verzoek tot vroegtijdige beëindiging van de pleegvoogdij" (noot onder Jeugdrechtbank Gent 8 mei 2008), *T.Fam.* 2009, nr. 2, (32) 33.

<sup>76</sup> Inmiddels is de familierechtbank bevoegd voor de bekrachtiging van overeenkomsten inzake pleegvoogdij krachtens de wet van 30 juli 2013 betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank (*BS* 27 september 2013, i. w. tr. 1 september 2014) – zie art. 572*bis* Ger.W.

<sup>77</sup> Zie FOD Justitie, *Jaarlijkse statistieken van de hoven en rechtbanken. Gegevens 2012*, [http://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/PUB%20REA%20J\\_2012\\_NL.pdf](http://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/PUB%20REA%20J_2012_NL.pdf), 12-13.

<sup>78</sup> Zie FOD Justitie, *Jaarlijkse statistieken van de hoven en rechtbanken. Gegevens 2013*, 12-13, [http://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/PUB%20REA%20J\\_2013\\_NL.pdf](http://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/PUB%20REA%20J_2013_NL.pdf).

<sup>79</sup> Zie FOD Justitie, *Jaarlijkse statistieken van de hoven en rechtbanken. Gegevens 2014*, 10, <http://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/Pub%202014%20REA%20Burg%20NL.pdf>.

<sup>80</sup> Zie FOD Justitie, *Jaarlijkse statistieken van de hoven en rechtbanken. Gegevens 2015*, 34, [http://www.rechtbanktribunaux.be/sites/default/files/public/content/download/files/bgc\\_nl\\_2015\\_0.pdf](http://www.rechtbanktribunaux.be/sites/default/files/public/content/download/files/bgc_nl_2015_0.pdf).

<sup>81</sup> Hier wordt de pleegvoogdij ondergebracht bij 'zaken in verband met minderjarigen' - zie FOD Justitie, *Jaarlijkse statistieken van de hoven en rechtbanken. Gegevens 2016*, 9,

15. Pleegvoogdij is een gezagsinstelling waarbij een persoon, de pleegvoogd, de belangrijkste ouderlijke verplichtingen overneemt van de ouders op basis van een overeenkomst en meteen bepaalde prerogatieven van het ouderlijk gezag verwerft. De pleegvoogd verbindt zich ertoe de opvoeding van een niet-ontvoogde minderjarige op zich te nemen (art. 475bis-septies BW).<sup>82</sup> De *ratio* van deze rechtsfiguur is gelegen in de vrijwillige opvoeding van andermans kind op basis van een liefdadigheidsovereenkomst.<sup>83</sup> De grondslag van de pleegvoogdij is dus gelegen in de wilsautonomie van de contractspartijen en van de personen die hun instemming moeten verlenen.<sup>84</sup> Vóór de wet van 22 maart 1940 was immers geen adoptie van *minderjarige* kinderen mogelijk in het Belgische recht.<sup>85</sup> De pleegvoogdij of zoals destijds aangeduid 'de dienstwillige voogdij' werd in deze context dan ook aangewend als juridische omkadering van de proefperiode die een latere adoptie van (het dan meerderjarige) kind moest voorafgaan. Een adoptie was immers slechts mogelijk voor zover de adoptant het kind tijdens zijn minderjarigheid gedurende minstens zes jaar had opgevoed en verzorgd. Daarnaast kon de pleegvoogd onder bepaalde voorwaarden ook het kind adopteren via zijn testament. Vervolgens had deze adoptie uitwerking zonder dat ze gehomologeerd of gepubliceerd moest

---

[https://www.rechtbankentribunaux.be/sites/default/files/public/content/download/files/pub\\_2017\\_rea\\_familie\\_nl.pdf](https://www.rechtbankentribunaux.be/sites/default/files/public/content/download/files/pub_2017_rea_familie_nl.pdf).

<sup>82</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475bis BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991, (1) 1-2; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nrs. 1306-1308, 495-496; J. SOSSON, "Les aspects juridiques du droit belge en matière de formes alternatives d'accueil" in M.-Th. MEULDERS-KLEIN (ed.), *Adoption et formes alternatives d'accueil*, Brussel, Story-Scientia, 1990, nr. 7, (153) 155; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 955, 417.

<sup>83</sup> F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. IV, Brussel, Bruylant, 1878, nr. 237, 325: "On définit la tutelle officieuse un contrat de bienfaisance par lequel le tuteur, dit officieux, se charge d'administrer gratuitement la personne et les biens du pupille, et s'oblige en outre d'élever à ses frais et de le mettre en état de gagner sa vie" met verwijzing naar J.-B.-V. PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du code civil*, vol. 2, Dijon, Lagier, 1843, 227: "C'est un contrat de bienfaisance, puisqu'il est tout à l'avantage du pupille."; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 955, 417.

<sup>84</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 376, 283.

<sup>85</sup> Wet 22 maart 1940 op de aanneming van een kind, BS 24 maart 1940; zie over deze ingrijpende wijziging J. RONDOU, "Rond de wet van 22 maart 1940 op de aanneming van een kind", *Rechtskundig tijdschrift* 1940, 335-376; A. KLUYSKENS, *Beginnelsen van burgerlijk recht. Personen- en familierecht*, Antwerpen, Standaard, 1942, nr. 613, 527-528.

worden.<sup>86</sup> Doordat de wetwijziging van 1940 adoptie van minderjarigen mogelijk maakte, leek het nut van de pleegvoogdij grotendeels verdwenen.<sup>87</sup> Toen de wet van 21 maart 1969 de adoptie van het pleegkind door de pleegvoogd via testament afschafte,<sup>88</sup> leek het belang van de pleegvoogdij nog meer te zijn beperkt.<sup>89</sup> Bovendien werd door deze wet de pleegvoogdij onder de titel van de voogdij geplaatst in het Burgerlijk Wetboek. Desalniettemin blijft de pleegvoogdij meer aanleunen bij de adoptie wat onder meer blijkt uit de toepassingsvoorwaarden ervan, en het feit dat de rechtsfiguur soms wordt aangewend als 'proeftijd' voor de adoptie of als een soort 'mini-adoptie' voor personen die een kind feitelijk opvoeden maar niet alle rechtsgevolgen van de adoptie wensen.<sup>90</sup>

16. Anders dan bij adoptie wordt door pleegvoogdij geen afstammingsband gevestigd tussen de pleegvoogd en het kind. De pleegvoogdijovereenkomst heeft alleen gevolgen voor de ouderlijke rechten en plichten.<sup>91</sup> Zo verbindt de feitelijke ouder zich als pleegvoogd middels deze overeenkomst om het onderhoud en de opvoeding van het kind op zich te nemen (art. 475*bis*, eerste lid BW). Het betreft de ouderlijke plicht tot levensonderhoud van artikel 203, § 1 BW die de pleegvoogd overneemt van

---

<sup>86</sup> Ch. COLLARD-DE SLOOVERE, *De l'adoption et de la tutelle officielle* in *Novelles. Droit civil. Tome II*, Brussel, Larcier, 1938, nr. 133, 656; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht. Personen- en familierecht*, Antwerpen, Standaard, 1942, nr. 616, 529-530; J. SOSSON, "Les aspects juridiques du droit belge en matière de formes alternatives d'accueil" in M.-Th. MEULDERS-KLEIN (ed.), *Adoption et formes alternatives d'accueil*, Brussel, Story-Scientia, 1990, nr. 17, (153) 158.

<sup>87</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475*bis* BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991, (1) 1.

<sup>88</sup> Wet 21 maart 1969 tot wijziging van artikel 45 van het Burgerlijk Wetboek, van de titels VIII en X van boek I van hetzelfde wetboek, alsmede van de wetten op de verwerving, het verlies en de herkrijging van de nationaliteit, gecoördineerd op 14 december 1932, *BS* 12 april 1969, *err. BS* 4 juli 1969.

<sup>89</sup> J. SOSSON, "Les aspects juridiques du droit belge en matière de formes alternatives d'accueil" in M.-Th. MEULDERS-KLEIN (ed.), *Adoption et formes alternatives d'accueil*, Brussel, Story-Scientia, 1990, nr. 17, (153) 158.

<sup>90</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475*bis* BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991, (1) 1; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 955-956, 417.

<sup>91</sup> Zie onder andere: R. DEKKERS en A. WYLLEMAN, *Handboek Burgerlijk Recht. Deel I - Personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, nr. 472, 303; Ch. DE WULF, *Notarieel familie- en familiaal vermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, nr. 225, 151; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nr. 1325, 499-500.

de ouders.<sup>92</sup> Deze plicht loopt door tot het kind zijn opleiding heeft voltooid en stopt dus niet noodzakelijk bij het einde van de pleegvoogdij ingevolge de meerderjarigheid van het kind (art. 475*quinquies*, eerste lid BW).<sup>93</sup> Ook in hoofde van de ouders blijft de onderhoudsplicht bestaan, zij het dat deze tijdelijk opgeschort is gedurende de pleegvoogdij zodat ze slechts in ondergeschikte orde kunnen worden aangesproken wanneer de pleegvoogd over onvoldoende financiële middelen beschikt.<sup>94</sup> Ook blijven de ouders op grond van de huidige regeling kwalitatief aansprakelijk krachtens art. 1384, tweede lid BW voor de onrechtmatige daad begaan door hun kind.<sup>95</sup>

Tevens wordt de feitelijke ouder als pleegvoogd van rechtswege titularis van bepaalde ouderlijke bevoegdheden die hij van de ouders van het kind overneemt.<sup>96</sup> Bijgevolg worden de ouderlijke bevoegdheden gesplitst tussen de ouders en de pleegvoogd. Zo beheert de pleegvoogd de goederen van het kind en vertegenwoordigt hij het in alle burgerlijke handelingen. De kosten van beheer mag hij aanrekenen op de inkomsten van het kind, maar niet de kosten van opvoeding en onderhoud. De pleegvoogd heeft niet het genot van de goederen (art. 475*quater*, eerste lid BW). Het vruchtgenot blijft evenmin in handen van de ouders aangezien het geschorst is gedurende de pleegvoogdij (art. 475*quater*, derde lid BW). Bijgevolg komen de inkomsten toe aan het kind zelf. Over de persoon van het kind oefent de pleegvoogd het recht van bewaring uit maar slechts op voorwaarde dat het kind bij hem

---

<sup>92</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475*bis* BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991, 1; Y.-H. LELEU, *Droits des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2016, nr. 748, 738; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nr. 1326, 500; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 849, 516; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 370, 278.

<sup>93</sup> P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nr. 1327, 500; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 850, 517; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 380, 289.

<sup>94</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475*quater* BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991, (1) 1-2.

<sup>95</sup> zie daarover onder andere: T. WUYTS, "Ontwikkelingen inzake de begrippen 'vader', 'moeder' en 'minderjarige' in de zin van art. 1384, tweede lid BW" in *De aansprakelijkheid van ouders en onderwijzers. Dossier tijdschrift voor de vrede- en politierechters*, Brugge, die Keure, 2007, nr. 40, (1) 23-24.

<sup>96</sup> P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nr. 1329, 500; K. ADRIAENSSENS, "Art. 475*quater* BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991, zie onder 'het recht van bewaring en recht van zorg'.

of haar zijn gewone verblijfplaats heeft (art. 475<sup>quater</sup>, tweede lid BW).<sup>97</sup> Met dit 'recht van bewaring'<sup>98</sup> doelt de wetgever op het recht voor de pleegvoogd om te eisen dat het kind op een voortdurende wijze bij hem verblijft. Daarnaast omvat het recht van bewaring ook een recht van zorg zodat de pleegvoogd beslissingen kan nemen aangaande de dagelijkse opvoeding van het kind. Het gaat dan onder meer om beslissingen inzake vrijetijdsinvulling van het kind, diens verplaatsingen, gebruik van sociale media en tv enz. De pleegvoogd is evenwel niet bevoegd om fundamentele opvoedingsbeslissingen en beslissingen aangaande de staat van de persoon van het kind te nemen. Die bevoegdheid komt uitsluitend toe aan de ouders (art. 475<sup>quater</sup>, laatste lid BW).<sup>99</sup> Bijgevolg moeten de ouders beslissen over onder meer de godsdienstige en filosofische opvoeding van het kind, belangrijke chirurgische ingrepen die het kind moet ondergaan enz.<sup>100</sup> Ook uitsluitend de ouders kunnen de ontvoogding vorderen van het kind, instemmen met diens huwelijk of toestemmen in diens adoptie.

17. Opdat de persoon die het kind feitelijk opvoedt een pleegvoogdijovereenkomst kan sluiten moet hij minstens vijftientig jaar oud zijn (art. 475<sup>bis</sup>, eerste lid BW) en mag hij niet onbekwaam zijn om een overeenkomst te sluiten noch volledig of gedeeltelijk ontzet zijn van het ouderlijk gezag ten aanzien van zijn kinderen (art. 33 Jeugdbeschermingswet).<sup>101</sup> Naar analogie met de regeling van voogdij kan

---

<sup>97</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475<sup>quater</sup> BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991, (1) 2-3; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nrs. 1329-1330, 501; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 963, 419.

<sup>98</sup> zie voor de theoretische discussie omtrent deze term deel V, A. recht en plicht van zorg, nr. 327.

<sup>99</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475<sup>quater</sup> BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991, nrs. 8-15, (1) 4-7; Ch. DEWULF, *Notarieel familie- en familiaal vermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, nr. 224, 150; Y.-H. LELEU, *Droits des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2016, nr. 748, 738; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nrs. 1329-1330, 501; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 849, 516-517; U. VAN DEN PLAS, "Praktische wenken bij het optreden van de vredegerichten met nieuwe modellen voor de rechtspraak" in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nr. 952, (381) 435.

<sup>100</sup> Voor nog voorbeelden zie P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1145-1146.

<sup>101</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475<sup>bis</sup> BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991, 3-4 en "Art. 475<sup>sexies</sup> BW"; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*,



worden aangenomen dat een volledige of gedeeltelijke ontzetting de onmogelijkheid impliceert voor de pleegvoogd om de pleegvoogdij waar te nemen over andermans kind (cf. *infra* nr. 21). Evenmin mag de feitelijke ouder in het licht van een gerechtelijke beschermingsmaatregel door de vrederechter onbekwaam verklaard zijn om het ouderlijk gezag uit te oefenen (art. 492/1, § 2 BW).<sup>102</sup> Het kind dat onder pleegvoogdij wordt geplaatst moet een niet-ontvoogde minderjarige zijn (art. 475*bis*, eerste lid BW).<sup>103</sup>

De pleegvoogdijovereenkomst moet bij authentieke akte opgesteld door de vrederechter of notaris worden gesloten tussen de aspirant-pleegvoogd, zijnde de feitelijke ouder, en het kind zelf vanaf vijftien jaar. Is het kind jonger dan vijftien jaar, dan moeten zijn ouders als wettelijke vertegenwoordiger optreden en in zijn naam toestemming geven. Bovendien is de instemming vereist van diegenen die in een adoptie moeten toestemmen, zijnde de beide ouders van het kind (art. 475*bis*, eerste lid BW).<sup>104</sup> Over de leeftijdsvereiste voor de minderjarige bestaat controverse in de rechtsleer. Aangezien de grondvoorwaarden van de pleegvoogdij geïnspireerd zijn op de regeling voor adoptie, wordt door bepaalde auteurs verdedigd dat het kind niet vanaf vijftien jaar maar vanaf twaalf jaar reeds zelf contractspartij is bij de pleegvoogdijovereenkomst en aldus over een vetorecht beschikt.<sup>105</sup> Werd de pleegvoogdijovereenkomst gesloten, dan moet ze op aanvraag van de feitelijke ouder worden bekrachtigd door de familierechterbank om gevolgen te ressorteren (art. 475*ter*, tweede lid BW). De familierechter controleert of aan alle inhoudelijke vereisten van de

---

Leuven, Acco, 2004, nr. 1316, 498; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 847, 516; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 377, 285.

<sup>102</sup> Zie o.a. S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013", *T.Fam.* 2014, 60 e.v.

<sup>103</sup> P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nr. 1317, 498; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 847, 516.

<sup>104</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475*bis* BW" en "Art. 475*ter* BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nrs. 1313-1314, 497-498 en nr. 1323, 499; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 959-960, 418.

<sup>105</sup> F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 847-848, 516; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 960, 418.

pleegvoogdij voldaan is. Naast deze legaliteitscontrole beoordeelt de familierechter ook de opportuniteit van de pleegvoogdij. Zo gaat hij na of de pleegvoogdij een voordeel biedt voor het kind en diens belangen dient. Voornamelijk het subsidiariteitsbeginsel is daarbij van belang, in die zin dat de pleegvoogdij de belangen van het kind beter moet dienen dan het behoud van het ouderlijk gezag bij de ouders. Bovendien moet de pleegvoogd geschikt zijn om de uit de overeenkomst voortvloeiende ouderlijke rechten en plichten uit te oefenen. In dit raam onderzoekt de rechter of een minimale verstandhouding aanwezig is met de ouders.<sup>106</sup>

18. De feitelijke ouder die een pleegvoogdijovereenkomst wil sluiten kan dit doen zonder dat een minimumleeftijdsvereiste van twee maanden geldt voor het kind, zoals bij adoptie (cf. nr. 13).<sup>107</sup> Doordat uitsluitend een leeftijds- en bekwaamheidsvereiste gelden voor de aspirant-pleegvoogd, biedt pleegvoogdij bovendien een oplossing voor alle personen die andermans kind opvoeden ongeacht hun geslacht of geaardheid. Daarbij komt dat de omkadering van feitelijk ouderschap middels de rechtsfiguur van pleegvoogdij slechts in een limitatief aantal gevallen kan worden beëindigd, zijnde door de meerderjarigheid, adoptie of ontvoogding van het kind dan wel door het overlijden van het kind of de pleegvoogd (art. 475*quinquies* BW).<sup>108</sup> Ook de familierechtbank kan de pleegvoogdij beëindigen op verzoek van de pleegvoogd, de procureur des Konings, die desgevallend informeel kan optreden voor het kind, of op verzoek van degenen die met de pleegvoogdijovereenkomst hebben ingestemd dan wel ten aanzien van wie een afstammingsband met het kind werd gevestigd nadat de pleegvoogdij was tot stand gekomen (art. 475*sexies* BW).<sup>109</sup> Bij gebreke van een uitdrukkelijk wettelijk criterium, kan worden aangenomen dat de rechter het verzoek om beëindiging zal beoordelen op grond van het belang van het kind dat wordt ingevuld aan de hand van het criterium dat wordt gehanteerd bij een herroeping van de gewone adoptie in (art. 354-1, eerste lid BW), zijnde 'zeer gewichtige redenen'. Aangezien de

---

<sup>106</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 378, 285-288.

<sup>107</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475*bis* BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991, (1) 3.

<sup>108</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475*quinquies* BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991.

<sup>109</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475*sexies* BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991.

rechtsgevolgen van de pleegvoogdij evenwel minder verstrekkend zijn dan deze van de adoptie, volstaan in deze 'gewichtige redenen'.<sup>110</sup> Bijgevolg zal bijvoorbeeld een danig verstoorde verstandhouding tussen de pleegvoogd en de ouder(s) de pleegvoogdij voortijdig kunnen beëindigen, voor zover het belang van het kind daarmee gediend is.<sup>111</sup> Ook een volledige of gedeeltelijke ontzetting van de pleegvoogd van het ouderlijk gezag ten aanzien van zijn kinderen is een grond tot gerechtelijke beëindiging van de pleegvoogdij (cf. nr. 17). Samenvattend kan worden besloten dat de continuïteit en stabiliteit van de opvoeding beter gewaarborgd is bij pleegvoogdij dan wanneer een beroep wordt gedaan op het oorspronkelijke afstammingsrecht.

19. Evenwel moet worden vastgesteld dat de pleegvoogdij niet geschikt is om het feitelijk ouderschap juridisch te verankeren in de opvoedingssituaties die in dit proefschrift worden beoogd (cf. nr. 3). Zo kan worden aangenomen dat de feitelijke ouder in de meeste gevallen inspraak wenst in de opvoeding van het kind, zodat hij voornamelijk ouderlijke bevoegdheden wil uitoefenen. Door het sluiten van de pleegvoogdijovereenkomst moet de feitelijke ouder als pleegvoogd evenwel ook de ouderlijke onderhoudsplicht van art. 203, § 1 BW op zich nemen.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475sexies BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991, '3. criterium'; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, vol. 2, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 1186, 1094-1095; J. SOSSON, "Les aspects juridiques du droit belge en matière de formes alternatives d' accueil" in M.-Th. MEULDERS-KLEIN (ed.), *Adoption et formes alternatives d' accueil*, Gent, Story-Scientia, 1990, nr. 13, (153) 157; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 964, 420; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 380-384, 288-291; kritisch daarover: R. VASSEUR, "Het toetsingscriterium bij de beoordeling van een verzoek tot vroegtijdige beëindiging van de pleegvoogdij" (noot onder Jeugdrb. Gent 8 mei 2008), *T.Fam.* 2009, nr. 5, (32) 34.

<sup>111</sup> Jeugdrb. Gent 8 mei 2008, *T.Fam.* 2009, 31: strafbare feiten gepleegd door het kind die zwaar doorwegen op de verhouding met de pleegvoogd, rechtvaardigen evenwel niet de beëindiging van de pleegvoogdij gelet op het belang van het kind dat juist in deze omstandigheden nood heeft aan stabiliteit en het gezag van zijn pleegouders; zie ook over de verhouding tussen de criteria 'belang van het kind' en 'gewichtige redenen': R. VASSEUR, "Het toetsingscriterium bij de beoordeling van een verzoek tot vroegtijdige beëindiging van de pleegvoogdij" (noot onder Jeugdrb. Gent 8 mei 2008), *T.Fam.* 2009, nr. 8, (32) 35.

<sup>112</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 373, 280-281: Volgens deze auteur is de financiële last voor de pleegvoogd allicht een van de verklaringen waarom weinig gebruik wordt gemaakt van de pleegvoogdij.

Bovendien verkrijgt de pleegvoogd slechts beperkte ouderlijke bevoegdheden die niet meer door de juridische ouders van het kind kunnen worden uitgeoefend.<sup>113</sup> Deze opsplitsing van bevoegdheden belemmert mogelijks de werkbaarheid van de pleegvoogdij,<sup>114</sup> aangezien vaak de ouder en de persoon die het kind feitelijk opvoedt *samen* het ouderlijk gezag willen uitoefenen wat evenwel niet mogelijk is door de vervangende logica van de pleegvoogdij.<sup>115</sup>

Verder biedt pleegvoogdij slechts een oplossing voor één persoon die het kind feitelijk opvoedt. De instelling is dan ook ongeschikt wanneer het kind wordt opgevoed door meerdere feitelijke ouders gelijktijdig. Daarbij kan worden gedacht aan de situatie dat beide ouders een nieuwe partner hebben die mee het kind opvoedt of dat beide ouders worden geholpen door derden of familieleden in de opvoeding van het kind (bv. oom, tante, grootouder). Niettegenstaande in de wettekst sprake is van een "pleegvoogd" wordt toch algemeen aanvaard dat twee partners of echtgenoten samen de pleegvoogdij over een kind kunnen opnemen.<sup>116</sup> Dit heeft m.i. niet tot gevolg dat twee afzonderlijke overeenkomsten kunnen worden aangegaan met twee

---

<sup>113</sup> Verslag namens de subcommissie familierecht, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 393/003, 61 (uiteenzetting door professor RENCHON).

<sup>114</sup> Zie dienaangaande K. ADRIAENSSENS, "Art. 475<sup>quater</sup> BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991, nrs. 8-15, (1) 4-7; Ch. DE WULF, *Notarieel familie- en familiaal vermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, nr. 224, 150; G. HIERNAUX, "L'autorité parentale et le rôle des tiers. De la parenté à la parentalité" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, (75) 83, met kritiek van Franstalige rechtsleer; Y.-H. LELEU, *Droits des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2016, nr. 748, 738; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nr. 1329, 500; U. VAN DEN PLAS, "Praktische wenken bij het optreden van de vredegerichten met nieuwe modellen voor de rechtspraak" in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nr. 952, (381) 435; R. VASSEUR, "Het toetsingscriterium bij de beoordeling van een verzoek tot vroegtijdige beëindiging van de pleegvoogdij" (noot onder Jeugdbrb. Gent 8 mei 2008), *T.Fam.* 2009, (32) 33 (voetnoot 4); zie aangaande de wijzigingen door de wet van 29 april 2001 P. SENAEVE, "De werking van de voogdij inzake de persoon - wijzigingen in Boek I BW inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding" in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nrs. 223-224, (63) 87.

<sup>115</sup> T. WUYTS, "De rechtspositie van meemoeders en hun kinderen" in P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 139, 122.

<sup>116</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475<sup>bis</sup> BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991, 3; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nr. 1318, 498; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 957, 418; niet iedereen is het evenwel eens met deze zienswijze: T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 374, 282.

verschillende personen ter omkadering van feitelijk ouderschap. Wanneer bovendien wordt toegelaten dat twee feitelijke ouders als pleegvoogd optreden rijst een probleem bij gezagsconflicten tussen beiden aangezien de wetgever daarvoor geen conflictregeling heeft uitgewerkt.<sup>117</sup> Ook voor de verhouding tussen de ouders en de pleegvoogd werd geen conflictregeling uitgewerkt.<sup>118</sup>

Ten slotte kan de pleegvoogdijovereenkomst niet worden gesloten wanneer de ouders hun instemming in de overeenkomst weigeren. Een gedwongen pleegvoogdij is niet mogelijk.<sup>119</sup>

#### **AFDELING 4. Voogdij**

20. Een vierde mogelijkheid om feitelijk ouderschap juridisch te omkaderen is de voogdij. De voogdij is een privaatrechtelijk gezagsinstituut dat de bescherming van een niet-ontvoogd minderjarig kind beoogt wanneer zijn beide ouders overleden zijn, wettelijk onbekend zijn, in de voortdurende onmogelijkheid verkeren om het ouderlijk gezag uit te oefenen of wilsonbekwaam zijn (art. 389 BW).<sup>120</sup> In deze specifieke situaties wordt het ouderlijk gezag vervangen door het voogdijgezag dat daaraan ondergeschikt is en dus slechts wordt ingericht wanneer de gevestigde afstammingsbanden van het kind volledig of gedeeltelijk niet meer functioneel zijn.<sup>121</sup> De feitelijke ouder wordt vervolgens als voogd titularis van het voogdijgezag en verkrijgt uitsluitend ouderlijke bevoegdheden en geen plichten, zoals de ouderlijke onderhoudsplicht van art. 203 BW. De opvoedings- en verzorgingskosten van het kind moeten bijgevolg worden voldaan met zijn

---

<sup>117</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 375, 282: Volgens deze auteur moet in dat geval de regels van ouderlijk gezag naar analogie worden toegepast.

<sup>118</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 375, 282 en nr. 384, 291.

<sup>119</sup> P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nr. 1314, 497-498; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 847, 516; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 962, 419.

<sup>120</sup> zie onder andere: S. MOSSELMANS, *Voogdij*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nr. 1, 2; P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1362 en 1367; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 842, 515; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 337, 260.

<sup>121</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 339, 261.

eigen inkomsten en met sociale uitkeringen (art. 405, § 1, vijfde lid BW).<sup>122</sup> Krachtens art. 405, § 1, eerste lid BW moet de voogd zorg dragen voor de persoon van het kind, wat zowel de dagelijkse zorg omvat en het recht om het kind voortdurend bij zich te hebben, alsook het recht om meer fundamentele opvoedingsbeslissingen te nemen en bevoegdheden uit te oefenen in verband met de staat van de persoon.<sup>123</sup> De voogd moet deze bevoegdheden uitoefenen overeenkomstig de opvoedkundige principes van de ouders.<sup>124</sup> Op die manier beoogt de wetgever de continuïteit in de opvoeding van het kind zoveel als mogelijk te benaarstigen.<sup>125</sup> Niettegenstaande de voogd instaat voor de opvoeding van en het toezicht op het minderjarige kind, blijven de ouders kwalitatief aansprakelijk op grond van art. 1384, tweede lid BW voor de onrechtmatige daad van het kind. De voogd is immers geen 'ouder' in de zin van de wet met een juridische afstammingsband ten aanzien van het kind. De voogd kan wel aansprakelijk worden gesteld voor zijn persoonlijke fout overeenkomstig art. 1382 BW.<sup>126</sup> Bepaalde rechtsleer staat kritisch tegenover de uitsluiting van de voogd van art. 1384, tweede lid BW aangezien een voogd over een volheid van bevoegdheden beschikt inzake de zorg over de persoon van het kind en de

---

<sup>122</sup> S. MOSSELMANS, *Voogdij*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nr. 3, 3 en nrs. 401-402, 220; P. SENAËVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – wijzigingen in Boek I BW inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding" in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nr. 178, (63) 68; P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1363-1364 en nr. 1421, 423.

<sup>123</sup> Zoals de instemming met de voogdij van het kind, diens huwelijk, ontvoogding en pleegvoogdij.

<sup>124</sup> S. MOSSELMANS, *Voogdij*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nrs. 377-382, 205-209; P. SENAËVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – wijzigingen in Boek I BW inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding" in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nrs. 174-175 en nrs. 195-224, (63) 67-68 en 76-87; P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1420; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 926, 408.

<sup>125</sup> Wetsontwerp tot wijziging van verscheidene wetsbepalingen inzake de voogdij over minderjarigen, *Parl. St. Kamer 1999-2000*, nr. 576/1, 21 (eigen toevoeging): "Ter zake moet hij [i.e. de voogd] zorgen voor continuïteit en geen breuk teweegbrengen met de opvoeding die het kind voordien genoot, inzonderheid op het stuk van onderwijs en op godsdienstig en filosofisch vlak ...".

<sup>126</sup> P. DE TAVERNIER, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nr. 348, 261-262; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, nr. 183, 312-313.

ouders bovendien niet meer zelf het ouderlijk gezag uitoefenen.<sup>127</sup> De voogd moet daarnaast ook het kind vertegenwoordigen in alle burgerlijke handelingen (art. 405, § 1, tweede lid BW) en diens goederen beheren als een goed huisvader (art. 405, § 1, derde lid BW). Centraal in het beheer door de voogd staat het behoud en de niet-speculatieve vermeerdering van de goederen van het kind. Daartoe kan de voogd in beginsel rechtshandelingen alleen stellen zonder naleving van vormvereisten. Evenwel heeft de wetgever voor bepaalde rechtshandelingen bijstand (art. 409, § 2, eerste lid BW) of aanwezigheid van de toeziende voogd verplicht gesteld (art. 406, § 2, tweede lid BW), dan wel een machtiging van de vrederechter (art. 410, § 1 BW). Andere rechtshandelingen zijn dan weer verboden zoals het verkrijgen van goederen van het kind (art. 411 BW).<sup>128</sup> De voogd kan zich in het beheer van de goederen laten bijstaan door bijzondere beheerders na machtiging van de vrederechter (art. 405, § 1, vierde lid BW). Desgevallend is hij gehouden tot het betalen van schadevergoeding tengevolge van wanbeheer. Niettegenstaande de wetgever dit niet uitdrukkelijk bepaalt, kan de voogd zich ook bij de zorg over de persoon van het kind laten bijstaan,<sup>129</sup> al behoeft hij daarvoor geen rechterlijke machtiging.<sup>130</sup>

21. Uitsluitend wanneer de feitelijke ouder de vrije beschikking over zijn goederen heeft (art. 397, 1° BW), ten aanzien van hem geen maatregelen van jeugdbescherming werden genomen (art. 397, 2° BW)<sup>131</sup> en hij niet strafrechtelijk werd ontzet uit het recht om voogd of toeziende voogd te zijn

---

<sup>127</sup> P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nr. 1199, 464 en nrs. 1225-1226, 474-475; T. WUYTS, "Ontwikkelingen inzake de begrippen 'vader', 'moeder' en 'minderjarige' in de zin van art. 1384, tweede lid BW" in *De aansprakelijkheid van ouders en onderwijzers. Dossier tijdschrift voor de vrede- en politierechters*, Brugge, die Keure, 2007, nr. 31, (1) 19.

<sup>128</sup> S. MOSSELMANS, "Werking van de voogdij inzake het vermogen" in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nrs. 297-300, (101) 129-132; S. MOSSELMANS, *Voogdij*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nrs. 383-389, 210-214; P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1428-1433; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 937-946, 411-414.

<sup>129</sup> Zo kan worden gedacht aan een babysit.

<sup>130</sup> S. MOSSELMANS, *Voogdij*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nrs. 396-400, 217-219.

<sup>131</sup> Het gaat om controle op de besteding van sociale uitkeringen (art. 29 Jeugdbeschermingswet), de ouderstage (art. 29bis Jeugdbeschermingswet), de opvoedingsbijstand (art. 31 Jeugdbeschermingswet) en de ontzetting van het ouderlijk gezag (art. 32 Jeugdbeschermingswet).

(artt. 31-33 en 123sexies Sw.) kan hij als (toeziende) voogd worden aangeduid door de vrederechter (art. 397 BW *juncto* art. 402, derde lid BW).<sup>132</sup> Bijgevolg kunnen minderjarigen en meerderjarigen aan wie door de vrederechter een rechterlijke beschermingsmaatregel werd opgelegd met betrekking tot hun goederen krachtens art. 492/1, § 2 BW geen (toeziende) voogd zijn. Evenmin kan een meerderjarige persoon (toeziende) voogd zijn wanneer een van de voormelde maatregelen van jeugdbescherming ten aanzien van hem werd genomen, zoals bv. een ontzetting van het ouderlijk gezag. Werd de persoon in kwestie volledig of gedeeltelijk ontzet van het ouderlijk gezag ten aanzien van al zijn kinderen (i.e. algemene ontzetting), of ten aanzien van slechts bepaalde van zijn kinderen (i.e. bijzondere ontzetting) dan impliceert dit een onmogelijkheid voor deze persoon om een (toeziende) voogdijopdracht waar te nemen over andermans kinderen.<sup>133</sup> Bovendien mag de (toeziende) voogd geen persoon van kennelijk wangedrag zijn, of iemand wiens goederenbeheer getuigt van onbekwaamheid of ontrouw. Evenmin mag de (toeziende) voogd zelf of zijn echtgenoot, (wettelijk) samenwonende partner, ascendent of descendent een rechtsgeding voeren tegen het kind met betrekking tot diens staat of vermogen (art. 398 BW).<sup>134</sup>

De vrederechter zal een feitelijke ouder die aan deze voorwaarden voldoet slechts kunnen benoemen tot (toeziende) voogd voor zover de beide ouders van het kind overleden zijn, wettelijk onbekend zijn of beide voortdurend in de onmogelijkheid verkeren om het ouderlijk gezag uit te oefenen of wilsonbekwaam zijn (art. 389 BW). Ouders zijn wettelijk onbekend wanneer ze geen oorspronkelijke afstammingsband (meer)

---

<sup>132</sup> M. VERRYCKEN, "Opvallen en organisatie van de voogdij" in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nrs. 131-136, (1) 49-50; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 921-922, 406.

<sup>133</sup> S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Art. 397 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 1 januari 2016), nrs. 5-16.

<sup>134</sup> S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Art. 398 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 1 januari 2016), 49p; M. VERRYCKEN, "Opvallen en organisatie van de voogdij" in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nrs. 137-141, (1) 51-52; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 923, 407.



hebben met het kind.<sup>135</sup> De voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen kan voortvloeien uit een feitelijke of fysieke toestand van de ouders (bv. hypothese van afwezigheid uit de artt. 112-125 BW of comateuze toestand), dan wel het gevolg zijn van hun wilsonbekwaamheid wegens de onbekwaamverklaring tot uitoefening van het ouderlijk gezag door de vrederechter (art. 492/1, § 1, derde lid, 9° BW en art. 492/1, § 2, derde lid, 17° BW).<sup>136</sup> Uitsluitend in deze limitatieve situaties kan de vrederechter zelf een voogd benoemen (art. 393 BW), dan wel de aanwijzing van een voogd door de ouders homologeren al is hij daartoe geenszins verplicht (art. 392 BW). Vooraleer over te gaan tot de benoeming of homologatie van een voogd is de vrederechter verplicht om het kind vanaf twaalf jaar te horen (art. 394, eerste lid BW). Ook moet hij minstens de ascendenten van het kind in de tweede graad, diens meerderjarige broers en zussen en diens ooms en tantes oproepen om te worden gehoord (art. 394, tweede lid BW). Verder kan de vrederechter eenieder horen van wie het verhoor hem nuttig voorkomt (art. 394, derde lid BW). Steeds is vereist dat de (toeziende) voogd de opdracht aanvaardt (art. 396, eerste lid BW).<sup>137</sup> In beginsel is één (toeziende) voogd bevoegd voor de persoon en de goederen van het kind, zij het dat de vrederechter de voogdijopdracht kan opsplitsen wanneer het belang van het kind dit vereist wegens uitzonderlijke omstandigheden (art. 395, § 1, eerste lid BW). In dat geval is ook de toeziende voogdij opgesplitst (art. 402, derde lid BW). Desgevallend kan de vrederechter dus een voogd over de persoon en een voogd over de goederen benoemen. Elk van hen wordt geacht met instemming van de andere te handelen jegens derden te goeder trouw (art. 395, § 2, tweede lid BW). Voor handelingen die zowel betrekking hebben op de persoon als op de

---

<sup>135</sup> S. MOSSELMANS, *Voogdij*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nrs. 51-52, 36-37; S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Art. 389 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 31 maart 2014), nrs. 12-13; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 905, 401.

<sup>136</sup> S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Art. 389 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 31 maart 2014), nr. 4 en nrs. 14-15; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 906, 401; zie daarover ook: T. WUYTS, "Ernstige tekortkomingen aan de verplichtingen als ouder vormen geen aanleiding tot het ontstaan van de voogdij" (noot onder Brussel 8 maart 2007), *T.Fam.* 2007, 90-96.

<sup>137</sup> S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Art. 395 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 17 december 2014), nrs. 1-20; S. MOSSELMANS, *Voogdij*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nrs. 179-187, 105-111.

goederen van het kind moeten beide voogden instemmen (art. 395, § 2, eerste lid BW). Doen er zich desalniettemin toch geschillen voor tussen beiden dan worden deze beslecht door de vrederechter (art. 395, § 1, tweede lid BW).<sup>138</sup>

22. Een belangrijk verschil tussen de voogdij en het ouderlijk gezag is gelegen in de door wetgever georganiseerde toezichtsmogelijkheden op de titularis van het voogdijgezag.<sup>139</sup> Zo moet bij elke voogdij de rechter niet alleen een voogd maar ook een toeziende voogd benoemen (art. 402 BW). De toeziende voogd houdt toezicht op de wijze waarop de voogd het kind opvoedt en diens goederen beheert. Desgevallend moet hij de vrederechter vatten wanneer de voogd tekort schiet in die opvoeding of dat beheer (art. 403, eerste lid BW). Om de taak van de toezichthoudende voogd te vergemakkelijken moet de voogd jaarlijks de rekening van zijn goederenbeheer neerleggen op de rechtbank en overhandigen aan het kind vanaf vijftien jaar alsook aan de toeziende voogd (art. 413, eerste lid BW). Tevens moet de voogd jaarlijks verslag uitbrengen van zijn zorg voor de persoon van het kind en de maatregelen die hij in dit kader heeft genomen (art. 412 en 420 BW).<sup>140</sup> De toeziende voogd vertegenwoordigt bovendien het kind wanneer het een belangentegenstelling met de voogd heeft en moet een nieuwe voogd doen benoemen bij het openvallen van de voogdij (art.

---

<sup>138</sup> M. VERRYCKEN, "Openvallen en organisatie van de voogdij" in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nrs. 118-122, (1) 45-46; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 918, 405-406.

<sup>139</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1363; P. SENAËVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – wijzigingen in Boek I BW inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding" in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nr. 177, (63) 68-69.

<sup>140</sup> S. MOSSELMANS, "Werking van de voogdij inzake het vermogen" in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nrs. 452-457, (101) 211-213; S. MOSSELMANS, *Voogdij*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nrs. 328-335, 180-184, nr. 376, 205, nr. 399, 219 en nrs. 722-724, 441-443; P. SENAËVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – wijzigingen in Boek I BW inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding" in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nrs. 179-184, (63) 69-71; P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1422-1424, 423 en nrs. 1434-1435, 426; M. VERRYCKEN, "Openvallen en organisatie van de voogdij" in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nrs. 147-150, (1) 54-56; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 924-925, 407-408.

404 BW). Naast de toezichthoudende voogd wordt ook door de vrederechter en het Openbaar Ministerie toezicht uitgeoefend op de voogdij. Zo is de vrederechter bevoegd om alle maatregelen te nemen die nodig zijn om informatie te vergaren omtrent de levensomstandigheden van het kind en diens familiale, materiële en morele toestand (art. 412, eerste lid BW). Daartoe kan hij bijvoorbeeld een deskundigenonderzoek bevelen. Meer in het bijzonder kan de vrederechter zelfs het Openbaar Ministerie verzoeken om de nodige inlichtingen in te winnen (art. 412, tweede lid BW).<sup>141</sup> Zelf heeft het Openbaar Ministerie eveneens een controleopdracht over de voogdij. Zo kan het onder meer verzoeken om de ontzetting van de voogd (art. 399 BW) of beroep aantekenen tegen een beslissing van de vrederechter (art. 390, derde lid BW).<sup>142</sup>

23. De (toeziende) voogdij komt ten einde wanneer het kind overlijdt, ontvoogd wordt, de meerderjarigheid bereikt of wanneer minstens één adoptieve of oorspronkelijke afstammingsband in zijn hoofd wordt gevestigd. Ook wanneer bij gerechtelijke beslissing wordt vastgesteld dat minstens één ouder niet meer in de voortdurende onmogelijkheid verkeert om het ouderlijk gezag uit te oefenen, eindigt de (toeziende) voogdij.<sup>143</sup> De voogdijopdracht eindigt in hoofd van de (toeziende) voogd wanneer hij overlijdt, ontslag neemt om wettige redenen (art. 396, tweede lid BW *juncto* art. 402, derde lid BW) of volledig of gedeeltelijk ontzet wordt uit zijn opdracht door de rechter ambtshalve of op verzoek van de (toeziende) voogd of het Openbaar Ministerie (artt. 397-399 BW *juncto* art. 402, derde

---

<sup>141</sup> P. SENAËVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – wijzigingen in Boek I BW inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding" in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nrs. 191-193, (63) 73-74.

<sup>142</sup> P. SENAËVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – wijzigingen in Boek I BW inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding" in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nr. 194, (63) 75.

<sup>143</sup> S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Art. 389 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 31 maart 2014), nr. 38; P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1443, 427; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 947, 414.

lid BW).<sup>144</sup> Een ontzetting wordt onder meer uitgesproken wanneer de (toeziende) voogd kennelijk wangedrag vertoont (art. 398, 1° BW), waarmee wordt gedoeld op feiten die alom bekend of notoir zijn en die in strijd met de zeden van de samenleving de belangen van het kind kunnen schaden,<sup>145</sup> of wanneer zijn beheer getuigt van onbekwaamheid of ontrouw (art. 398, 2° BW)<sup>146, 147</sup>

24. Uit de voorgaande bespreking kan worden besloten dat de voogdij wordt gekenmerkt door een grote mate van soepelheid en eenvoud in de procedure. Daartoe dragen de afbakening van bevoegdheden van de voogd en toeziende voogd zeker bij, alsook het feit dat het aantal toezichtsorganen werd gereduceerd (bv. afschaffing van de familieraad) en dat de vrederechter de centrale voogdijrechter is.<sup>148</sup> Zodoende heeft de wetgever getracht een evenwicht te bereiken tussen bescherming van het onder voogdijgezag geplaatste kind en een vlot beheer van diens goederen.<sup>149</sup> Bovendien verkrijgt de feitelijke ouder als voogd inspraak in de opvoeding van het kind, aangezien hij titularis wordt van ouderlijke bevoegdheden zonder met ouderlijke plichten belast te worden zoals de onderhoudsplicht. De voogdij is tevens stabiel van aard aangezien ze slechts op beperkte gronden kan worden beëindigd.

De voogdij biedt evenwel slechts een oplossing voor kinderen die zich in de specifieke opvoedingssituatie bevinden dat hun ouders overleden zijn, wettelijk onbekend zijn of voortdurend in de onmogelijkheid verkeren om het ouderlijk gezag uit te oefenen (art. 389 BW – cf. nr. 21). Als dusdanig strookt de *ratio* van deze rechtsfiguur niet met de in dit proefschrift geïllustreerde opvoedingssituaties waarin kinderen worden grootgebracht door hun juridische ouder(s) en een feitelijke ouder (cf. nr. 3). Wanneer dan de juridische ouder die samen met de feitelijke ouder het kind grootbrengt,

---

<sup>144</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1444, 427; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 920-923, 406-407 en nr. 948, 414.

<sup>145</sup> bv. diefstal, geweldsdaden, etc.

<sup>146</sup> bv. een al dan niet frauduleus faillissement van de voogd zelf.

<sup>147</sup> S. MOSSELMANS, *Voogdij*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, nrs. 252 e.v., 140 e.v.

<sup>148</sup> C. DE BUSSCHERE, "Het nieuwe Belgische recht inzake voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen", *T.Not.* 2001, nr. 192, (350) 448-449.

<sup>149</sup> F. SWENNEN en K. JANSSENS, "Het nieuwe voogdijrecht", *RW* 2001-02, nr. 105, (1) 21.

overlijdt, zal de voogdij geen oplossing bieden voor de feitelijke ouder. De voogdij fungeert immers maar als opvangnet wanneer de gevestigde afstammingsbanden van het kind met zijn *beide* ouders niet meer functioneel zijn. Bijgevolg zal de tweede ouder van het kind, ook wanneer hij of zij nooit een opvoedende rol vervuld heeft ten aanzien van het kind, na het overlijden van de andere ouder toch het ouderlijk gezag uitoefenen.<sup>150</sup>

## **AFDELING 5. Provoogdij**

25. Een vijfde mogelijkheid voor de feitelijke ouder om zijn rol in de opvoeding van het kind juridisch te verankeren is de provoogdij. De provoogd is een persoon die door de jeugdrechtbank wordt aangeduid wanneer de ouder(s) word(en)t ontzet van het ouderlijk gezag in het raam van het jeugdbeschermingsrecht (art. 34, eerste lid Jeugdbeschermingswet). Deze persoon moet uitdrukkelijk zijn opdracht aanvaarden en zal dan voortaan de rechten uitoefenen waarvan de ouder(s) ontzet is (zijn) (art. 34, eerste lid Jeugdbeschermingswet).<sup>151</sup> De *ratio* van de provoogdij is gelegen in de continuïteit van de opvoeding voor het kind dat voortaan door de provoogd in plaats van de ouders verder naar volwassenheid wordt begeleid.<sup>152</sup> De provoogd kan een derde zijn, al dan niet familielid, of een ouder. Wanneer het kind immers twee juridische ouders heeft en slechts een van hen wordt ontzet van het ouderlijk gezag, dan zal de andere ouder in beginsel als provoogd worden aangeduid voor zover dit niet in strijd is met de belangen van het kind (art. 34, derde lid Jeugdbeschermingswet). Wordt een derde, zoals de feitelijke ouder, als provoogd aangeduid door de jeugdrechtbank dan moet hij bijzondere banden met het kind onderhouden

---

<sup>150</sup> M. BEAGUE, "Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées?", *JDJ* 2007, (3) 10; S. MOSELMANS en A. VAN THIENEN, "Art. 389 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 31 maart 2014), nrs. 6-10; F. SWENNEN en K. JANSSENS, "Het nieuwe voogdijrecht", *RW* 2001-02, nr. 5, (1) 2; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 343, 264.

<sup>151</sup> J. PUT, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, nr. 1121, 567; J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nr. 685, 269-270 en nr. 706, 276; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 899, 397; zie voor een recent rechtspraakoverzicht: I. BOONE, "Ouderlijk gezag, verblijf en recht op persoonlijk contact", *TPR* 2017, nrs. 697-701, (1031) 1106-1108.

<sup>152</sup> J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nr. 681, 268.

aangezien fictieve provoogdijen moeten worden vermeden.<sup>153</sup> Er kan worden aangenomen dat de feitelijke ouder een dergelijke bijzondere band heeft met het kind dat hij helpt op te voeden.

26. De provoogd oefent de rechten of bevoegdheden van het ouderlijk gezag uit waarvan de ouder ontzet is door de rechtbank, zij het beperkt tot het recht van bewaring, het recht om de goederen van het kind te beheren en het kind te vertegenwoordigen (art. 34, eerste lid Jeugdbeschermingswet *juncto* art. 33, 1° en 2° Jeugdbeschermingswet). Bij de uitoefening van deze rechten zal de provoogd de ideologische opvoedingsbeginselen van de ouders respecteren. Deze verplichting vloeit voort uit het feit dat de ouders in het gezag kunnen worden hersteld.<sup>154</sup> Met een 'recht van bewaring'<sup>155</sup> bedoelt de wetgever dat de provoogd het recht heeft om onder meer de woonplaats van het kind te bepalen, toezicht uit te oefenen op diens dagelijkse levenswandel en belangrijke opvoedingsbeslissingen te nemen. Heeft de provoogd ook het recht om het kind te vertegenwoordigen dan omvat dit recht tevens de procesrechtelijke vertegenwoordiging van het kind alsook het recht om toestemming te verlenen aan het kind voor het stellen van bepaalde rechtshandelingen. Inzake het beheer van de goederen zijn voor de provoogd dezelfde regels van toepassing als bij de voogdij (cf. nr. 16 - art. 35, tweede lid Jeugdbeschermingswet). Is de provoogd een derde dan geniet hij niet van het wettelijk vruchtgenot, dat uitsluitend een ouder kan genieten. Dit vloeit voort uit het feit dat een derde als provoogd evenmin onderhoudsplichtig is jegens het kind krachtens art. 203 BW, welke plicht op de ouders blijft rusten. Bijgevolg moet hij erover waken dat de inkomsten van het kind aan diens onderhoud en opvoeding worden besteed (art. 35, eerste lid Jeugdbeschermingswet). Wanneer bovendien het kind nog een tweede ouder heeft die niet van het gezag ontzet is dan zal uitsluitend de derde als provoogd het beheer over de goederen van het kind waarnemen. De niet-ontzette ouder verliest immers dit recht, voor zover althans de ontzetting van de andere ouder betrekking had op het beheer over de goederen van het kind. De niet-ontzette ouder behoudt slechts een

---

<sup>153</sup> J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nrs. 690-694, 271-273.

<sup>154</sup> J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nr. 708, 276-277.

<sup>155</sup> Zie voor de theoretische discussie omtrent deze term deel V, nr. 325.

aandeel in het gezag over de persoon van het kind. Een derde heeft als provoogd evenmin het recht om toe te stemmen in de adoptie van het kind, diens pleegvoogdij of diens huwelijk (art. 35, eerste lid Jeugdbeschermingswet).<sup>156</sup> Betwist is de vraag of de provoogd om de ontvoogding van het kind kan verzoeken. De ontzette ouders kunnen dit alleszins niet meer.<sup>157</sup> Tevens blijven de ouders volgens bepaalde rechtsleer kwalitatief aansprakelijk op grond van art. 1384, tweede lid BW voor de onrechtmatige daad van hun kind. De ontzetting doorbreekt immers niet de afstammingsband met het kind en de aansprakelijkheid van de ouders is niet alleen gebaseerd op een gebrekkig toezicht maar ook op een fout van de ouders in de opvoeding van het kind.<sup>158</sup> Niet iedereen is het evenwel met deze stelling eens. Volgens andere rechtsleer is het weinig zinvol om ouders die nog een oorspronkelijke afstammingsband met hun kind hebben maar niet meer verplicht zijn om het kind op te voeden of er toezicht op uit te oefenen nog aansprakelijk te stellen op grond van het vermoeden dat ze een fout begaan hebben in die opvoeding of dat toezicht.<sup>159</sup> Wanneer in deze opvatting de provoogd het recht van bewaring en opvoeding verkrijgt kan hij met andere woorden kwalitatief aansprakelijk worden gesteld voor de onrechtmatige daad begaan door het kind (cf. nr. 20).<sup>160</sup>

---

<sup>156</sup> J. PUT, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, nrs. 1122-1124, 568-569; J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nr. 709, 277-278 (bevoegdheden staat van de persoon), nr. 710, 278 (recht van bewaring), nrs. 713-714 (vertegenwoordiging), 279-280, nrs. 715-716, 280-281 (beheer van de goederen), nrs. 738-740, 287; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 899-900, 396-398.

<sup>157</sup> J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nr. 711, 278-279 en nr. 745, 289.

<sup>158</sup> Volgens deze strekking volstaat de aanwezigheid van een juridische afstammingsband met het kind om als 'vader' of 'moeder' te worden beschouwd in de zin van art. 1384, tweede lid BW: J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nr. 647, 255-256; P. DE TAVERNIER, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, nrs. 330-331, 251-252; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, nr. 183, 313.

<sup>159</sup> J.-L. FAGNART, "La responsabilité civile des parents", *JDJ* 1997, nr. 14, (362) 365; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nr. 1199, 464 en nrs. 1225-1226, 474-475 (inzake voogdij).

<sup>160</sup> J.-L. FAGNART, "La responsabilité civile des parents", *JDJ* 1997, nr. 14, (362) 365; T. WUYTS, "Ontwikkelingen inzake de begrippen 'vader', 'moeder' en 'minderjarige' in de zin van art. 1384, tweede lid BW" in *De aansprakelijkheid van ouders en onderwijzers. Dossier tijdschrift voor de vrede- en politierechters*, Brugge, die Keure, 2007, nrs. 27- 28, (1) 17-18.

27. De feitelijke ouder moet een rechtstreeks affectieve band hebben met het kind om als provoogd te kunnen worden aangeduid. De jeugdrechtbank zal daarbij rekening moeten houden met dezelfde onbekwaamheden als bij de voogdijregeling (cf. nr. 21). Tevens is de jeugdrechtbank verplicht om de (niet-)ontzette ouder(s) van het kind op te roepen en te horen over de aanstelling van een provoogd (art. 34, tweede lid Jeugdbeschermingswet). Daarbij kan de niet-ontzette ouder dan zijn voorkeurrecht verdedigen om als provoogd te worden aangeduid. Deze vormvereiste moet op straffe van nietigheid van de aanwijzing van een provoogd worden nageleefd.<sup>161</sup> Anders dan bij de voogdijregeling bevat de Jeugdbeschermingswet geen specifieke bepaling die de rechter verplicht om het kind vanaf twaalf jaar te horen. Niettegenstaande geldt deze verplichting eveneens voor de jeugdrechtbank bij de aanwijzing van een provoogd aangezien de minderjarige vanaf twaalf jaar krachtens art. 1004/1 Ger.W. het recht heeft om te worden gehoord in zaken die hem aanbelangen met betrekking tot de uitoefening van het ouderlijk gezag.

De vraag of meerdere feitelijke ouders tegelijkertijd ten aanzien van eenzelfde kind kunnen optreden als provoogd is betwist in de rechtsleer.<sup>162</sup> Wel is het mogelijk dat voor de verschillende kinderen van één gezin één provoogd wordt aangeduid, dan wel één provoogd per kind.<sup>163</sup> Rijen daarentegen conflicten tussen de niet-ontzette ouder en de provoogd dan zal de jeugdrechtbank deze moeten beslechten. De niet-ontzette ouder die niet als provoogd werd aangeduid behoudt immers een aandeel in het gezag over de persoon van het kind, met name het recht om toezicht uit te oefenen op de opvoeding verschaft door de provoogd. Desgevallend kan deze ouder de beslissingen van de provoogd over de persoon van het kind bij de

---

<sup>161</sup> J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nrs. 694-696, 272-273 en nrs. 703-705, 275-276.

<sup>162</sup> zie voor een overzicht van rechtsleer J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nr. 698, 274 – zie voor een voorstander van slechts één provoogd: J. PUT, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, nr. 1121, 568.

<sup>163</sup> J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nrs. 697 en 699, 273-274.



jeugdrechtbank aanvechten. Deze mogelijkheid bestaat niet voor de ontzette ouder(s).<sup>164</sup>

28. De jeugdrechtbank oefent toezicht uit op de provoogdij. Er is met andere woorden geen sprake van een toezieende voogd zoals bij de voogdij.<sup>165</sup> Aangezien de provoogd de ouderlijke bevoegdheden uitoefent onder het toezicht van de jeugdrechtbank is de provoogdij niet uitsluitend een civielrechtelijke instelling, maar ook een maatregel van jeugdbescherming. Wanneer zich bijgevolg een tegenstrijdigheid voordoet tussen de belangen van het kind en de belangen van de provoogd, zal een beheerder *ad hoc* moeten worden aangesteld.<sup>166</sup> Opdat de jeugdrechtbank haar toezichthoudende taak naar behoren kan vervullen, is de provoogd verplicht om de jeugdrechtbank te informeren over de opvoeding van het kind en diens toestand. Daartoe kan de jeugdrechtbank de provoogd zelfs oproepen of opdragen om evolutieverslagen op te stellen.<sup>167</sup>

29. De provoogdij eindigt wanneer het kind overlijdt, ontvoogd of geadopteerd wordt, dan wel de meerderjarigheid bereikt. De provoogdij eindigt eveneens wanneer de ontzette ouder overlijdt of wanneer hij door de jeugdrechtbank ambtshalve, op eigen verzoek of verzoek van het Openbaar Ministerie wordt hersteld in de ouderlijke rechten waarvan hij ontzet was (art. 60 Jeugdbeschermingswet). In beide gevallen is de provoogdij zonder voorwerp.<sup>168</sup> Verder eindigt de opdracht van provoogdij in hoofde van de provoogd wanneer hij overlijdt, onbekwaam wordt verklaard (art. 31, 5° Sw.), zijn ontslag geeft of de jeugdrechtbank van oordeel is dat hij moet worden vervangen door een andere provoogd in het belang van het kind. Uit

---

<sup>164</sup> J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nr. 735, 286 en nrs. 738-746, 287-289.

<sup>165</sup> J. PUT, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, nr. 1125, 569.

<sup>166</sup> J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nrs. 682-683, 268-269 en nr. 718, 281.

<sup>167</sup> J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nrs. 726-727, 283.

<sup>168</sup> J. PUT, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, nrs. 1126-1127, 569-570; J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nr. 749, 290-291.

rechtspraak blijkt dat een verstoorde verstandhouding tussen de provoogd en de ouder(s) een dergelijke maatregel kan rechtvaardigen.<sup>169</sup>

30. Op basis van de voorgaande analyse kan worden besloten dat de feitelijke ouder inspraak krijgt in de opvoeding van het kind doordat hij als provoogd bepaalde ouderlijke rechten kan uitoefenen waarvan de ouder ontzet werd. Tevens heeft de provoogdij als omkadering van feitelijk ouderschap een stabiel karakter aangezien deze gezagsinstelling slechts op beperkte gronden kan worden beëindigd.

Evenwel is de provoogdij niet geschikt om feitelijk ouderschap juridisch te verankeren in de opvoedingssituaties die in dit proefschrift worden beoogd (cf. nr. 3). Provoogdij biedt slechts een oplossing voor de specifieke situatie dat een ouder ontzet is van het ouderlijk gezag. De *ratio* van deze gezagsinstelling is met andere woorden gelegen in het jeugdbeschermingsrecht. Bovendien verhindert de provoogdij dat de feitelijke ouder als provoogd samen met de niet-ontzette ouder het ouderlijk gezag uitoefent, terwijl de feitelijke ouder en de niet-ontzette ouder dit mogelijks (meestal) wel wensen.

## **AFDELING 6. Pleegzorg**

31. Pleegzorg is een zesde mogelijkheid voor de feitelijke ouder om zijn feitelijk ouderschap juridisch te verankeren. Uit cijfergegevens blijkt dat in Vlaanderen steeds meer kinderen opgroeien in een pleeggezin. Zo woonden in 2014 5.851 minderjarige kinderen in een pleeggezin. Uit de cijfers van 2015 blijkt dat toen 6.058 kinderen in een pleeggezin werden opgevangen; in 2016 ging het zelfs om 6.507 kinderen. Ook het aantal pleegzorgers blijft toenemen. Zo waren op 31 december 2014 3.909 pleegzorgers actief, op diezelfde datum in 2015 ging het reeds om 4.177 pleegzorgers en in 2016 om 4.717 pleegzorgers.<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> Jeugdrb. Kortrijk 28 oktober 1969, *D. Jb.*, I-52; Jeugdrb. Brussel 21 oktober 1975, *D. Jb.*, II-57; J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nr. 748, 289-290.

<sup>170</sup> Registratierapport pleegzorg 2015, 6, <http://www.pleegzorgvlaanderen.be/nieuws/steeds-meer-jonge-kinderen-vinden-thuis-pleeggezin>;

32. Pleegzorg is een instelling waarbij meerderjarige natuurlijke personen (i.e. 'pleegzorgers' - art. 2, 12° VI. Decreet pleegzorg)<sup>171</sup> een minderjarig kind (i.e. 'pleegkind' - art. 2, 10° VI. Decreet pleegzorg) opnemen in hun gezin in het raam van integrale jeugdhulp op vrijwillige basis, dan wel krachtens rechterlijk bevel in het raam van jeugdbescherming of gerechtelijke jeugdhulpverlening.<sup>172</sup> Pleegzorg mag niet worden verward met pleegvoogdij. Pleegzorg betreft een in essentie tijdelijke maatregel met als uiteindelijke doel de hereniging van het kind met zijn ouders. Dit staat in schril contrast met de pleegvoogdij waarbij de finaliteit is gelegen in de vrijwillige opvoeding van andermans kind zodat het tijdelijke karakter ontbreekt (cf. nr. 15).<sup>173</sup>

33. Tot voor kort was geen regeling voorhanden die de rechtspositie van pleegzorgers duidelijk omkaderde. Door de Wet Pleegzorg van 19 maart 2017 werd evenwel een statuut voor pleegzorgers ingevoerd dat uitsluitend van toepassing is bij de plaatsing van een minderjarig niet-ontvoogd kind in het kader van pleegzorg in een gezinscontext krachtens de regelgeving van jeugdbijstand en jeugdbescherming (art. 387*quater* BW).<sup>174</sup> Deze wet is in werking getreden op 1 september 2017 (art. 23 wet 19 maart 2017).

Doet de feitelijke ouder een beroep op de pleegzorg dan verkrijgt hij van rechtswege de uitoefening van bepaalde bevoegdheden van het

---

Registratierapport pleegzorg 2016, 6,  
<http://www.pleegzorgvlaanderen.be/over-pleegzorg/pleegzorg-vlaanderen/pleegzorg-cijfers>.

<sup>171</sup> Decreet 29 juni 2012 houdende de organisatie van de pleegzorg, *BS* 16 augustus 2012 (i. w. tr. 1 januari 2014).

<sup>172</sup> P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nrs. 1309-1310, 496; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 851, 517.

<sup>173</sup> Om die reden werd in de voorbereidende werken beslist om beide rechtsfiguren naast elkaar te laten bestaan; wetsvoorstel (VAN VAERENBERGH) 9 december 2014 tot wijziging van de wetgeving voor wat betreft de rechten en plichten van pleegouders, *Parl. St. Kamer* 2014-2015, nr. 697/1, 5; Amendement 3 maart 2016 bij wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving voor wat betreft de rechten en plichten van pleegouders, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 697/2, 8.

<sup>174</sup> Wet 19 maart 2017 tot wijziging van de wetgeving tot invoering van een statuut voor pleegzorgers, *BS* 5 april 2017; J. FIERENS, "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux", *Act.dr.fam.* 2017, nr. 4, (138) 140; T. VERCRUYSSSE, "Burgerrechtelijk statuut voor pleegzorgers – commentaar bij de wet van 19 maart 2017", *T.Fam.* 2018, nr. 7, (6) 7.

ouderlijk gezag.<sup>175</sup> Specifiek heeft de feitelijke ouder als pleegzorger het recht om gedurende de plaatsing het kind bij zich te houden en dagelijkse opvoedingsbeslissingen te nemen (art. 387*quinquies*, eerste lid BW). Belangrijke beslissingen omtrent de gezondheid, opvoeding, opleiding, ontspanning en godsdienstige of levensbeschouwelijke keuzes van het kind kan de pleegzorger maar nemen bij dringende noodzakelijkheid (art. 387*quinquies*, derde lid BW *juncto* art. 374, § 1, tweede lid BW).<sup>176</sup> Desgevallend moet hij dadelijk de ouders kennis geven van zijn beslissing of indien de ouders niet kunnen worden verwittigd het bevoegde pleegzorgorgaan. Krachtens deze bevoegdheden zal de feitelijke ouder inspraak hebben in de opvoeding van het kind, wat hij allicht voorstond bij de aanvaarding van de pleegzorg.

De feitelijke ouder wordt als pleegzorger gecontroleerd in de opvoeding die hij het kind verschaft door de ouders van het kind. Zij behouden immers het recht om toezicht uit te oefenen op de opvoeding van het kind (art. 387*undecies*, eerste zin BW). Ingevolge dit recht kunnen zij alle nuttige informatie inwinnen bij de pleegzorger(s) of bij derden en desgevallend zich tot de familierechtbank wenden.<sup>177</sup> De ouders van het kind blijven ook onderhoudsplichtig ten aanzien van het kind krachtens art. 203 BW en kwalitatief aansprakelijk voor diens onrechtmatige daad krachtens art. 1384, tweede lid BW.<sup>178</sup> Daarnaast behouden zij een recht op persoonlijk

---

<sup>175</sup> I. BOONE, "Ouderlijk gezag, verblijf en recht op persoonlijk contact", *TPR* 2017, nr. 583, (1031) 1033; G. DECOCK, "De wet van 19 maart 2017 tot invoering van een statuut voor pleegzorgers" in G. DECOCK, P. SENA EVE, G. VERSCHELDEN en T. WIJNANT (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 98-110, (51) 65-70 en nrs. 121-123, (51) 74-75; J. FIERENS, "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux", *Act.dr.fam.* 2017, nrs. 6-11, (138) 142 en nr. 18, (138) 145; P. SENA EVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1348; T. VERCRUYSSSE, "Burgerrechtelijk statuut voor pleegzorgers – commentaar bij de wet van 19 maart 2017", *T.Fam.* 2018, nrs. 8-10, (6) 8.

<sup>176</sup> Wat evenwel een 'belangrijke beslissing' is en wat een 'dagdagelijkse beslissing' is wordt niet in de wet gedefinieerd. Bijgevolg moet worden teruggegrepen naar de regeling die geldt inzake ouderlijk gezag voor ouders die niet samenwonen.

<sup>177</sup> zie onder andere: P. SENA EVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1349.

<sup>178</sup> Verslag van de tweede lezing namens de commissie voor de justitie, *Parl. St. Kamer* 2016-17, nr. 697/11, 11: "Dit wetsvoorstel wijzigt niets aan de huidige aansprakelijkheidsregels."; J. FIERENS, "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux",

contact met het kind, dat hen enkel om bijzonder ernstige redenen kan worden geweigerd (art. 387*undecies*, (voor)laatste zin BW).<sup>179</sup> De ouders en de pleegzorgers komen met tussenkomst van het bevoegde pleegzorgorgaan op schriftelijke wijze overeen hoe de ouders hun recht op persoonlijk contact met het kind kunnen uitoefenen. Deze overeenkomst kan vervolgens door de familierechtbank worden gehomologeerd voor zover ze niet strijdig is met het belang van het kind. Ontbreekt een dergelijke overeenkomst dan doet de rechter uitspraak op verzoek van de meest gereede partij (art. 387*sexies* BW). Tevens behouden de ouders de bevoegdheid om belangrijke beslissingen te nemen omtrent de gezondheid, opvoeding, opleiding, ontspanning en godsdienstige of levensbeschouwelijke keuzes van het kind (art. 387*quinquies*, tweede lid BW *juncto* art. 374, § 1, tweede lid BW), zij het dat zoals *supra* vermeld bij dringende noodzakelijkheid ook de pleegzorgers deze beslissingen kunnen nemen.

34. De bevoegdheden die de pleegzorger van rechtswege verkrijgt, kunnen worden uitgebreid met bevoegdheden die via een conventionele of gerechtelijke delegatie worden verkregen.<sup>180</sup>

Zo kunnen de ouders en de pleegzorger bij schriftelijke overeenkomst en met tussenkomst van het bevoegde pleegzorgorgaan, ook steeds het recht om de goederen van het kind te beheren en/of het recht om belangrijke opvoedingsbeslissingen te nemen geheel of ten dele delegeren aan de pleegzorger buiten de situatie van dringende noodzakelijkheid (art. 387*septies*, § 1, eerste lid BW). De rechten en plichten omtrent de staat van

---

*Act.dr.fam.* 2017, nr. 24, (138) 146; T. WUYTS, "Ontwikkelingen inzake de begrippen 'vader', 'moeder' en 'minderjarige' in de zin van art. 1384, tweede lid BW" in *De aansprakelijkheid van ouders en onderwijzers. Dossier tijdschrift voor de vrede- en politierechters*, Brugge, die Keure, 2007, nr. 40, (1) 23-24.

<sup>179</sup> zie onder andere: P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1349.

<sup>180</sup> I. BOONE, "Ouderlijk gezag, verblijf en recht op persoonlijk contact", *TPR* 2017, nr. 584, (1031) 1034; G. DECOCK, "De wet van 19 maart 2017 tot invoering van een statuut voor pleegzorgers" in G. DECOCK, P. SENAËVE, G. VERSCHULDEN en T. WIJNANT (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 111-120, (51) 70-74; J. FIERENS, "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux", *Act.dr.fam.* 2017, nrs. 12-16, (138) 142-144; P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1350-1355; T. VERCRUYSE, "Burgerrechtelijk statuut voor pleegzorgers – commentaar bij de wet van 19 maart 2017", *T.Fam.* 2018, nrs. 11-12, (6) 8-10.

de persoon van het kind kunnen evenwel niet worden gedelegeerd, noch kan de overeenkomst afbreuk doen aan de duurtijd van de pleegzorg zoals vastgelegd door het bevoegde pleegzorgorgaan (art. 387*septies*, § 2, tweede lid BW). De overeenkomst moet de rechten en plichten bevatten waarvan de uitoefening wordt gedelegeerd aan de pleegzorger, alsook de modaliteiten van de uitoefening ervan tussen de ouders en pleegzorger (art. 387*septies*, § 1, tweede lid BW). Tevens kan de overeenkomst worden gehomologeerd door de familierechtbank die de homologatie weigert voor zover ze strijdig is met het belang van het kind (art. 387*septies*, § 2, eerste lid BW).

Bij gebrek aan een dergelijke overeenkomst en voor zover het kind gedurende minstens één jaar voorafgaand aan het verzoek op een voortdurende wijze geplaatst was bij de pleegzorger, kunnen de pleegzorgers de familierechtbank zelf verzoeken om hen deze rechten geheel of ten dele te delegeren (art. 387*octies*, § 1, eerste lid BW). De pleegzorger moet zijn vordering instellen tegen de beide ouders, de enige ouder of de voogd van het kind (art. 387*octies*, § 1, vierde lid BW). Zoals de overeenkomst moet ook het vonnis uitdrukkelijk de gedelegeerde rechten en plichten vermelden (art. 387*octies*, § 2 BW) en mag het evenmin afbreuk doen aan de duurtijd van de pleegzorg zoals bepaald door het bevoegde pleegzorgorgaan (art. 387*octies*, § 1, derde lid BW).

35. Uitsluitend feitelijke ouders die meerderjarig zijn en in het bezit zijn van een screeningsattest uitgereikt door de bevoegde dienst voor pleegzorg komen in aanmerking als pleegzorger (art. 2, 12° *juncto* art. 14, § 1 VI. Decreet pleegzorg). De bevoegde dienst zal een dergelijk attest slechts uitreiken aan het gezin van de pleegzorger, i.e. het pleeggezin (art. 2, 9° VI. decreet pleegzorg), voor zover een recent uittreksel uit het strafregister aantoonde dat geen van de meerderjarige leden van het gezin feiten heeft begaan die onverzoenbaar zijn met pleegzorg, het gezin van de pleegzorger voldoende draagkracht heeft om een stabiel opvoedingsmilieu te bieden aan het kind én alle leden van het gezin worden betrokken bij de kandidaatstelling (art. 14, § 2 VI. Decreet pleegzorg). Slechts bij wijze van uitzondering kan een kind worden opgevangen zonder dat de pleegzorger reeds over een attest beschikt. In dat geval moet uiterlijk binnen zes weken een attest worden bekomen (art. 14, § 3 VI. Decreet pleegzorg).

Niettegenstaande de wet spreekt van 'pleegzorgers' kan niet worden uitgesloten dat ook eenoudergezinnen<sup>181</sup> en zelfs één persoon zonder kinderen de pleegzorg voor een kind op zich kunnen nemen.<sup>182</sup>

De pleegzorger(s) moet(en) bij de uitoefening van de ouderlijke bevoegdheden over het kind de door de ouders gekozen opvoedingsbeginselen in acht nemen (art. 387*decies* BW). Bestaat het pleeggezin uit twee pleegzorgers dan oefenen zij deze bevoegdheden gezamenlijk uit. Ten aanzien van te goeder trouw zijnde derden wordt elke pleegzorger bovendien geacht te handelen met instemming van de andere pleegzorger, behalve wat betreft de bij wet bepaalde uitzonderingen. Is evenwel geen instemming van beide pleegzorgers aanwezig dan kan een van hen steeds de zaak bij de familierechtbank aanhangig maken (art. 387*novies* BW).<sup>183</sup>

36. De familierechtbank oefent controle uit op de werking van de pleegzorg. Ze kan steeds in het belang van het kind, op verzoek van de ouder(s), de voogd, de pleegvoogd of de procureur des Konings alle beslissingen met betrekking tot het ouderlijk gezag opleggen, wijzigen of beëindigen (art. 387*duodecies* BW).<sup>184</sup>

37. Pleegzorg eindigt niet automatisch wanneer het kind meerderjarig wordt. Kinderen kunnen tot eenentwintig jaar bij een pleegzorger verblijven (art. 43 VI. Decreet pleegzorg). Aan de uitoefening van de bevoegdheden

---

<sup>181</sup> Verslag van de tweede lezing namens de commissie voor de justitie, *Parl. St. Kamer* 2016-17, nr. 697/11, 11.

<sup>182</sup> J. FIERENS, "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux", *Act.dr.fam.* 2017, nr. 5, (138) 140.

<sup>183</sup> I. BOONE, "Ouderlijk gezag, verblijf en recht op persoonlijk contact", *TPR* 2017, nr. 585, (1031) 1034; G. DECOCK, "De wet van 19 maart 2017 tot invoering van een statuut voor pleegzorgers" in G. DECOCK, P. SENAEVE, G. VERSCHULDEN en T. WIJNANT (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 126-129, (51) 76-77; J. FIERENS, "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux", *Act.dr.fam.* 2017, nr. 17, (138) 144-145; P. SENAEVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1356-1358; T. VERCRUYSSSE, "Burgerrechtelijk statuut voor pleegzorgers – commentaar bij de wet van 19 maart 2017", *T.Fam.* 2018, nr. 13, (6) 10.

<sup>184</sup> J. FIERENS, "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux", *Act.dr.fam.* 2017, nr. 19, (138) 145; P. SENAEVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1359; T. VERCRUYSSSE, "Burgerrechtelijk statuut voor pleegzorgers – commentaar bij de wet van 19 maart 2017", *T.Fam.* 2018, nr. 18, (6) 11.

door de pleegzorger komt daarentegen wel een einde wanneer het kind meerderjarig wordt, overlijdt, ontvoegd of geadopteerd wordt, dan wel wanneer de pleegzorger overlijdt of de plaatsing eindigt overeenkomstig de toepasselijke regelgeving inzake jeugdbijstand en jeugdbescherming (art. 387terdecies BW).<sup>185</sup>

Nadien wordt de pleegzorger in de context van art. 375bis BW vermoed een bijzonder affectieve band te hebben met het kind dat minstens een jaar voortdurend bij hem was geplaatst (art. 387quaterdecies BW).<sup>186</sup>

38. De bovenstaande analyse toont aan dat de wet van 19 maart 2017 de verhoudingen tussen de pleegzorger(s), het kind dat hij(/zij) opvang(t)(en) en zijn ouders juridisch omkadert. Deze wet komt tegemoet aan een lacune in de Belgische wetgeving die reeds lang werd aangekaart.<sup>187</sup> Door de bevoegdheden van de ouders en pleegzorger(s) duidelijk af te bakenen heeft de wetgever een nieuwe gezagsinstelling ontwikkeld waarmee wordt beoogd rechtszekerheid te bieden in de opvoedingssituatie van het kind. De wetgever heeft oog gehad voor de specifieke omstandigheden van elke opvoedingssituatie door voor de eerste maal in de mogelijkheid te voorzien van een conventionele of gerechtelijke delegatie van bepaalde

---

<sup>185</sup> G. DECOCK, "De wet van 19 maart 2017 tot invoering van een statuut voor pleegzorgers" in G. DECOCK, P. SENA EVE, G. VERSCHELDEN en T. WIJNANT (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 130-131, (51) 77; J. FIERENS, "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux", *Act.dr.fam.* 2017, nr. 20, (138) 145; P. SENA EVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1360.

<sup>186</sup> zie onder andere: I. BOONE, "Ouderlijk gezag, verblijf en recht op persoonlijk contact", *TPR* 2017, nr. 585, (1031) 1034; G. DECOCK, "De wet van 19 maart 2017 tot invoering van een statuut voor pleegzorgers" in G. DECOCK, P. SENA EVE, G. VERSCHELDEN en T. WIJNANT (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 132-134, (51) 78; J. FIERENS, "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux", *Act.dr.fam.* 2017, nr. 21, (138) 145-146; P. SENA EVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1361; T. VERCRUYSSSE, "Burgerrechtelijk statuut voor pleegzorgers – commentaar bij de wet van 19 maart 2017", *T.Fam.* 2018, nr. 17, (6) 11.

<sup>187</sup> In de rechtsleer was deze juridische lacune reeds (zeer) geruime tijd aan de kaak gesteld: S. BECQ, "Het juridisch statuut van de pleegouders", *RW* 1980-81 II, 2036-2056, zie vnl. nrs. 30- 36, 2051-2056; J. SOSSON, "Les aspects juridiques du droit belge en matière de formes alternatives d'accueil" in M.-Th. MEULDERS-KLEIN (ed.), *Adoption et formes alternatives d'accueil*, Brussel, Story-Scientia, 1990, nrs. 33-38, (153) 164-166; zie ook J. FIERENS, "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux", *Act.dr.fam.* 2017, nr. 3, (138) 140.



ouderlijke bevoegdheden aan de pleegzorgers. Het gaat dan meer specifiek om het recht om belangrijke beslissingen te nemen en/of de goederen van het kind te beheren.<sup>188</sup> Met deze mogelijkheid tot conventionele wijziging van het statuut voor pleegzorgers komt de wetgever bovendien tegemoet aan de stijgende wilsautonomie binnen het familierecht. De wetgever heeft daarnaast ook uitdrukkelijk de continuïteit in de opvoeding van het kind willen beschermen door te bepalen dat de pleegzorger(s) de opvoedingsbeginselen van de ouders moet(en) respecteren (cf. nr. 35). Een dergelijke continuïteit dient het belang van het kind, zoals *infra* zal worden aangetoond (cf. nr. 158). In de geest van dit continuïteitsbeginsel heeft de wetgever tevens de pleegzorger(s) principieel omgangsgerechtigde(n) gemaakt in de zin van art. 375*bis* BW, althans voor zover het kind minstens één jaar bij hem/(hen) geplaatst was op voortdurende wijze.

Evenwel moet worden opgemerkt dat de wetgever, ondanks de aansporing van de Raad van State daartoe,<sup>189</sup> nagelaten heeft om het recht van materiële en juridische bewaring in de wet te definiëren niettegenstaande de bevoegdheden van de ouders en de pleegzorger(s) daardoor worden bepaald. Bijgevolg moeten beide begrippen worden ingevuld door de rechtspraak die evenwel niet eenduidig is.<sup>190</sup> Een dergelijke oplossing brengt allicht geen uniformiteit tot stand. Tevens bevat de wet geen omschrijving van welke opvoedingsbeslissingen een dagelijks karakter hebben en welke opvoedingsbeslissingen een meer fundamenteel karakter hebben.<sup>191</sup> Ook al is een belangrijke rol in deze weggelegd voor een goede matching van de pleegzorger(s) en de ouders door de bevoegde

---

<sup>188</sup> Ook in die zin: J. FIERENS, "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux", *Act.dr.fam.* 2017, nr. 1, (138) 138-139.

<sup>189</sup> Adv. RvS. inzake wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving voor wat betreft de rechten en plichten van pleegouders, *Parl. St.* Kamer 2007-08, nr. 515/3, randnr. 1.5, 9-10.

<sup>190</sup> G. DECOCK, "De wet van 19 maart 2017 tot invoering van een statuut voor pleegzorgers" in G. DECOCK, P. SENAËVE, G. VERSCHULDEN en T. WIJNANT (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 99-102, (51) 65-68.

<sup>191</sup> zie voor rechtspraakoverzichten onder andere: S. AUDOORE, "Overzicht van rechtspraak (2003-2011) – De uitoefening van het ouderlijk gezag", *T.Fam.* 2012, nrs. 6-21, (55) 56-60; I. BOONE, "Ouderlijk gezag, verblijf en recht op persoonlijk contact", *TPR* 2017, nrs. 599-610, (1031) 1042-1051.

pleegzorgorganen, toch kan niet worden uitgesloten dat problemen rijzen.<sup>192</sup> In dat geval zal de rechter moeten bepalen of de pleegzorger(s) dan wel de ouders bevoegd zijn voor een bepaalde beslissing. Het was bijgevolg misschien raadzaam geweest had de wetgever toch bepaalde richtlijnen meegegeven waaraan de rechter zijn oordeel kon toetsen. Verder heeft de wetgever de pleegzorger(s) niet kwalitatief aansprakelijk gemaakt op grond van art. 1384, tweede lid BW voor de fout begaan door het kind dat hij(/ze) opvang(t)(en). Wel kan de pleegzorger bij een schadeverwekkende handeling van het kind worden aangesproken krachtens art. 1382 BW voor zover een eigen fout wordt bewezen.<sup>193</sup> Deze regel kadert in de huidige geest van de wet waarbij alleen een ouder met een juridische afstammingsband kwalitatief aansprakelijk kan worden gesteld voor de fout begaan door zijn minderjarig kind. De voormelde kritiek van bepaalde rechtsleer aangaande de kwalitatieve aansprakelijkheid van ouders bij voogdij (cf. nr. 20) en provoogdij (cf. nr. 26) is niet toepasselijk voor pleegzorg aangezien de pleegzorger slechts de uitoefening en niet het titularisschap van bepaalde ouderlijke bevoegdheden verkrijgt.

39. Uit de voorgaande analyse blijkt dat de feitelijke opvoeder door de pleegzorg in bepaalde mate ouderlijke bevoegdheden kan uitoefenen, waarmee allicht tegemoet wordt gekomen aan zijn bekommernis van inspraak in de opvoeding van het kind. Tevens kan de feitelijke ouder de pleegzorg over het kind maar in een beperkt aantal gevallen verliezen. De continuïteit en stabiliteit in de opvoeding van het kind wordt op deze manier zoveel als mogelijk gewaarborgd.

Niettegenstaande het voormelde, is pleegzorg geen geschikte gezagsinstelling om het feitelijk ouderschap juridisch vorm te geven in de

---

<sup>192</sup> Ook in die zin: G. DECOCK, "De wet van 19 maart 2017 tot invoering van een statuut voor pleegzorgers" in G. DECOCK, P. SENAËVE, G. VERSCHULDEN en T. WIJNANT (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 103-110, (51) 68-70; J. FIERENS, "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux", *Act.dr.fam.* 2017, nr. 6, (138) 140-141.

<sup>193</sup> Ook in die zin: G. DECOCK, "De wet van 19 maart 2017 tot invoering van een statuut voor pleegzorgers" in G. DECOCK, P. SENAËVE, G. VERSCHULDEN en T. WIJNANT (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 159-160, (51) 90; J. FIERENS, "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux", *Act.dr.fam.* 2017, nr. 24, (138) 146.

opvoedingssituaties die het voorwerp uitmaken van dit proefschrift (cf. nr. 3). Pleegzorg betreft immers uitsluitend opvoedingssituaties waar jeugdhulpverlening noodzakelijk is en waar een kind wordt geplaatst op vrijwillige basis of middels rechterlijke beschikking (cf. nr. 32). Deze opvoedingssituaties worden door andere noden gekenmerkt dan de opvoedingssituaties die het voorwerp van dit proefschrift uitmaken en waar een feitelijke ouder samen met de ouder(s) het kind wil helpen opvoeden zonder dat het kind daarom geplaatst wordt. Daarenboven is pleegzorg een tijdelijke maatregel met als doel het kind uiteindelijk te herenigen met zijn ouders (cf. nr. 32). De opvoeding die de feitelijke ouder daarentegen verschaft aan het kind in het kader van de bestudeerde opvoedingssituaties heeft een duurzaam en niet noodzakelijk tijdelijk karakter met als doel het kind naar volwassenheid te begeleiden.

#### **AFDELING 7. Gemeenrechtelijke lastgevingsovereenkomst**

40. Ten slotte bestaat een zevende mogelijkheid om het feitelijk ouderschap in rechte te beschermen, zijnde via een gemeenrechtelijke lastgevingsovereenkomst. Krachtens een dergelijke overeenkomst aanvaardt de feitelijke ouder om als lasthebber te worden belast met het stellen van een rechtshandeling voor de lastgever, zijnde de juridische ouder(s) van het kind (art. 1984 BW).<sup>194</sup> Wanneer vervolgens de feitelijke ouder als lasthebber deze rechtshandeling stelt, stelt hij deze in naam en voor rekening van de juridische ouder(s) als lastgever. De rechtsgevolgen van de rechtshandeling worden met andere woorden dadelijk toegerekend aan juridische ouder(s) zodat er sprake is van een onmiddellijke vertegenwoordiging.<sup>195</sup> Deze verbondenheid tussen lastgeving en vertegenwoordiging is door de eeuwen heen gegroeid waarbij de erkenning van de figuur van vertegenwoordiging tijdens de Middeleeuwen noodzakelijk

---

<sup>194</sup> B. TILLEMANS, *Lastgeving*, Deurne, Story-Scientia, 1997, nr. 4, 3.

<sup>195</sup> I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nrs. 18-19, 17-18 en nr. 82, 65; zie nr. 83, 65-66: Bij middellijke vertegenwoordiging daarentegen treedt de vertegenwoordiger op in eigen naam en niet in naam van de vertegenwoordigde. Typevoorbeelden van een middellijke vertegenwoordiging vormen de overeenkomst van naamgeving en de commissieovereenkomst.

was in het kader van de groeiende handel.<sup>196</sup> Door de Napoleontische wetgever werd de verbondenheid tussen lastgeving en vertegenwoordiging als uitgangspunt gehanteerd bij de uitwerking van de regeling inzake lastgeving (zie de artt. 1997-1998 BW).<sup>197</sup> Bijgevolg is er volgens sommige auteurs geen lastgevingsovereenkomst mogelijk zonder vertegenwoordiging.<sup>198</sup> Andere auteurs zijn evenwel de mening toegedaan dat de visie van de wetgever niet uitsluit dat ook zonder vertegenwoordiging er sprake kan zijn van lastgeving.<sup>199</sup> Niettegenstaande deze discussie, kan worden besloten dat de *ratio* van de lastgeving haar oorsprong vindt in de economische behoeften van een opkomende handel.

41. Krachtens de lastgevingsovereenkomst kan de feitelijke ouder als lasthebber rechtshandelingen stellen in dagelijkse opvoedingsaangelegenheden in naam en voor rekening van de juridische ouders van het kind. Het betreft dan handelingen die zij normaal alleen als titularissen van het ouderlijk gezag zouden kunnen stellen (art. 1984, eerste lid BW).<sup>200</sup>

Traditioneel wordt het voorwerp van de lastgevingsovereenkomst beperkt tot rechtshandelingen, zijnde handelingen waarmee het tot stand brengen van rechtsgevolgen wordt beoogd zoals bv. de verkoop van goederen. Evenwel wordt in de rechtsleer op grond van een viertal argumenten aangenomen dat ook materiële handelingen het voorwerp van een vertegenwoordiging en dus van een lastgevingsovereenkomst kunnen uitmaken.<sup>201</sup> Bijgevolg wordt ervoor gepleit om het stellen van

---

<sup>196</sup> R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Kaapstad, Juta en Co, 1990, 56.

<sup>197</sup> I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nrs. 23-31, 25-30.

<sup>198</sup> zie onder andere: P. WERY, *Droit des contrats. Le mandat in Répertoire Notarial. Tome IX- Contrats Divers, Livre VII*, Brussel, Larcier, 2000, 62-63; R. DEKKERS, *Handboek van Burgerlijk Recht*, II, Brussel, Bruylant, 1957, nr. 1261, 707-708.

<sup>199</sup> zie onder andere: A. KLUYSKENS, *Beginnels van burgerlijk recht. De contracten*, Antwerpen, Standaard, 1952, nr. 509, 628.

<sup>200</sup> S. CAP en J. SOSSON, "La place juridique du tiers au lien de filiation" in *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 30, (267) 303.

<sup>201</sup> Zie voor een opsomming van deze argumenten: I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nrs. 58-64, 48-52; B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, Story-Scientia, 1997, nr. 111, 64.

rechtshandelingen als onderscheidingscriterium voor een lastgevings- of aannemingsovereenkomst te herbekijken, mede gelet op het feit dat steeds meer overeenkomsten een gemengd karakter vertonen. Bij dergelijke gemengde overeenkomsten veronderstelt het verrichten van rechtshandelingen het stellen van materiële handelingen.<sup>202</sup> Om te bepalen of deze overeenkomsten als lastgevings- of aannemingsovereenkomsten moeten worden gekwalificeerd is het huidige onderscheidingscriterium nog steeds relevant bij afwezigheid van een wetgevende hervorming. Bijgevolg moet worden nagegaan of de materiële handelingen bijkomstig zijn aan de rechtshandelingen of niet. Welke handeling is het meest doorslaggevend? Zijn de materiële handelingen niet bijkomstig aan de rechtshandelingen dan gaat het om een aannemingsovereenkomst. Zijn ze wel bijkomstig dan betreft het een lastgevingsovereenkomst waarbinnen de lasthebber evenwel ook materiële handelingen kan verrichten.<sup>203</sup> Meestal gaat het dan om materiële handelingen die geen rechtsgevolgen doen ontstaan zodat de lasthebber daarvoor zelfs geen vertegenwoordigingsbevoegdheid nodig heeft. Brengen de materiële handelingen daarentegen wel ongewild rechtsgevolgen teweeg, en zijn het dus rechtsfeiten tot stand gebracht door het handelen van de lasthebber zoals bv. een ongeval, dan rijst de vraag of deze toerekenbaar zijn aan de lastgever. In de rechtsleer wordt verdedigd dat dit niet het geval is wanneer de lastgever vrijwillig de vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft verleend aan de lasthebber. Er kan immers worden aangenomen dat de lastgever zich niet zomaar ongewilde rechtsgevolgen van handelingen gesteld door de lasthebber wil laten toerekenen.<sup>204</sup>

Bij de uitvoering van de lastgeving moet de feitelijke ouder als lasthebber handelen als een goed huisvader (art. 1991 en 1992 BW), en rekenschap geven over de uitvoering van zijn opdracht aan de ouders als

---

<sup>202</sup> B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, Story-Scientia, 1997, nr. 13, 11.

<sup>203</sup> I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 67; B. TILLEMANN e.a., "Bijzondere overeenkomsten: overzicht van rechtspraak – lastgeving", *TPR* 2010, nr. 3, (601) 602.

<sup>204</sup> I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 71, 56.

lastgever (art. 1993 BW).<sup>205</sup> De lasthebber kan niet worden aangesproken door derden tot nakoming van de rechten en plichten die uit de rechtshandeling voortvloeien, aangezien deze worden toegerekend aan de ouders als lastgever die de plicht hebben deze na te komen (art. 1998 BW).<sup>206</sup> Wel kan de feitelijke ouder de lastgever (i.e. de juridische ouder(s)) verplichten hem de kosten te vergoeden die hij als lasthebber gemaakt heeft (art. 1999 BW) via een retentierecht op goederen van de juridische ouders die ze hem eventueel overhandigd hebben.<sup>207</sup>

42. De feitelijke ouder kan maar als lasthebber optreden voor zover hij over voldoende onderscheidingsvermogen (i.e. feitelijke bekwaamheid) beschikt om zijn toestemming te kunnen geven in de rechtshandeling met een derde. Niet vereist is dat de feitelijke ouder ook handelingsbekwaam is tot het verrichten van de rechtshandeling waarvoor hij gemachtigd wordt. Bijgevolg kan zelfs een ontvoogde minderjarige als lasthebber gekozen worden (art. 1990 BW), voor zover hij althans beschikt over voldoende onderscheidingsvermogen (i.e. feitelijke bekwaamheid) zodat hij de draagwijdte van zijn optreden kan vatten. In de verhouding met de lastgever moet de lasthebber wel handelingsbekwaam zijn aangezien hij geldig moet kunnen toestemmen in de onderlinge rechtsverhouding die hem de vertegenwoordigingsbevoegdheid verleent.<sup>208</sup>

Wanneer een lastgevingsovereenkomst wordt gehanteerd om feitelijk ouderschap in de beoogde opvoedingssituaties juridisch te verankeren (cf. nr. 3), dan gaat het om een conventionele lastgeving die als consensuele overeenkomst in beginsel aan geen vormvereiste onderworpen is. Een

---

<sup>205</sup> I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 86, 70; B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, Story-Scientia, 1997, nrs. 226 e.v., 125 e.v.; B. TILLEMANN e.a., "Bijzondere overeenkomsten: overzicht van rechtspraak – lastgeving", *TPR* 2010, nrs. 59-60, (601) 654-655 en nr. 68, (601) 661-662.

<sup>206</sup> I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nrs. 99-100, 77-79.

<sup>207</sup> I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 86, 70.

<sup>208</sup> I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 57, 47; B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, Story-Scientia, 1997, nrs. 86-90, 52-54.

wilsovereenstemming tussen de juridische ouders en de feitelijke ouder volstaat (art. 1985 BW).<sup>209</sup> Evenwel is een (authentiek) geschrift aan te raden om latere bewijsproblemen te voorkomen.<sup>210</sup> Tussen de lasthebber en lastgever moet de lastgeving immers bewezen worden overeenkomstig de gemeenrechtelijke bewijsregels zodat een geschrift vereist is wanneer de waarde van het voorwerp van de lastgeving meer dan 375 euro bedraagt (art. 1341 BW). Derden kunnen met alle middelen van recht de lastgeving bewijzen wanneer deze wordt betwist door de lasthebber of de lastgever. Betwist daarentegen de derde zelf de lastgeving, dan moet deze worden bewezen met een geschrift.<sup>211</sup>

43. Overlijdt de feitelijke ouder als lasthebber dan eindigt de lastgevingsovereenkomst. Deze overeenkomst eindigt eveneens door het overlijden van de juridische ouder(s) als lastgever, door de eenzijdige opzegging ervan door de lasthebber resp. herroeping door de lastgever, dan wel doordat de lasthebber of lastgever door de vrederechter onbekwaam verklaard worden (art. 2003 BW).<sup>212</sup>

44. Het gebruik van een lastgevingsovereenkomst om het feitelijk ouderschap in de beoogde opvoedingssituaties (cf. nr. 3) juridisch te verankeren laat toe dat meerdere feitelijke ouders tegelijkertijd als lasthebber kunnen optreden zonder dat ze elkaar uitsluiten. Er geldt immers geen beperking van het aantal lasthebbers. Tevens maakt een conventionele lastgeving het mogelijk om in het licht van de concrete omstandigheden van de opvoedingssituatie een flexibele regeling uit te werken op maat voor elk kind.

45. De gemeenrechtelijke lastgevingsovereenkomst is evenwel ongeschikt om de rol van de feitelijke ouder in de bestudeerde opvoedingssituaties juridisch te omkaderen, omwille van de volgende redenen.

---

<sup>209</sup> B. TILLEMANN e.a., "Bijzondere overeenkomsten: overzicht van rechtspraak – lastgeving", *TPR* 2010, nr. 32, (601) 625; B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, Story-Scientia, 1997, nr. 75, 45 en nr. 138, 78.

<sup>210</sup> B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, Story-Scientia, 1997, nr. 139, 78.

<sup>211</sup> B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, Story-Scientia, 1997, nrs. 172-183, 94-99; B. TILLEMANN e.a., "Bijzondere overeenkomsten: overzicht van rechtspraak – lastgeving", *TPR* 2010, nrs. 40-46, (601) 632-641.

<sup>212</sup> zie daarover uitgebreid: B. TILLEMANN, *Lastgeving*, Deurne, Story-Scientia, 1997, nrs. 501 e.v., 280 e.v.

Ten eerste kunnen de juridische ouders als lastgever steeds eenzijdig terugkomen op de regeling met de feitelijke ouder (i.e. lasthebber),<sup>213</sup> zodat diens juridische positie door een grote mate van onzekerheid wordt gekenmerkt. De afdwingbaarheid van de lastgevingsovereenkomst is immers uitgesloten. De juridische positie van de feitelijke ouder is met andere woorden volledig afhankelijk van de *goodwill* van de ouders.

Ten tweede wordt het familierecht gekenmerkt door een aantal bijzondere behoeften waardoor rechtsfiguren uit het gemene verbintenissenrecht, zoals de gemeenrechtelijke lastgevingsovereenkomst, familierelaties onvoldoende kunnen beschermen en dus niet volstaan om deze juridisch te omkaderen. Zo worden familierelaties als verhoudingen van staat gekwalificeerd om ze te onttrekken aan de gemeenrechtelijke contractsvrijheid en te onderwerpen aan dwingende familierechtelijke rechtsregels. Via deze verhoudingen van staat wordt de rechtspositie van de betrokkenen in het rechtsverkeer op algemene wijze bepaald. De rechtsgevolgen van de verhoudingen van staat beperken zich immers niet tot de partijen, maar strekken zich ook uit ten aanzien van derden en ten aanzien van de overheid waarbij deze zich bovendien niet beperken tot het voorwerp van de verbintenis tussen de partijen. Wanneer bv. een huwelijk wordt gesloten tussen twee partners ontstaan huwelijkse plichten tussen de echtgenoten, maar wordt ook de rechtspositie van derden en van de overheid beïnvloed. Zo kunnen derden bv. niet contracteren met een van de echtgenoten over de gezinswoning en is de overheid verplicht om bepaalde fiscale en sociale voordelen aan de echtgenoten toe te kennen. De kwalificatie van familierelaties als verhoudingen van staat brengt bijgevolg de bijzondere behoefte mee om de samenleving te beschermen.<sup>214</sup> Tevens speelt het belang van het kind een primordiale rol in het familierecht, wat inhoudt dat dit belang een eerste overweging moet vormen in alle

---

<sup>213</sup> T. WUYTS, "De rechtspositie van meemoeders en hun kinderen" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 140, (71) 122.

<sup>214</sup> S. MATTHÉ, *Familierecht als verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2016, nrs. 510-538, 409-424; zie inzake verhoudingen van staat: F. SWENNEN, "Bedenkingen bij het rechtsbegrip 'staat van de persoon' ", in X., *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 59-76.



aangelegenheden die het kind aangaan. Deze bijzondere behoefte van het familierecht is ingegeven vanuit de zwakke positie die het minderjarige kind in familierelaties opneemt, aangezien het niet zelf in staat is om zijn belangen te behartigen wegens zijn jonge leeftijd.<sup>215</sup> Een andere behoefte van het familierecht waardoor het gemeen verbintenissenrecht tekort schiet in de bescherming van familierelaties, betreft het affectieve karakter van deze relaties. Anders dan in het gemeen verbintenissenrecht waar de partijrelatie een zuiver contractuele grondslag heeft, vormen emotionele banden de grondslag van familierelaties. Dit emotionele karakter verhindert evenwel niet dat via familierechtelijke rechtshandelingen familierelaties ook een contractueel karakter kunnen krijgen (bv. een huwelijk).<sup>216</sup> Daarnaast bestaat in het familierecht een bijzondere behoefte om handelingsonbekwame personen te beschermen tegen een belemmering van hun zelfontplooiing. Familierechtelijke rechtshandelingen hebben immers, anders dan gemeenrechtelijke rechtshandelingen, steeds betrekking hebben op de persoon van de betrokkene. Ook handelingsonbekwame personen, zoals minderjarigen in de context van ouderlijk gezag, hebben het recht om menswaardig te worden behandeld en om zichzelf zoveel als mogelijk te kunnen ontplooien.<sup>217</sup> Een laatste behoefte die het familierecht onderscheidt van het gemeen verbintenissenrecht heeft betrekking op de solidariteitsfunctie van de familie. Deze functie komt tot uiting in de onderhoudsplichten die tussen de verschillende familieleden op wederkerige wijze bestaan (artt. 203 en 205-207 BW) en veronderstelt ook de aanwezigheid van solidariteit in hunnen hoofde. Solidariteit en verantwoordelijkheid gaan immers hand in hand.<sup>218</sup>

Ten derde is lastgeving een rechtsfiguur die ontstaan is ter bevordering van de handel (nr. 40). De *ratio* van deze rechtsfiguur stemt met andere woorden niet overeen met de situatie waarin een kind door een

---

<sup>215</sup> S. MATTHÉ, *Familierecht als verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2016, nrs. 539-541, 425-426.

<sup>216</sup> S. MATTHÉ, *Familierecht als verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2016, nrs. 542-545, 426-429.

<sup>217</sup> S. MATTHÉ, *Familierecht als verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2016, nrs. 546-547, 429-430.

<sup>218</sup> S. MATTHÉ, *Familierecht als verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2016, nr. 548, 430.

feitelijke ouder wordt grootgebracht. De wetgever van destijds had dan ook niet voor ogen dat lastgeving zou worden aangewend in familierechtelijke aangelegenheden, zodat de rechtsfiguur onvoldoende waarborgen biedt ter bescherming van het belang van het kind als bijzondere behoefte van het familierecht (cf. *supra*).

Ten vierde is *de lege lata* het voorwerp van de lastgevingsovereenkomst in hoofdorde beperkt tot rechtshandelingen (cf. nr. 41). De lasthebber kan bijgevolg slechts materiële handelingen stellen voor zover deze bijkomstig zijn aan de rechtshandelingen. Voor uitsluitend materiële handelingen kan met andere woorden geen lastgeving worden verleend. Evenwel zal de feitelijke ouder in het kader van de opvoeding van het kind voornamelijk materiële handelingen moeten stellen en slechts in beperkte mate rechtshandelingen. Via de lastgevingsovereenkomst verkrijgt de feitelijke ouder met andere woorden geen echte inspraak in de opvoeding van het kind, maar slechts een vertegenwoordigingsbevoegdheid van de juridische ouder(s).

Ten vijfde is het gebruik van een lastgevingsovereenkomst niet geschikt aangezien een feitelijke ouder daarmee niet wordt aangespoord om verantwoordelijkheid te dragen in de door hem verschafte opvoeding. Als lasthebber kan hij immers niet worden aangesproken door de derde tot nakoming van de rechten en plichten uit de door hem verrichte rechtshandeling, aangezien deze worden toegerekend aan de juridische ouder(s) als lastgever (art. 1998 BW – cf. nr. 41).

Ten zesde houdt de aanduiding van de feitelijke ouder als lasthebber van de juridische ouders een ontkenning in van zijn opvoedende rol. Als lasthebber vertegenwoordigt de feitelijke ouder immers de juridische ouders en oefent hij geen eigen bevoegdheden uit. Voornamelijk de symbolische waarde van een eigen regeling voor feitelijke ouders rechtvaardigt dan de uitwerking ervan.

### **HOOFDSTUK 3. Besluit**

46. Uit de voorgaande analyse blijkt dat in de huidige Belgische wetgeving een aantal mogelijkheden bestaan om de rol van de persoon die een kind feitelijk opvoedt juridisch vorm te geven. Daarbij kunnen drie pistes bewandeld worden. Ofwel wordt een juridische afstammingsband met het kind gevestigd, ofwel wordt beroep gedaan op een gezagsinstelling, zijnde de pleegvoogdij, voogdij, provoogdij of pleegzorg, teneinde ouderlijke rechten en plichten aan de feitelijke ouder te laten toekomen, ofwel wordt gebruik gemaakt van het gemeen verbintenissenrecht, en meer bepaald de rechtsfiguur van lastgeving. Geen van deze mogelijkheden is evenwel tot stand gebracht om aan de problematiek van feitelijk ouderschap te verhelpen die dit proefschrift tot voorwerp heeft, met name de situatie waarin een persoon een kind samen met diens ouder(s) begeleidt tot aan diens volwassenheid en zodoende de ouder(s) helpt in de opvoeding van het kind, zonder evenwel de juridische of biologische ouder van het kind te zijn (cf. nr. 3). Het betreft telkenmale een oneigenlijk gebruik.

Zo wordt met de vestiging van een juridische afstammingsband via het oorspronkelijk afstammingsrecht in beginsel beoogd aan te duiden van wie een kind afstamt (cf. nr. 8) waarbij de afstammingsband dienst doet als familierechtelijk aanknopingspunt waaruit een geheel van (soms te verregaande) rechtsgevolgen voor de feitelijke ouder en het kind voortvloeit. Wordt daarentegen gebruik gemaakt van adoptie om juridische afstammingsbanden met een kind te vestigen dan betreft dit in se een oneigenlijk gebruik aangezien adoptie een bijzondere maatregel van jeugdbescherming is (cf. nr. 13). Wat de instelling van pleegvoogdij betreft, blijkt uit de toepassingsvoorwaarden en rechtsgevolgen dat deze rechtsfiguur nog te zeer aansluit bij adoptie, wat ze ongeschikt maakt voor een algemene omkadering van de beoogde feitelijke opvoedingssituaties (cf. nr. 15). Voogdij omkadert dan weer uitsluitend de opvoedingssituatie van een kind dat geen juridische ouders meer heeft, wiens juridische ouders wettelijk onbekend zijn of in de onmogelijkheid verkeren om het ouderlijk gezag uit te oefenen. Zoals aangetoond (cf. nr. 24), kan deze regeling tot gevolg hebben dat wanneer de juridische ouder van het kind overlijdt de persoon die het kind feitelijk opvoedt deze rol niet kan verderzetten

aangezien de tweede juridische ouder dan titularis van het ouderlijk gezag wordt. Provoogdij kan eveneens slechts worden aangewend in de specifieke situatie dat een juridische ouder ontzet werd van het ouderlijk gezag (cf. nr. 25), en ook pleegzorg omkadert feitelijk ouderschap uitsluitend wanneer een kind geplaatst is in het kader van het jeugdbeschermingsrecht (cf. nr. 32). Een gemeenrechtelijke lastgevingsovereenkomst is evenmin geschikt om feitelijk ouderschap te omkaderen in de beoogde opvoedingssituaties gelet op onder meer de *ratio* van deze rechtsfiguur en de daaruit voortvloeiende beperkte bescherming voor de betrokkenen, zoals het kind en de feitelijke ouder (cf. nr. 45).

47. Omdat in de beoogde opvoedingssituaties geen afdoende juridisch kader bestaat voor de personen die een kind feitelijk opvoeden (cf. nr. 3), worden deze personen in de praktijk vaak geconfronteerd met problemen. Tijdens het leven van de juridische ouder(s) van het kind kan de feitelijke ouder niet op rechtsgeldige wijze de dagelijkse opvoeding van het kind waarnemen. Bij gebrek aan het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag in zynen hoofde kan hij bijvoorbeeld niet rechtsgeldig de schoolresultaten van het kind opvragen, aanwezig zijn bij vergaderingen van de ouderavond, het kind inschrijven in een sportclub of laten deelnemen aan zomerkampen van de jeugdvereniging. Ook na het overlijden van de juridische ouder(s) rijzen problemen voor de feitelijke ouder. Overlijden beide ouders en werd de feitelijke ouder niet als testamentaire voogd aangeduid (art. 392 BW) dan zal de rechter beslissen of de feitelijke ouder de voogdij over het kind verkrijgt (art. 393 BW) (cf. nr. 21). Overlijdt evenwel slechts één juridische ouder, dan behoudt de andere juridische ouder het ouderlijk gezag ook al heeft hij reeds geruime tijd geen contact meer onderhouden met zijn kind, terwijl de persoon die jarenlang het kind als een feitelijke ouder heeft opgevoed, in beginsel over geen rechten beschikt. Hoogstens kan hij een recht op persoonlijk contact laten gelden op grond van artikel 375*bis* BW.<sup>219</sup>

---

<sup>219</sup> Cass. 16 januari 2009, *T.Fam.* 2009, 91, noot R. VASSEUR: de zorgouder moet het bestaan van een bijzonder affectieve band met het kind bewijzen. Deze band moet niet wederkerig noch actueel zijn; Gent 30 juni 1989, *RTDF* 1990, 74; Antwerpen 21 april 2005, *RW* 2005-06, 745, noot F. SWENNEN; Brussel 25 maart 2009, *RW* 2009-10, 1692, noot L. STEVENS; Vred. Westerlo 16 juni 2008, *RW* 2008-09, 847, err. 896,

## **TITEL 2. Plan**

### **HOOFDSTUK 1. Doelstelling**

48. Dit proefschrift beoogt een statuut te ontwikkelen voor personen die geen oorspronkelijke of adoptieve afstammingsband hebben met het kind dat ze buiten de context van pleegzorg samen met diens ouder(s) opvoeden. Hierbij is het geslacht en de seksuele geaardheid van deze personen irrelevant. Evenmin relevant is het feit dat deze personen biologisch verwant zijn met het kind dan wel een partnerrelatie onderhouden met één van diens juridische ouders.

De finaliteit van het statuut bestaat erin deze personen in staat te stellen de ouder(s) te helpen in de opvoeding van het kind. De personen die dit feitelijk ouderschap over het kind waarnemen worden aangeduid met de algemene term 'zorgouder'.

### **HOOFDSTUK 2. Situering**

49. Dit proefschrift moet binnen de rechtsleer worden geplaatst tegenover de reeds gevoerde onderzoeken van T. WUYTS en D. VAN GRUNDERBEECK.<sup>220</sup> Het grote verschil met deze twee onderzoeken is het opzet van dit proefschrift dat veel concreter van aanpak is door de uitwerking van een specifiek voorstel.

50. Dit proefschrift verschilt van het proefschrift van T. WUYTS op de volgende punten.

Een eerste verschilpunt betreft de gehanteerde terminologie. In dit proefschrift wordt ervoor geopteerd om geen onderscheid te maken tussen

---

*T.Fam.* 2009, 114-116, noot S. EGGERMONT; *contra*: Jeugdrb. Gent 15 september 1986, *RTDF* 1990, 69 en hervorming door Gent 5 december 1988, *RTDF* 1990, 72; Jeugdrb. Brussel 28 mei 1999, *RTDF* 2000, 455.

<sup>220</sup> Zie D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnelsen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 763p; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 990p.

een zorgouder en een stiefouder.<sup>221</sup> Er wordt slechts één term gehanteerd, zijnde de term zorgouder, die ook de stiefouder omvat. Het gebruik van meerdere termen biedt geen meerwaarde. In beide gevallen gaat het immers over personen die feitelijk de rol van ouder op zich nemen door het kind daadwerkelijk op te voeden. Bovendien kan het gebruik van de term stiefouder omdat dit de meest gangbare is, niet overtuigen gelet op de pejoratieve betekenis die eraan wordt toegekend. De term zorgouder benadrukt daarentegen meer de zorgdragende rol van de persoon in kwestie die aansluit bij de functie van het ouderschap die hij vervult en zonder rekening te houden met de vraag of een partnerrelatie bestaat tussen de feitelijke ouder en de juridische ouder van het kind.<sup>222</sup>

Een tweede verschilpunt houdt verband met het voorwerp van het onderzoek en de afbakening ervan. In het proefschrift van T. WUYTS worden gezagsinstituten over minderjarigen die al dan niet afhankelijk zijn van de aanwezigheid van een afstammingsband op hun grondslagen onderzocht teneinde na te gaan wie naar huidig Belgisch recht titularis van het ouderlijk gezag kan zijn en waarom. Vervolgens worden de feitelijke opvoedingssituaties voor een kind in de huidige samenleving getoetst aan het vigerende recht om te zien welke personen *de facto* het gezag uitoefenen over het kind maar *de iure* geen gezag kunnen laten vaststellen. Zodoende rijst de vraag of de stiefouder juridisch gezag moet verkrijgen over het kind dat hij feitelijk opvoedt.<sup>223</sup> Op deze bevindingen werkt onderhavig proefschrift verder, waarbij deze laatste stelling als de centrale onderzoeksvraag wordt behandeld tegen een ruimere achtergrond. Zo wordt niet uitsluitend onderzocht of de partner van de juridische ouder gezag moet verkrijgen over het kind dat hij helpt op te voeden, maar ook of eender

---

<sup>221</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 99, 95-97: Een 'stiefouder' wordt door deze auteur omschreven als de partner van de ouder, ongeacht het statuut van hun relatie, die mee het kind opvoedt. Een 'zorgouder' is daarentegen de persoon die geen seksueel-affectieve band met de ouder van het kind heeft maar die wel mee het kind opvoedt.

<sup>222</sup> Zie ook in die zin: Verslag namens de subcommissie familierecht, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 393/003, 25 (uiteenzetting door professor HEYVAERT).

<sup>223</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 92-93, 91-92 en nrs. 1275-1290, 929-935.

welke persoon die een kind feitelijk opvoedt buiten de context van pleegzorg dit gezag moet verkrijgen.<sup>224</sup>

Een derde verschilpunt heeft betrekking op het grondrechtenonderzoek aangaande het recht op familielevens zoals beschermd door art. 8 EVRM. In dit proefschrift worden de bevindingen van het grondrechtenonderzoek aangewend voor de invulling van de gehanteerde begrippen en de te onderzoeken relaties, alsook voor de verdere concrete uitwerking van het zorgouderschapstatuut. Op basis van het grondslagenonderzoek in het proefschrift van T. WUYTS worden daarentegen de grondslagen en beginselen onderzocht waarop de gezagsinstellingen over minderjarige kinderen berusten. Een verdere concrete toepassing blijft evenwel uit.<sup>225</sup>

51. Dit proefschrift moet ook op een aantal punten worden onderscheiden van het proefschrift van D. VAN GRUNDERBEECK.

Een eerst verschilpunt betreft het eigenlijke voorwerp van het onderzoek. Het proefschrift van D. VAN GRUNDERBEECK kent een rechtsdogmatische benadering aangezien het een onderzoek van Europese en internationale instrumenten tot voorwerp heeft, teneinde daaruit een kern van grondbeginselen van een zich ontwikkelend Europees personen- en familierecht te distilleren. Er wordt onderzocht of een Europese openbare orde kan worden ontwikkeld die de grondbeginselen bevat voor een Europees personen- en familierecht.<sup>226</sup> Het voorwerp van het onderzoek is veel ruimer aangezien het betrekking heeft op de identificatie van het individu zelf, op huwelijkse en buitenhuwelijkse relaties tussen twee volwassen personen, alsook op de relatie tussen ouders en kinderen. Het voorliggende proefschrift daarentegen heeft de studie van bepaalde familierechtelijke relaties tot voorwerp, meer bepaald de relaties tussen een kind en de persoon die het kind feitelijk opvoedt.

---

<sup>224</sup> Zie de beperkte toelichting daaromtrent: T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 1291-1293, 935-937.

<sup>225</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 631-919, 457-664.

<sup>226</sup> D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 10, 9-10.

Een tweede verschilpunt heeft betrekking op het karakter van het onderzoek. Het onderzoek van D. VAN GRUNDERBEECK is eerder abstract van aard aangezien wordt nagegaan of de bestudeerde relaties worden beheerst door mensenrechtelijke beginselen.<sup>227</sup> Uit een analyse van Straatsburgse rechtspraak en wetgevende instrumenten wordt een lijst van beginselen van Europees personen- en familierecht afgeleid in de vierde en laatste titel.<sup>228</sup> In het voorliggende proefschrift wordt eveneens de rechtspraak van het EHRM inzake het recht op familieleven zoals beschermd door art. 8 EVRM geanalyseerd, maar wordt deze analyse verder gebruikt bij de uitwerking van een statuut voor de zorgouder. Op die manier vindt een concrete toepassing plaats van de uit de rechtspraak afgeleide beginselen.

### **HOOFDSTUK 3.      Onderzoeksvragen**

52. De centrale onderzoeksvraag van dit proefschrift luidt als volgt: *“Moet in het licht van de grondrechtenbescherming een statuut voor zorgouders worden ontwikkeld, en zo ja, hoe zou dit statuut er uit kunnen zien in de Belgische rechtsorde in het licht van de grondrechtenbescherming?”* Teneinde deze centrale onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden moeten de volgende vier subonderzoeksvragen beantwoord worden:

- 1° Op welke gronden is een wetgevend optreden gerechtvaardigd (deel II)?
- 2° Welke uitgangspunten moeten worden gehanteerd bij de uitwerking een statuut voor zorgouders (deel III)?
- 3° Op welke grondslag moet het zorgouderschapstatuut worden gebaseerd (deel IV, titel 1)?

---

<sup>227</sup> D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 31, 19; zie inzake het individu: nr. 76, 53; inzake de tweerelaties tussen volwassenen: nr. 226, 175; zie inzake de relatie tussen ouders en kinderen: nr. 418, 315.

<sup>228</sup> D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 35, 20-21 en nrs. 833-834, 628-647.



- 4° Aan welke vereisten moet een zorgouder voldoen om aanspraak te kunnen maken op het statuut (deel IV, titel 2)?
- 5° Op welke wijze kan het zorgouderschapstatuut worden verkregen (deel IV, titel 3)?
- 6° Wat zijn de rechtsgevolgen van het zorgouderschapstatuut (deel V)?

#### **HOOFDSTUK 4.           Structuur**

53.     Dit proefschrift bestaat uit vijf delen.

Het eerste deel beoogt het actueel maatschappelijk en juridisch belang van het onderzoek te duiden. De doelstelling van het onderzoek wordt uiteengezet, het onderzoek wordt gesitueerd binnen de rechtsleer en de centrale onderzoeksvraag en subonderzoeksvragen worden geponeerd. Tot slot wordt de gehanteerde methodiek toegelicht en de centrale begrippen van dit proefschrift, met name 'familieleven', 'partner', 'kind', 'ouder' en 'zorgouder' gedefinieerd.

Vervolgens wordt in het tweede deel de noodzaak van een wetgevend optreden geduid. Dit gebeurt aan de hand van een analyse van het arrest van het (toenmalige) Arbitragehof d. d. 8 oktober 2003, een analyse van het advies nr. 393/2 van de Raad van State d. d. 7 oktober 2005, alsook van de rechtsstelsels van Duitsland, Engeland, Frankrijk en Nederland. Zodoende wordt in dit deel de noodzaak van het onderzoek geduid en tevens gerechtvaardigd.

Aangezien bij de ontwikkeling van een statuut voor zorgouders een aantal criteria in acht moeten worden genomen waaraan het statuut moet worden getoetst, bevat het derde deel de omschrijving van het belang van het kind en de zorgouder, alsook van het begrip familielevens. Deze twee toetsingscriteria laten toe dat het ontwikkelde statuut gebaseerd is op internationale en Europeesrechtelijke grondbeginselen. De toetsingscriteria worden immers ingevuld aan de hand van het IVRK en een rechtspraakanalyse van art. 8 EVRM, alsook in beperkte mate aan de hand van menswetenschappelijke literatuurstudies.

In het vierde deel worden daarna de grondslag en toepassingsvoorwaarden voor het statuut uitgewerkt. Zo wordt onderzocht of het gezagsrecht of het afstammingsrecht als grondslag voor een statuut moet dienen, aan welke vereisten een persoon moet voldoen om als 'zorgouder' aanspraak te kunnen maken op het statuut, alsook op welke wijze het statuut desgevallend wordt verkregen. Aan de hand van deze vragen worden de buitenlandse rechtsstelsels onderzocht en functioneel aangewend bij de uitwerking van een statuut naar Belgisch recht.

Deze werkwijze wordt eveneens aangewend om in het vijfde deel te bepalen welke rechtsgevolgen aan het zorgouderschapstatuut kunnen worden verbonden en welke rechten en plichten de zorgouder met andere woorden verkrijgt.

### **TITEL 3. Methodologie**

54. De methodologie van dit proefschrift is gebaseerd op zes pijlers, waarbij zowel juridische bronnen als psychologische en pedagogische bronnen worden bestudeerd. Het onderzoek is bijgevolg een (beperkt) interdisciplinair onderzoek. Het onderwerp van dit proefschrift rechtvaardigt immers dat pedagogische en psychologische werken worden aangehaald ter ondersteuning van de juridische denkwijze. Intermenselijke relaties kunnen immers niet uitsluitend worden benaderd vanuit een rechtsdenken.<sup>229</sup>

#### **HOOFDSTUK 1. Analyse van internationale en Europese regelgeving**

55. In dit proefschrift worden art. 3 IVRK en art. 8 EVRM geanalyseerd.

Omdat het belang van het kind als uitgangspunt wordt gehanteerd bij de uitwerking van het zorgouderschapstatuut (cf. nr. 152 e.v.) is een analyse van art. 3 IVRK noodzakelijk. Deze bepaling vormt immers de verankering van het belang van het kind op internationaal vlak, waarbij verder invulling aan dit belang wordt gegeven op andere plaatsen in het

---

<sup>229</sup> zie daarover in het kader van een echtscheiding: K. TIMMERMAN, "Pleidooi voor bemiddeling?", *AJT* 1999-00, (585) 585-586 en 590-591.

Verdrag. Een analyse maakt een objectivering van het belang van het kind mogelijk op basis van internationaal aanvaarde uitgangspunten. Bovendien laat een analyse van het belang van het kind toe dat een kader wordt gecreëerd waaraan het statuut kan worden getoetst.

Het recht op familieleven zoals beschermd door art. 8 EVRM wordt onderzocht op basis van een analyse van rechtspraak van het EHRM. Deze rechtspraakanalyse wordt aangewend om algemene beginselen te ontwaren die toelaten om invulling te geven aan het begrip 'familie' en de verschillende in dit proefschrift bestudeerde relaties. Voor de afbakening van het onderzoek is een dergelijke invulling noodzakelijk. Bovendien wordt het onderzoek op die manier gebaseerd op beginselen die op Europees niveau worden aanvaard en die een doorwerking hebben op het nationale recht van de lidstaten.

## **HOOFDSTUK 2. Analyse van Belgische regelgeving**

56. Een grondige analyse van het Belgische recht is onontbeerlijk voor een proefschrift dat de (lacune van de) Belgische wetgeving bestudeert en daarvoor een oplossing tracht te formuleren. Deze analyse rechtvaardigt de uitwerking van een zorgouderschapsstatuut en wordt bovendien als toetsingskader aangewend bij de verdere uitwerking. Op deze manier is het mogelijk om de plaats van het zorgouderschapsstatuut binnen de reeds bestaande gezagsinstellingen te duiden.

## **HOOFDSTUK 3. Rechtsvergelijkende methode**

57. In dit onderzoek wordt de rechtsvergelijkende methode toegepast om een verbetering te bewerkstelligen van het eigen nationale recht. Te dien einde wordt de functionele methode aangewend. Deze methode werkt probleemgericht in die zin dat wordt vertrokken vanuit vastgestelde problemen om vervolgens de door de verschillende rechtsstelsels aangereikte oplossingen met elkaar te vergelijken. Zodoende kan het

buitenlandse recht op een meer diepgaande manier worden benaderd.<sup>230</sup> Daarnaast wordt de typologische methode toegepast. Deze methode laat toe dat verschillende rechtsstelsels worden samengebracht onder een bepaald type ontwikkeld aan de hand van criteria. Tot slot wordt de contrasterende methode gebruikt. Zodoende kunnen de plus- en minpunten van de verschillende rechtsstelsels beter naar voren worden gebracht.<sup>231</sup>

58. Engeland, Nederland, Frankrijk en Duitsland maken het voorwerp uit van het rechtsvergelijkend onderzoek in dit proefschrift. Verschillende argumenten verantwoorden deze keuze.

Vooreerst kan de zorgouder in alle rechtsstelsels het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag verkrijgen en dit via de rechter, van rechtswege of via overeenkomst. Telkenmale gelden daarbij andere toepassingsvoorwaarden en zijn de rechtsgevolgen (eventueel) verschillend. De buitenlandse wetgevers komen met andere woorden tegemoet aan de problematiek van zorgouders. In welke mate, voor welke zorgouders en op welke wijze dit gebeurt verschilt evenwel in de bestudeerde rechtsstelsels. Zo kan in Engeland een zorgouder ouderlijk gezag (ENG: '*parental responsibility*')<sup>232</sup> verkrijgen via een geregistreerde overeenkomst (s 4A(1)(a) CA 1989) of via *orders*.<sup>233</sup> In Nederland kan een zorgouder het ouderlijk gezag verkrijgen door tussenkomst van de rechter (art. 1:253t NBW).<sup>234</sup> In Frankrijk kan de zorgouder het ouderlijk gezag uitoefenen nadat

---

<sup>230</sup> G. BOURGEOIS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 13; B. JALUZOT, "Méthodologie du droit comparé bilan et prospective", *RIDC* 2005 I, nr. 57, 39-41; 47; U. KISCHEL, "Vorsicht, Rechtsvergleichung!", *ZvglRWiss* 2005, (10) 16; A. MANSOURI, "Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé", *RIDC* 2006, 173-196; A. E. ODERKERK, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1999, 67-75; W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, UPL, 1998, 85-86; K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr, 1996, 33.

<sup>231</sup> W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, UPL, 1998, 86-87.

<sup>232</sup> Hierna zal voor de duidelijkheid en uniformiteit steeds sprake zijn van 'ouderlijk gezag' voor Engeland en niet van 'ouderlijke verantwoordelijkheden'.

<sup>233</sup> zie onder andere: S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 411-414, 479 e.v., 628 e.v., 744 e.v.; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 386-390, 486-488 en 513 ev., 583-589, 730-740; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12.019, 271-272, nr. 12.022, 273, nr. 12.026, 276, nr. 12.024, 274-275 en nr. 13-016, 295-296.

<sup>234</sup> Zie onder andere: Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, LJN: AV 3146, *RFR* 2006, 63; ASSER/DE BOER, *1\* Personen- en familierecht*, 2010, nr. 839a-d (bijgewerkt tot 1 maart 2010); I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253t NBW, aant. 1 e.v.

de ouders een overeenkomst hebben gesloten die wordt gehomologeerd door de rechter en waarmee ze het gezag overdragen aan of delen met de zorgouder (art. 377(-1) Cc).<sup>235</sup> In Duitsland daarentegen kan de zorgouder van rechtswege beperkte ouderlijke bevoegdheden uitoefenen wanneer hij gehuwd is met de ouder van het kind of met hem een geregistreerd partnerschap heeft afgesloten (§ 1687b BGB en § 9 LPartG).<sup>236</sup> De diversiteit van de wetgevende oplossingen rechtvaardigt de keuze voor deze rechtsstelsels. Daarenboven laat deze diversiteit toe om middels een diepgaande analyse de *ratio* te ontwaren van elke regeling. Waarom heeft een bepaalde wetgever gekozen voor een bepaalde toepassingsvoorwaarde of verkrijgingswijze, en waarom worden slechts beperkte dan wel eerder ruime rechtsgevolgen verbonden aan de erkenning van de zorgouder in rechte? Door de verschillende rechtsstelsels op deze punten te vergelijken wordt niet alleen meer inzicht verworven in de buitenlandse wetgevende oplossingen, maar worden ook aanknopingspunten aangereikt voor de uitwerking van een statuut voor zorgouders naar Belgisch recht die toelaten

---

(actueel tot en met 15 oktober 2016); M. J. C. KOENS, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:253t NBW (actueel tot en met 1 juli 2017); R. ODINK, *Het ouderlijk gezag ontwikkeld*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2013, 20-22 (*ratio* van de regeling); E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen in Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 37-47; S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 131, 233-236.

<sup>235</sup> zie onder andere: Civ. 1re 24 februari 2006, *Bull. Civ.* 2006, I, n°101, 95-96; V. AVENA-ROBARDET, "Statut du beau-parent", *AJ Famille* 2009, 187; Sénat, "Les documents de travail du Sénat - Le statut du beau-parent" in *Série Législation Comparée*, april 2009, n° LC 196, (3) 5-6; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Parijs, LGDJ, 2010, 248-250; A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, Parijs, Montchrestien, 2014, nrs. 1145-1148, 455-457; M. BRUGGEMAN, "Les familles recomposées: le(s) tiers et l'enfant", *AJ Famille* 2007, 294-295; Y. BUFFELAN-LANORE en V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil: introduction-biens-personnes-famille*, Parijs, Sirey, 2011, 929-931; P. COURBE, *Droit de la famille*, Parijs, Sirey, 2008, 493-495: Met de invoering van deze bepaling doelde de Franse wetgever voornamelijk op grootouders en stiefouders; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 234.190-234.236, (969) 1020-1027; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale - Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010); D. VERSINI, *L'enfant au coeur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*, (Défenseur des enfants. Rapport annuel 2006), online geplaatst op 21 november 2006, 32-35 (hierna: 'rapport VERSINI').

<sup>236</sup> Zie onder andere: D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 2005, 761-772; J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nrs. 1-14, 862-866; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, 67 e.v.; B. VEIT, "§ 1687b BGB", in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015.

om bepaalde keuzes te rechtvaardigen. De verscheidenheid aan wetgevende oplossingen werkt met andere woorden verrijkend voor het Belgische recht.

Verder wordt de rechtsvergelijkende keuze verantwoord op grond van het verschil in rechtsdenken tussen de *common law* en *civil law* rechtsstelsels. Beide stelsels hebben zich immers op een andere wijze ontwikkeld doorheen de geschiedenis.<sup>237</sup> Om die reden werd bewust gekozen voor het Engelse recht zodat kan worden onderzocht in welke mate de aldaar geboden oplossingen verschillen van de oplossingen geboden in de *civil law* rechtsstelsels. Binnen de *civil law* rechtsstelsels onderling kunnen dan vervolgens de verschillen en gelijkenissen verder worden afgetoetst.

Tot slot maakt een vergelijking tussen rechtsstelsels die tot verschillende rechtsfamilies behoren het mogelijk door middel van het verschillende rechtsdenken een andere invalshoek te hanteren die verruimend werkt bij de ontwikkeling van het zorgouderschapstatuut.

#### **HOOFDSTUK 4. (Beperkte) rechtshistorische methode**

59. Om de resultaten uit de rechtsvergelijkende studie op een correcte wijze te interpreteren is een beperkt rechtshistorisch onderzoek noodzakelijk. Door de oorspronkelijke versie van de wettekst te raadplegen, alsook de daaropvolgende wijzigingen kan een dieper inzicht worden verworven in de huidige invulling van de wettekst. Bovendien laat een onderzoek van de parlementaire werken toe om de *ratio legis* van de wettekst te achterhalen en de context waarin de wet is tot stand gekomen.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> Zie daarover uitgebreid: W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 1998, 95-116 (Frans recht) en 153 -181 (Engels recht); H. P. GLENN, *Legal traditions of the World: sustainable diversity in law*, Oxford, Oxford UP, 2014, 132-179 (civil law) en 236-286 (common law).

<sup>238</sup> P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, Brussel, Larcier, 2006, 169-171 (met vermelding van voor- en nadelen); F. EGGERMONT, M. GEUENS, F. GOWIE en E. TIMBERMONT, *Het juridisch verwerkingsproces*, Brugge, die Keure, 2014, 126.

## **HOOFDSTUK 5. Toepassing van het gelijkheidsbeginsel**

60. De toepassing van het gelijkheidsbeginsel en daarmee samenhangend de discriminatietoets zijn van groot belang voor dit onderzoek. Zo vormt het gelijkheidsbeginsel de aanzet tot dit proefschrift aangezien omwille van dit beginsel in de huidige samenleving verschillende familietypes kunnen worden erkend.<sup>239</sup> Deze variatie aan familietypes vormt een uitdaging voor het ouderlijk gezag en meer bepaald voor de aanpassing van dit gezag aan het feit dat andere personen dan juridische, adoptieve of biologische ouders een kind *de facto* opvoeden.<sup>240</sup>

Ook bij de verdere uitwerking van het zorgouderschapstatuut zal het gelijkheidsbeginsel worden aangewend in de vorm van een discriminatietoets om te voorkomen dat de juridische ouder en de zorgouder bij de uitwerking van het zorgouderschapstatuut zonder verantwoording verschillend van elkaar worden behandeld. In dit kader wordt het zorgouderschapstatuut tevens vergeleken met reeds bestaande gezagsinstellingen om eventuele verschillen te verantwoorden. Het gelijkheidsbeginsel wordt daarnaast ook toegepast in de verhouding tussen de juridische ouders onderling bij de toekenning van het zorgouderschapstatuut.

## **HOOFDSTUK 6. Menswetenschappelijke literatuurstudie**

61. Dit proefschrift heeft de studie van menselijke relaties tot voorwerp, meer bepaald de relaties tussen een kind, zijn juridische ouder(s) en zorgouder. Bijgevolg kan een analyse van pedagogische en psychologische bronnen niet volledig buiten beschouwing worden gelaten. In dit proefschrift worden algemeen oriënterende werken binnen deze menswetenschappen aangehaald ter ondersteuning van juridische redeneringen bij de uitwerking van een statuut voor zorgouders.

---

<sup>239</sup> F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la convention européenne de droits de l'homme*, Parijs, L'Harmattan, 2000, nr. 333, 246.

<sup>240</sup> Zie daarover: G. KAMCHEDZERA, "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, nrs. 32 e.v, 19 e.v.

## **TITEL 4. Terminologie in het licht van artikel 8 EVRM**

62. In deze titel worden de begrippen 'familieleven', 'partner', 'kind', 'ouder' en 'zorgouder' gedefinieerd op basis van een analyse van rechtspraak van het EHRM inzake het recht op familieleven zoals beschermd door art. 8 EVRM. Een definitie van de gehanteerde begrippen is vereist om het onderzoek af te bakenen en het toepassingsgebied van het zorgouderschapstatuut te bepalen. Naast arresten worden waar nodig in de analyse ook commissierapporten<sup>241</sup> en ontvankelijkheidsbeslissingen van de commissie of het EHRM betrokken.

### **HOOFDSTUK 1. Uitgangspunten van dit onderzoek**

63. Bij de analyse van rechtspraak inzake het recht op familieleven worden een flexibel familiebegrip en het onderscheid tussen een horizontale partnerrelatie en verticale relatie tussen (zorg)ouder en kind als uitgangspunten gehanteerd. Het flexibel familiebegrip maakt immers een onderzoek naar verschillende familierelaties mogelijk. Dit onderzoek zal worden gevoerd aan de hand van de tweedeling tussen horizontale partnerrelaties en verticale relaties tussen (zorg)ouder en kind. Deze tweedeling vloeit voort uit de analyse van rechtspraak van het EHRM inzake het recht op familieleven, en maakt het bovendien beter mogelijk om uit de bestudeerde arresten criteria te ontwaren voor de definities van de gehanteerde begrippen.

### **AFDELING 1. Flexibel familiebegrip**

64. Overeenkomstig art. 8 EVRM heeft eenieder recht op respect voor zijn privé-, gezins- en familieleven. Aangezien noch in de rechtspraak, noch in de rechtsleer een onderscheid wordt gemaakt tussen gezinsleven en

---

<sup>241</sup> Rapporten zijn ter beschikking per arrest tot aan de inwerkingtreding van het Elfde Aanvullende Protocol bij het EVRM op 1 november 1998.



familieleven bij de kwalificatie van een bepaalde relatie,<sup>242</sup> wordt in dit proefschrift de term 'familieleven' gehanteerd om te duiden op de familie *sensu lato*. Bijgevolg omvat deze term ook de familie *sensu stricto*, zijnde de relaties tussen ouders en kinderen, en broers en zussen binnen het gezin.

Hoewel het begrip 'familieleven', samen met het begrip 'privéleven', de grondslag vormt waarop art. 8 EVRM berust,<sup>243</sup> wordt dit begrip niet gedefinieerd in het EVRM.<sup>244</sup> Uit de voorbereidende werken blijkt dat het niet om een bewuste keuze ging aangezien de opstellers van het Verdrag het begrip familieleven opvatten als het leven van een klassieke huwelijkse familie.<sup>245</sup> Dit vloeide voort uit het feit dat art. 8 EVRM gebaseerd was op art. 12 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (hierna: UVRM), in welk artikel gehuwden werden aanzien als een man en een

---

<sup>242</sup> C. J. FORDER, "Commentaar op art. 8 EVRM, par. 1" in *SDU Commentaar EVRM, Deel 1- materiële bepalingen*, Den Haag, SDU Uitgevers 2013, (534) 539 e.v.; J.-L. RENCHON, "La Convention européenne et la régulation des relations affectives et familiales dans une société démocratique" in P. LAMBERT (ed.), *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, ed. du jeune barreau de Bruxelles, 1994, nrs. 9- 13, (89) 95-97; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 48, 30; J. VELAERS, "Les droits de l'homme, le mariage, la famille et les autres formes de vie en commun" in CEPESS (ed.), *Considérations juridiques et éthiques sur la famille*, Brussel, CEPESS, 1992, 67-93; zie ook: T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 647, 472.

<sup>243</sup> C. J. FORDER, "Commentaar op art. 8 EVRM, par. 1" in *SDU Commentaar EVRM, Deel 1- materiële bepalingen*, Den Haag, SDU Uitgevers 2013, (534) 539; G. MATHIEU en G. WILLEMS, "Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 3, (35) 36-38; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 643, 467-468.

<sup>244</sup> N. GALLUS, "Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev.dr.ULB* 2005, (13) 13; T. STEIN, "The notion of the term family on European level with a focus on the case law of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice" in A. VERBEKE, e.a. (eds.), *Confronting the frontiers of family and succession: liber amicorum Walter Pintens*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (1375) 1380; F. SUDRE, "Rapport introductif. La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale" in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, (11) 18; H. FULCHIRON, "Existe-t-il un modèle familial européen?", *Defrénois* 2005, art. 38239, (1461) 1463.

<sup>245</sup> Committee of experts on Human Rights. Preliminary draft Convention. (doc. A 833, zitting 15 februari 1950) in *Recueil des travaux préparatoires de la Convention*, vol. III, Martinus Nijhoff Publishers, 1977, 236 en 238 (samenlezing van art. 2.4 en 2.10); zie ook: doc. A 809, zitting 7 februari 1950, 222 en 224 (samenlezing van art. 3.4 en 3.10); F. SUDRE, "Rapport introductif. La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale" in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, (11) 12.

vrouw.<sup>246</sup> Inmiddels toont de rechtspraak van het EHRM aan dat het begrip 'familielevens' in de zin van art. 8 EVRM niet uitsluitend juridisch vastgestelde familiebanden omvat maar ook feitelijke relaties los van enige juridische kwalificatie (cf. nrs. 69 e.v.).<sup>247</sup>

65. Bij de ontwikkeling van rechtspraak in het raam van art. 8 EVRM, past het EHRM de dynamisch-evolutive interpretatiemethode toe. Krachtens deze methode wordt het EVRM uitgelegd in het licht van de maatschappelijke opvattingen (ENG: '*in light of present-day conditions*', FR: '*à la lumière des conditions de vie actuelles*') zoals die bestaan op het ogenblik van de uitspraak, en niet volgens de opvattingen van de verdragsluitende partijen zoals die bestonden bij de totstandkoming van het EVRM.<sup>248</sup> Door voortdurend rekening te houden met maatschappelijke wijzigingen en evoluties in zedenopvattingen, wordt immers voorkomen dat het Verdrag

---

<sup>246</sup> *European Commission of Human Rights. Preparatory work on article 8 of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg 9 augustus 1956, DH (56)12, zie onder andere 1-2 en nr. 3, 4-5, [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART8-DH\(56\)12-EN1674980.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART8-DH(56)12-EN1674980.pdf); *Third Committee of the General Assembly*, Draft international declaration of human rights (E/800), zitting zaterdag 8 november 1948, doc. A/C.3/SR.124, 363-367, [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/C.3/SR.124](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.3/SR.124).

<sup>247</sup> G. MATHIEU en G. WILLEMS, "Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 3, (35) 37-38; F. SUDRE, "Rapport introductif. La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale" in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, (11) 13; zie ook D. COESTER-WALTJEN, "The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, (49) 59, 73-74: Volgens deze auteur is ook het EHRM eerder terughoudend tegenover een omschrijving van het begrip 'familie' in de zin van art. 8 EVRM.

<sup>248</sup> zie onder andere: D. COESTER-WALTJEN, "The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, (49) 57; D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, E. BATES, C. BUCKLEY, U. KILKELLY, P. CUMPER, Y. ARAI en H. LARDY, *Law of the European Convention on human rights*, Oxford, Oxford UP, 2009, 361; H. SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 70-73 en 161 e.v.; S. SMIS, Ch. JANSSENS, S. MIRGAUX en K. VAN LAETHEM, *Handboek mensenrechten: de internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 228.

zijn relevantie verliest en blijft de effectiviteit van de verdragsrechten gewaarborgd.<sup>249</sup>

De dynamisch-evolutieve interpretatiemethode werd uitdrukkelijk door het EHRM erkend in het arrest *Tyrer*.<sup>250</sup> Een eerste belangrijke toepassing van deze interpretatiemethode vormt het arrest *Marckx*.<sup>251</sup> De dynamisch-evolutieve interpretatiemethode vindt haar grondslag in de vierde overweging van de Preamble bij het EVRM,<sup>252</sup> maar voornamelijk in het *sui generis*-karakter van het EVRM.<sup>253</sup> Het EVRM verleent immers geen rechten aan Staten jegens elkaar, maar aan individuen jegens Staten zodat het geen klassiek volkenrechtenverdrag is.<sup>254</sup> Bovendien heeft het EVRM een

---

<sup>249</sup> H. SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 70-73; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nr. 154, 233-234 en nr. 456; 671.

<sup>250</sup> EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72, *Tyrer/Verenigd Koninkrijk*, § 31 (hierna: 'EHRM 25 april 1978, *Tyrer/Verenigd Koninkrijk*'); zie onder andere: H. SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 70-71; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nr. 154, 233.

<sup>251</sup> EHRM (Plen.) 13 juni 1979, nr. 6833/74, *Marckx/België*, *Publ. Eur. Court HR* 1979, Serie A, nr. 31, § 41 (hierna: 'EHRM 13 juni 1979, *Marckx/België*'); I. FAHRENHORST, *Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention*, Ferdinand Schöningh, München, 1994, 45-46; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnelsen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 70, 44-45; zie in die zin en meer specifiek: C. J. FORDER, "Article 8 ECHR: The Utter Limits of 'Family Life' and the Law of Parenthood", *Maastricht Journal* 1997, (125) 139; P. GEORGIN, "L'action en contestation de paternité au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme" (noot onder EHRM 27 oktober 1994, Kroon/Nederland), *RTDH* 1996, nr. 6, (191) 202-203; S. SMIS, Ch. JANSSENS, S. MIRGAUX en K. VAN LAETHEM, *Handboek mensenrechten: de internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 228; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2011, 496.

<sup>252</sup> Vierde overweging bij Preamble van het EVRM: "Considering that the aim of the Council of Europe is the achievement of greater unity between its members and that one of the methods by which that aim is to be pursued is the maintenance and further realisation of Human Rights and Fundamental Freedoms; ..." zie onder andere: F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nr. 154, 233-234 en nr. 456; 671; niet alle rechtsleer is het evenwel eens met deze stelling: H. SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 71: Deze auteur is van mening dat in de Preamble geen uitdrukkelijke verwijzing naar de evolutieve interpretatiemethode kan worden teruggevonden.

<sup>253</sup> Zie onder andere: EHRM *Soering/VK* 7 juli 1989, *Publ. Eur. Court HR*, serie A, nr. 161, § 102-103.

<sup>254</sup> I. FAHRENHORST, *Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention*, Ferdinand Schöningh, München, 1994, 46-47; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnelsen*

rechtsvormend karakter. De rechten en plichten van het verdrag zijn niet statisch, maar dynamisch van aard.<sup>255</sup> Doordat de dynamisch-evolutive interpretatiemethode zich op de grens tussen rechterlijke interpretatie en rechterlijke wijziging van de verdragstekst bevindt, is niet steeds iedereen het eens is met een (te uitgebreide) toepassing van deze methode.<sup>256</sup> Het EHRM heeft dan ook in het arrest *Johnston/Ierland* uitdrukkelijk deze interpretatiemethode begrensd door te overwegen dat verdragsbegrippen hun oorspronkelijke betekenis niet mogen verliezen ingevolge rechterlijke interpretatie.<sup>257</sup> Niettegenstaande deze uitdrukkelijke bewoordingen zijn sommige rechters toch van oordeel dat het Hof de grenzen van de dynamisch-evolutive interpretatiemethode in bepaalde mijlpaalarresten overschreden heeft.<sup>258</sup>

---

*van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 71; zie voor een overzicht van grondslagen verdedigd in de rechtsleer: H. SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 161-162.

<sup>255</sup> J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, SDU Uitgevers, 2011, 34-35, 67: Een gevolg van deze interpretatiemethode is dat de voorbereidende werken van het EVRM van mindere waarde zijn als interpretatiebron; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM. 1: algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 12, 192-193 met verwijzing naar rechtsleer aldaar.

<sup>256</sup> F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nr. 154, 234; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM. 1: algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 14, 194.

<sup>257</sup> EHRM 18 december 1986, *Johnston/Ierland*, § 53: "...It is true that the Convention and its Protocols must be interpreted in the light of present-day conditions (see, amongst several authorities, the above-mentioned *Marckx* judgment, Series A no. 31, p. 26, § 58). However, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset. This is particularly so here, where the omission was deliberate. ..."; J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, SDU Uitgevers, 2011, 41 en 66; A. GARAPON, "Les limites à l'interprétation évolutive de la convention européenne des droits de l'homme", *RTDH* 2011, 439-456; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nr. 154, 234.

<sup>258</sup> Zie bv. *dissenting opinion* van rechter Morenilla bij het arrest *Kroon/Nederland*: Door te oordelen dat art. 8 EVRM wordt geschonden wanneer de biologische vader van een kind niet het juridisch vaderschap van de echtgenoot kan betwisten, wordt volgens deze rechter aan de verdragsluitende partijen een verplichting opgelegd die niet in de oorspronkelijke tekst van art. 8 EVRM was opgenomen; zie *joint partly dissenting opinion* van rechter Casadevall e.a. bij het arrest *X. e.a./Oostenrijk*, nr. 23: In hun *dissenting opinion* benadrukken deze rechters dat het doel van de dynamisch-evolutive interpretatiemethode erin gelegen is om maatschappelijke veranderingen te begeleiden, maar niet om ze op te leggen of om er op te anticiperen. Door te besluiten tot een schending van art. 8 en 14 EVRM wanneer een lesbische vrouw het kind van haar partner met wie ze ongehuwd samenwoont, niet kan adopteren omdat deze mogelijkheid uitsluitend openstaat voor heteroseksuele ongehuwd samenwonenden, en de vader van het kind bovendien weigert toe te stemmen in de adoptie, heeft het

66. Het EHRM interpreteert het begrip 'familielevens' niet alleen dynamisch-evolutief, maar ook autonoom.<sup>259</sup> In het rapport bij de zaak *Marckx* heeft de Commissie zelfs uitdrukkelijk overwogen dat het begrip familielevens een autonoom begrip is.<sup>260</sup> Ingevolge de autonome interpretatiemethode moeten verdragsbegrippen worden ingevuld los van het nationale recht van de verdragsstaten.<sup>261</sup> De verdragsbegrippen krijgen met andere woorden een Europese betekenis die kan verschillen van de betekenis van datzelfde begrip op nationaal niveau.<sup>262</sup> Deze interpretatiemethode vindt haar grondslag in onder meer art. 31 (4) en art. 5 van het Weens Verdragenverdrag.<sup>263</sup>

De autonome interpretatiemethode biedt het voordeel van een effectieve bescherming van de verdragsrechten. Oordelen in andere zin zou tot gevolg kunnen hebben dat verdragsstaten een restrictieve nationale invulling hanteren voor de verdragsbegrippen zodat *in se* afbreuk wordt

---

EHRM, aldus deze rechters, de grenzen van de dynamisch-evolutieve interpretatiemethode overschreden.

<sup>259</sup> W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Le caractère 'autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme" in F. MATSCHER en H. PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Keulen, Carl Heymanns Verlag, 1988, (201) 205-206.

<sup>260</sup> ECRM rapport d. d. 10 december 1977, *Marckx/België*, nr. 6833/74, § 69 (hierna: 'Commissieverslag *Marckx*').

<sup>261</sup> Zie onder meer: R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2009, nr. 119, 126-127; A. W. HERING en L. ZWAAK, "Chapter 12. Right to respect for privacy (article 8)" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (663) 690-695; S. SMIS, Ch. JANSSENS, S. MIRGAUX en K. VAN LAETHEM, *Handboek mensenrechten: de internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 229; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nr. 157, 238-239; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM. 1: algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 9; in de rechtsleer bestaat discussie over de vraag of het om een interpretatieprincipe of een interpretatiemethode gaat, zie daarover met een overzicht van rechtsleer inzake de twee opvattingen: H. SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 78, voetnoot 185.

<sup>262</sup> J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, SDU Uitgevers, 2011, 49; H. SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 77-78; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nr. 157, 239-240.

<sup>263</sup> H. SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 78 met vermelding van nog andere mogelijke grondslagen.

gedaan aan het beschermingsniveau van de verdragsrechten. Bovendien werkt deze interpretatiemethode de coherentie en uniformiteit van het EVRM in de hand, zodat binnen de rechtsordes van de verdragsstaten een harmonisering mogelijk is. De autonome betekenis van verdragsbegrippen heeft immers tot gevolg dat, ongeacht de verschillende rechtsordes, de werkings sfeer van de verdragsrechten overal en voor iedereen dezelfde is.<sup>264</sup>

67. Het gebrek aan een definitie van het begrip familielevens in het EVRM en de toepassing van de dynamisch-evolutive en autonome interpretatiemethode door het EHRM maken het mogelijk om het toepassingsgebied van art. 8 EVRM uit te breiden.<sup>265</sup> Zodoende kunnen ook andere relaties dan de destijds door de opstellers van het Verdrag beoogde onder de bescherming van het recht op familielevens in de zin van art. 8 EVRM vallen.<sup>266</sup>

68. Het recht om te huwen en een gezin te stichten zoals beschermd door art. 12 EVRM wordt niet behandeld in dit onderzoek om een aantal redenen.

Zo heeft het recht om te huwen een zeer eng toepassingsgebied doordat samenwonende partners en niet-samenwonende partners ervan zijn

---

<sup>264</sup> J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, SDU Uitgevers, 2011, 51; H. SENDEN, *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 77-79 en 176 e.v.; F. SUDRE, "Le recours aux 'notions autonomes'" in F. SUDRE (ed.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1998, nr. 2, (93) 94-95; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nrs. 157-158, 239-241.

<sup>265</sup> N. GALLUS, "Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev.dr.ULB* 2005, (13) 19-20; D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, E. BATES, C. BUCKLEY, U. KILKELLY, P. CUMPER, Y. ARAI en H. LARDY, *Law of the European Convention on human rights*, Oxford, Oxford UP, 2009, 361; F. SUDRE, "Rapport introductif. La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale" in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, (11) 11-12, 17 met verwijzing naar rechtsleer aldaar; F. SUDRE, "À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme", *JCP G* 2001, I, 335 e.v.; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nr. 158, 240-241.

<sup>266</sup> P. LAMBERT, "Avant-propos. La définition de la vie familiale" in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, (55) 56; zie voor een opsomming: F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 572.

uitgesloten. Bovendien heeft het EHRM het recht om te huwen vooralsnog niet toegekend aan homoseksuele partners.<sup>267</sup>

Verder is het recht om een gezin te stichten zoals uitgelegd door het EHRM niet dienstig voor de opvoedingssituaties die in dit proefschrift worden onderzocht. Het recht om een gezin te stichten wordt immers uitsluitend aanvaard voor partners van verschillend geslacht die gehuwd zijn. Alleenstaanden, niet gehuwde partners van verschillend geslacht en partners van hetzelfde geslacht zijn met andere woorden uitgesloten. Tevens betreft het recht een kind dat geboren wordt uit de partnerrelatie zodat het niet van toepassing is op kinderen die uit een andere relatie stammen, zoals beoogd in dit proefschrift.<sup>268</sup> Bijgevolg kan worden besloten dat de enge interpretatie van het recht om te huwen en een gezin te stichten onvoldoende tegemoet komt aan de verscheidene situaties waarin een kind kan opgroeien.

---

<sup>267</sup> EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, Schalk en Kopf/Oostenrijk (hierna: 'EHRM 24 juni 2010, Schalk en Kopf/Oostenrijk'), § 61-63; EHRM 21 juli 2015, nrs. 18766/11 en 36030/11, Oliari e.a./Italië (hierna: 'EHRM 21 juli 2015, Oliari e.a./Italië'), § 191-193; EHRM 9 juni 2016, nr. 40183/07, Chapin en Charpentier/Frankrijk, § 36-40 (hierna: 'EHRM 9 juni 2016, Chapin en Charpentier'); zie voor een bevestiging: EHRM 10 januari 2017, Babiarz/Polen, nr. 1955/10, § 48 (hierna: 'EHRM 10 januari 2017, Babiarz/Polen'): "As regards Article 12 of the Convention, the Court reiterates in this connection that this Article secures the fundamental right of a man and woman to marry and found a family.; zie daarover: D. COESTER-WALTJEN, "The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. I - The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, (49) 63-64; J.-P. MARGUÉNAUD, "Conv. EDH, art. 8: vie privée", *Rép.dr.eur.* (bijgewerkt tot juni 2016), nrs. 43-45; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nr. 496, 720-721.

<sup>268</sup> Zie onder andere: A. W. HERING en L. ZWAAK, "Chapter 16. The right to marry and to found a family (article 12)" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (841) 844-853 inzake het recht om te huwen en 853-856 inzake het recht om een gezin te stichten; H. L. JANSSEN, "Commentaar art. 12 EVRM - recht om te huwen" in *EVRM. Rechtspraak en commentaar*, Den Haag, SDU Uitgevers, nr. 3.12, (1) zie 3-16 inzake het recht om te huwen en 16-20 inzake het recht om een gezin te stichten; T. STEIN, "The notion of the term family on European level with a focus on the case law of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice" in A. VERBEKE, e.a. (eds.), *Confronting the frontiers of family and succession: liber amicorum Walter Pintens*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (1375) 1380-1387; A. VAN DE GEUCHTE, Y. HAECK en V. STAELENS, "Art. 12 EVRM. Recht te huwen en een gezin te stichten" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. 2: artikelsgewijze commentaar. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 41 e.v., zie nrs. 8-26 inzake het recht om te huwen en nrs. 27-41 inzake het recht om een gezin te stichten; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 676-680, 494-498.

## **AFDELING 2. Onderscheid tussen de horizontale partnerrelatie en de verticale relatie tussen (zorg)ouder en kind**

69. In de rechtsleer worden de als familielevens gekwalificeerde relaties in drie categorieën ingedeeld. Het gaat om relaties tussen twee volwassen partners, relaties tussen kinderen en volwassenen die het juridisch of feitelijk ouderschap waarnemen over hen, en relaties tussen bepaalde naaste bloedverwanten zoals broers en zussen.<sup>269</sup> In het kader van dit onderzoek wordt uitsluitend de horizontale relatie tussen volwassen partners en de verticale relatie tussen kinderen en volwassenen geanalyseerd, voor zover ze als familielevens zijn gekwalificeerd. Deze tweedeling wordt verder gehanteerd.

### **HOOFDSTUK 2. Vereisten voor familielevens binnen de horizontale partnerrelatie**

70. Opdat sprake kan zijn van een beschermenswaardig familielevens tussen partners in de zin van art. 8 EVRM, is vereist dat hun relatie een bestendig karakter heeft. In wat hierna volgt komen achtereenvolgens de door het EHRM ontwikkelde criteria aan bod die daarvoor in aanmerking kunnen of moeten worden genomen.

---

<sup>269</sup> C. J. FORDER, "Commentaar op art. 8 EVRM, par. 1" in *SDU Commentaar EVRM, Deel 1- materiële bepalingen*, Den Haag, SDU Uitgevers 2013, (534) 539 e.v.; J.-L. RENCHON, "La Convention européenne et la régulation des relations affectives et familiales dans une société démocratique" in P. LAMBERT, *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, ed. du jeune barreau de Bruxelles, 1994, nrs. 9-13, (89) 95-97; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnelsen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 48, 30; J. VELAERS, "Les droits de l'homme, le mariage, la famille et les autres formes de vie en commun" in CEPES (ed.), *Considérations juridiques et éthiques sur la famille*, Brussel, CEPES, 1992, 67-93 specifiek 68; zie ook: T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 647, 472; S. F. M. WORTMANN, "Ouderschap in verandering. Flexibilisering van het familierecht", *Just. Verk.* 1996/8, (70) 72: Deze auteurs verwoorden de relaties op een licht verschillende wijze, zijnde: relaties tussen volwassenen, tussen volwassenen en kinderen, en tussen kinderen onderling.



## AFDELING 1. Samenwoning

### § 1. Overzicht van rechtspraak

71. Aanvankelijk speelde het samenwonen een rol om de bestendigheid aan te tonen van een relatie tussen ongehuwde partners.<sup>270</sup> Het belang van het samenwonen van de partners wordt duidelijk geïllustreerd in het arrest *Johnston/Ierland*. In dit arrest werden de partners gedwongen om ongehuwd samen te wonen aangezien de man niet uit de echt kon scheiden van zijn eerste vrouw krachtens de toenmalige Ierse wetgeving.<sup>271</sup> Het EHRM was van oordeel dat de overspelige relatie tussen de partners familielevens uitmaakte door zich onder meer op de vijftienjarige samenwoning van de betrokkenen te baseren.<sup>272</sup> Met deze beslissing volgde het EHRM de Commissie die in het commissieverslag bij dit arrest met zoveel woorden had gesteld dat "*the reality of the existing ties between members of the second family unit, who live together in a family relationship cannot be ignored.*"<sup>273</sup>

72. Vervolgens moest de samenwoning niet meer actueel van aard zijn en was voldoende dat de partners hadden samengewoond. Het EHRM oordeelde voor het eerst in die zin in het arrest *Keegan/Ierland*, waarin het geconfronteerd werd met een man en vrouw die in het verleden kort hadden samengewoond, maar van wie de samenwoning inmiddels beëindigd was. Het Hof was van oordeel dat hun beëindigde relatie familielevens uitmaakte, waarbij het zich baseerde op hun kortstondige samenwoning van één jaar en de gezamenlijke beslissing om een kind te verwekken. Het feit dat de relatie nadien tot een einde kwam veranderde niets aan dit besluit.<sup>274</sup> Dit arrest

---

<sup>270</sup> De aanwezigheid van een huwelijk beïnvloedt het belang dat wordt gehecht aan de samenwoning van de partners (cf. *infra* nr. 79 e.v.).

<sup>271</sup> EHRM 18 december 1986, *Johnston/Ierland*, § 11-12.

<sup>272</sup> EHRM 18 december 1986, *Johnston/Ierland*, § 56: "*In the present case, it is clear that the applicants, the first and second of whom have lived together for some fifteen years (see paragraph 11 above), constitute a family for the purposes of article 8 (art. 8 ). ...*"; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 577; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nr. 506, 733; zie ook in die zin: EHRM 28 oktober 1998, *Söderbäck/Zweden*, § 33; EHRM 3 april 2012, *Van Der Heijden/Nederland*, nr. 42857/05, § 51.

<sup>273</sup> ECRM rapport d. d. 5 maart 1985, *Johnston/Ierland*, nr. 9697/82, § 109: Met de "*second family unit*" doelt de Commissie op partners die buitenhuwelijks samenwonen.

<sup>274</sup> EHRM 26 mei 1994, *Keegan/Ierland*, § 45: "*In the present case, the relationship between the applicant and the child's mother lasted for two years during one of which*

toont zodoende aan dat de beëindiging van de samenwoning tussen de partners niet automatisch de verbreking van het bestaande familieleven tot gevolg heeft.

73. Enige tijd later moest het EHRM zich uitspreken over de relatie tussen een vader en moeder die uit vrije wil nooit hebben samengewoond. In het arrest *Kroon/Nederland* werd ook deze relatie als familieleven beschouwd.<sup>275</sup> Daarvoor baseerde het EHRM zich op de duur van hun relatie en de geboorte van vier kinderen binnen het koppel (cf. nr. 84).<sup>276</sup> Door niet langer de samenwoning van de partners als een vereiste te beschouwen voor de kwalificatie van hun relatie als familieleven, heeft het EHRM het toepassingsgebied van art. 8 EVRM aanzienlijk uitgebreid.<sup>277</sup> Niet alle rechters waren evenwel akkoord met deze algemene uitsluiting van de samenwoningsvereiste. Zo overwoog een bepaalde rechter in zijn *dissenting opinion* dat het begrip familieleven veronderstelt dat de betrokkenen samenwonen. Wonen ze niet samen dan moet een onderscheid worden gemaakt tussen niet-samenwonen op vrijwillige wijze of op gedwongen wijze. Er kan slechts sprake zijn van een beschermenswaardig familieleven in de zin van art. 8 EVRM, wanneer de betrokkenen door omstandigheden buiten hun wil worden gedwongen om niet samen te wonen (bv. ziekte of werkomstandigheden). Deze rechter was dan ook van oordeel dat *in casu*

---

*they co-habited.*" ; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 576; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nr. 506, 733; zie later onder andere ook: EHRM 5 november 2002, nr.33711/96, Yousef/Nederland, *Reports of Judgments and Decisions* 2002-VIII, § 51: In het arrest *Yousef/Nederland* maakte de inmiddels beëindigde samenwoning van de vader en moeder een beoordelingselement uit om de relatie tussen de vader en zijn dochter als familieleven te beschouwen. Het EHRM sprak zich evenwel niet uit over de relatie tussen de vader en de moeder.

<sup>275</sup> EHRM 27 oktober 1994, *Kroon/Nederland*, § 7, § 15 *juncto* ECRM 7 april 1993, K., Z. en S./Nederland, nr. 18535/91, § 16.

<sup>276</sup> EHRM 27 oktober 1994, *Kroon/Nederland*, § 30: "... Although, as a rule, living together may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto "family ties"; such is the case here, as since 1987 four children have been born to Mrs Kroon and Mr Zerrouk ..."; zie in die zin: W. JOHNSON, "Recent developments: the breadth of family law review under the European Convention on Human Rights", *Harvard International Law Journal* 1995, nr. 36, (513) 521.

<sup>277</sup> W. JOHNSON, "Recent developments: the breadth of family law review under the European Convention on Human Rights", *Harvard International Law Journal* 1995/36, (513) 520-525.

geen sprake kon zijn van een beschermenswaardig familieleven aangezien de partners bewust hadden gekozen om niet samen te wonen.<sup>278</sup>

74. Daarna benadrukte het EHRM in het arrest *Van der Heijden/Nederland* dat voor zover de partners samenwonen de samenwoning niet ononderbroken moet zijn om de bestendigheid van hun relatie te kunnen aantonen. *In casu* overwoog het EHRM dat de relatie van de partners reeds achttien jaar had geduurd waarvan ze de meeste tijd hadden samengewoond met uitzondering van een aantal jaren ingevolge het verblijf van de man in de gevangenis.<sup>279</sup> Een gevangenisverblijf van een van de partners verhindert dus niet dat tussen hen familieleven bestaat.<sup>280</sup>

75. Tot slot vormde de samenwoning van de partners ook bij transseksuele en homoseksuele paren een beoordelingselement van de bestendigheid van hun relatie. In het arrest *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk* kwalificeerde het Hof voor de eerste maal een transseksuele relatie als familieleven. *In casu* woonde een vrouw-naar-man transseksueel reeds sinds 1979 samen met zijn vrouwelijke partner en hun twee kinderen. Volgens de Commissie, daarin gevolgd door het EHRM, is deze situatie niet te onderscheiden van een traditioneel familieleven. De vrouw-naar-man transseksueel ging in de samenleving door het leven als man, hij droeg een mannelijke naam en gedroeg zich als de mannelijke partner van het koppel. Bijgevolg had hun relatie naar de buitenwereld toe de schijn van een heteroseksuele relatie.<sup>281</sup> Deze schijn in combinatie met de geboorte van een kind (cf. nr. 85) en de achttienjarige samenwoning van de partners vormden de doorslaggevende beoordelingselementen.<sup>282</sup>

---

<sup>278</sup> *Dissenting opinion* van rechter Mifsud Bonnici bij het arrest Kroon/Nederland, nr. 3.

<sup>279</sup> EHRM 3 april 2012, *Van Der Heijden/Nederland*, nr. 42857/05, § 51: "The applicant's relationship with Mr A. had lasted eighteen years by the time of the events complained of; they had lived together for much of this time, at least until 1998 when Mr A. went to prison on grounds unrelated to the present case. ...".

<sup>280</sup> EHRM 28 november 2002, *Lavents/Letland*, nr. 58442/00, § 139; EHRM 29 april 2003, *Aliev/Ukraine*, nr. 41220/98, § 185-190.

<sup>281</sup> EHRM 22 april 1997, *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*, § 35 en § 37: "... He has lived with Y, to all appearances as her male partner, since 1979. ..."; ECRM 27 juni 1995, no. 21830/93, *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*, nrs. 55-58.

<sup>282</sup> C. J. FORDER, "Het gezin in internationale verdragen", *RM Themis* 1997, (130) 134-135; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*,

In het baanbrekende arrest *Schalk en Kopf/Oostenrijk* werd dan weer voor de eerste maal een homoseksuele relatie als familielevens beschermd. Het samenwonen van de twee mannelijke partners was daarvoor een belangrijk element.<sup>283</sup> In het arrest *Oliari e.a./Italië* werd tevens de feitelijke registratie van het samenwonen van de mannelijke partners aangehaald om hun relatie als familielevens te beschouwen.<sup>284</sup> Ook bij de erkenning van de relatie tussen twee vrouwen als familielevens in de arresten *Gas en Dubois/Frankrijk* en *X. e.a./Oostenrijk* verwees het Hof naar hun samenwoning en het feit dat ze een gezamenlijke huishouding voerden.<sup>285</sup> Ingevolge het arrest *Vallianatos/Griekenland* blijkt evenwel dat ook wanneer homoseksuele partners niet samenwonen, hun relatie toch als familielevens kan worden beschermd. *In casu* werd de LAT-relatie van twee mannen, die om professionele en sociale redenen niet samenwoonden, als familielevens beschouwd. Andere elementen bewezen de bestendigheid van hun relatie, zoals het feit dat één van hen de socialezekerheidsbijdragen voor beiden betaalde.<sup>286</sup> Inzake de LAT-relatie stelde het EHRM uitdrukkelijk dat "... the fact of not cohabiting does not deprive the couples concerned of the stability which brings them within the scope of family life within the meaning of

---

Parijs, PUF, 2015, 576-577; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr. 29; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nr. 506, 732.

<sup>283</sup> EHRM 24 juni 2010, *Schalk en Kopf/Oostenrijk*, § 92-95; ook in die zin: EHRM 9 juni 2016, *Chapin en Charpentier*, § 10 en § 44; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 553; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nr. 506, 733; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr. 31.

<sup>284</sup> EHRM 21 juli 2015, *Oliari e.a./Italië*, § 21, § 25 en § 103.

<sup>285</sup> EHRM 15 maart 2012, nr. 25951/07, *Gas en Dubois/Frankrijk*, § 9 en § 37 (hierna: 'EHRM 15 maart 2012, *Gas en Dubois/Frankrijk*'); EHRM 19 februari 2013, nr. 19010/07, *X. e.a./Oostenrijk*, § 10, § 15, § 20 en § 95-96 (hierna: 'EHRM 19 februari 2013, *X. e.a./Oostenrijk*'); zie onder andere: D. COESTER-WALTJEN, "The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. I - The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, (49) 79-80; zie ook in die zin: EHRM 7 mei 2013, nr. 8017/11, *Boeckel en Gessner-Boeckel/Duitsland*, § 27 (hierna: 'EHRM 7 mei 2013, *Boeckel en Gessner-Boeckel/Duitsland*').

<sup>286</sup> EHRM 7 november 2013, *Vallianatos/Griekenland*, nrs. 29381/09 en 32684/09, § 8 (hierna: 'EHRM 7 november 2013, *Vallianatos/Griekenland*').

Article 8.<sup>287</sup> Het Hof bevestigde dit standpunt nogmaals uitdrukkelijk in het arrest *Oliari e.a./Italië* door te oordelen dat "...the existence of a stable union is independent of cohabitation (see *Vallianatos*, §§ 49 and 73). Indeed, in the globalised world of today various couples, married or in a registered partnership, experience periods during which they conduct their relationship at long distance, needing to maintain residence in different countries, for professional or other reasons. The Court considers that that fact in itself has no bearing on the existence of a stable committed relationship and the need for it to be protected."<sup>288</sup>

## **§ 2. Analyse: samenwoning is noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor familielevens tussen partners**

76. Teneinde een partnerrelatie als beschermenswaardig familielevens in de zin van art. 8 EVRM te kwalificeren, is het niet noodzakelijk dat de partners samenwonen (cf. *Keegan/Ierland*, *Kroon/Nederland* en *Vallianatos/Griekenland*). Het bestendig karakter van de partnerrelatie kan in dit geval worden bewezen aan de hand van andere feitelijke elementen, zoals onder meer de geboorte van een kind binnen de relatie (cf. *Kroon/Nederland*), de gezamenlijke kinderwens van de ouders, de intentie van de partners om te huwen of een geregistreerd partnerschap aan te gaan (cf. *Oliari e.a./Italië*) en de duur van hun relatie. Tevens is de samenwoning van de partners geen voldoende voorwaarde om de horizontale partnerrelatie als familielevens te kwalificeren. Daartoe moeten andere elementen aanwezig zijn die het bestaan van een affectieve en duurzame levensgemeenschap tussen de partners aantonen zodat hun relatie voldoende bestendig is. Zo vormt bijvoorbeeld de geboorte van een kind binnen de relatie van samenwonende partners het bewijs van een dergelijke levensgemeenschap en dus van bestendigheid (cf. *Johnston/Ierland*, *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*). Het feit dat de partners reeds vele jaren samenwonen en een gezamenlijke huishouding voeren (cf. *Schalk en Kopf/Oostenrijk*, *Chapin en Charpentier/Frankrijk*) waarbij ze zorg dragen voor elkaar en het kind van één van hen, wijst eveneens op het bestaan van

---

<sup>287</sup> EHRM 7 november 2013, *Vallianatos/Griekenland*, § 73.

<sup>288</sup> EHRM 21 juli 2015, *Oliari e.a./Italië*, § 169.

een duurzame levensgemeenschap (cf. *X. e.a./Oostenrijk, Gas en Dubois/Frankrijk*).

77. Wonen de partners wel samen, dan moet deze samenwoning aan geen specifieke vereisten voldoen om in aanmerking te kunnen worden genomen bij de beoordeling van de bestendigheid van de partnerrelatie. Zo moet de samenwoning niet ononderbroken zijn (cf. *Van der Heijden/Nederland*), en moet ze evenmin aan een bepaalde minimale duurtijd voldoen. In sommige arresten vermeldt het EHRM immers de duurtijd van de samenwoning (cf. *Johnston/Ierland, Keegan/Ierland, X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*) terwijl het in andere arresten eerder vaag blijft over de duurtijd (cf. *Chapin en Charpentier/Frankrijk, Schalk en Kopf/Oostenrijk, Gas en Dubois/Frankrijk, X. e.a./Oostenrijk*). De samenwoning van de partners moet ook niet actueel van aard zijn, zodat een reeds beëindigde samenwoning volstaat als beoordelingselement (cf. *Keegan/Ierland*). Bijgevolg leidt de beëindiging van de samenwoning tussen de partners niet automatisch tot de verbreking van het tussen hen bestaande familieleven (cf. gevangenisstraf: *Lavents/Letland*). Tot slot geeft het Hof geen formele invulling aan de samenwoning van de partners. Een feitelijke invulling volstaat.<sup>289</sup> Met deze feitelijke invulling volgt het EHRM de commissie die in bepaalde verslagen duidelijk verwijst naar het *de facto* samenwonen van de partners.<sup>290</sup>

## **AFDELING 2. Geïstitutionaliseerde samenlevingsvorm**

### **§ 1. Overzicht van rechtspraak**

78. Aanvankelijk volstond het loutere bestaan van een huwelijk opdat de relatie tussen partners als familieleven in de zin van art. 8 EVRM werd gekwalificeerd. Zo oordeelde het EHRM in het arrest *Abdulaziz, Cabales en*

---

<sup>289</sup> Zie 'lived together' onder andere: EHRM 18 december 1986, *Johnston/Ierland*, § 56 *juncto* § 10-11; EHRM 22 april 1997, *X., Y. en Z./ Verenigd Koninkrijk*, § 37; EHRM 28 oktober 1998, *Söderbäck/Zweden*, § 33; zie 'cohabited' onder andere: EHRM 26 mei 1994, *Keegan/Ierland*, § 45; EHRM 24 juni 2010, *Schalk en Kopf/Oostenrijk*, § 94; EHRM 19 februari 2013, *X. e.a./Oostenrijk*, § 95-96; zie ook: ECRM rapport d. d. 27 juni 1995, *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*, nr. 21830/93, § 54.

<sup>290</sup> Zie onder andere: ECRM rapport d. d. 5 maart 1985, *Johnston/Ierland*, nr. 9697/82, § 33: "...residing at the same address...".

*Balkandali/Verenigd Koninkrijk* dat de relatie die uit een wettig en niet-geveinsd huwelijk voortvloeit zeker als familielevens moet worden beschouwd, ook al wonen de echtgenoten nog niet samen ondanks hun uitdrukkelijke wil daartoe.<sup>291</sup> Aangezien *in casu* twee van de drie verzoekers wettig gehuwd waren, genoten ze van de bescherming van art. 8 EVRM.<sup>292</sup> Over de wettigheid van het huwelijk van de derde verzoeker bestond onenigheid. Zonder dit dispuut te beslechten, overwoog het EHRM dat de relatie die uit dit huwelijk voortvloeide eveneens familielevens uitmaakte. De partners hadden immers een huwelijksceremonie doorlopen tengevolge waarvan ze dachten gehuwd te zijn. Bovendien koesterden ze de intentie om samen te wonen wat hen evenwel door nationale wetgeving werd verhinderd.<sup>293</sup> Dit oordeel is om twee redenen van belang. Ten eerste wordt ermee bewezen dat het EHRM geen formele invulling geeft aan de vereiste dat het huwelijk wettig moet zijn.<sup>294</sup> Ten tweede toont het aan dat het EHRM niet uitsluitend reeds gerealiseerd familielevens tussen partners beschermt, maar ook een potentieel familielevens dat de partners zich voornemen te ontwikkelen maar waartoe ze buiten hun wil om worden verhinderd. In dat geval wordt de daadwerkelijke beleving van de familieband vervangen door de wil om een dergelijke beleving te realiseren.<sup>295</sup>

---

<sup>291</sup> EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Balkandali en Cabales/Verenigd Koninkrijk, § 62-63, zie § 62: "The Court recalls that, by guaranteeing the right to respect for family life, Article 8 (art. 8) "presupposes the existence of a family" (see the *Marckx* judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 14, para. 31). However, this does not mean that all intended family life falls entirely outside its ambit. Whatever else the word "family" may mean, it must at any rate include the relationship that arises from a lawful and genuine marriage, such as that contracted by Mr. and Mrs. Abdulaziz and Mr. and Mrs. Balkandali, even if a family life of the kind referred to by the Government has not yet been fully established. Those marriages must be considered sufficient to attract such respect as may be due under Article 8 (art. 8)."; zie ook: EHRM 2 augustus 2001, Boulif/Zwitserland, nr. 54273/00, § 40.

<sup>292</sup> EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Balkandali en Cabales/Verenigd Koninkrijk, § 40, § 52 en § 62.

<sup>293</sup> EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Balkandali en Cabales/Verenigd Koninkrijk, § 47-48, § 63.

<sup>294</sup> R. A. LAWSON en H. G. SCHERMERS, *Leading cases of the European Court of Human Rights*, Maklu, Antwerpen, 1997, (commentaar bij arrest Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk), nr. 3, 174; zie voor een latere bevestiging: EHRM 2 november 2010, Serife Yegit/Turkije, nr. 3976/05, § 97-98: *In casu* werd de relatie tussen partners die een Turks religieus huwelijk hadden gesloten als familielevens aangemerkt.

<sup>295</sup> F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 578.

Ook in het arrest *Berrehab/Nederland* volstond het bestaan van een huwelijk om de relatie tussen partners als familielevens te kwalificeren.<sup>296</sup> Een daadwerkelijke samenwoning is in dat geval niet vereist aangezien de partners van een wettig en niet-geveinsd huwelijk vermoed worden familielevens met elkaar te onderhouden.<sup>297</sup> Dit vermoeden kan evenwel worden weerlegd door te bewijzen dat een daadwerkelijke beleving van de familieband ontbreekt.<sup>298</sup> Zo heeft een echtscheiding, anders dan een gevangenisverblijf (cf. nr. 74), tot gevolg dat het tussen de partners bestaande familielevens wordt verbroken.<sup>299</sup> Deze rechtspraak toont duidelijk aan dat wanneer partners vrijwillig hun relatie verbreken, de bescherming van hun relatie als familielevens eveneens ophoudt te bestaan.

---

<sup>296</sup> EHRM 21 juni 1988, nr. 10730/84, *Berrehab/Nederland*, § 21 (hierna: 'EHRM 21 juni 1988, *Berrehab/Nederland*').

<sup>297</sup> Zie in die zin onder andere: M. L. C. C. DE BRUIJN-LÜCKERS, "Commentaar op art. 8 EVRM" in *Tekst en Commentaar Personen- en familierecht*, Kluwer (bijgewerkt tot 2012), zie '2. Family life'; C. J. FORDER, "Commentaar op art. 8 EVRM, par. 1" in *SDU Commentaar EVRM, Deel 1- materiële bepalingen*, Den Haag, SDU Uitgevers 2013, (534) 539; C. JACOBS en R. C. A. WHITE, *Jacobs, White en Ovey: The European convention on human rights*, Oxford, Oxford UP, 2010, 335; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, nr. 505, 730; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr. 25; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 57, 36; J. VELAERS, "Les droits de l'homme, le mariage, la famille et les autres formes de vie en commun" in CEPSS (ed.), *Considérations juridiques et éthiques sur la famille*, Brussel, CEPSS, 1992, 74.

<sup>298</sup> M. L. C. C. DE BRUIJN-LÜCKERS, "Commentaar op art. 8 EVRM" in *Tekst en Commentaar Personen- en familierecht*, Kluwer, (bijgewerkt tot 2012), zie '3. Verbreken 'family life'; A. W. HERING en L. ZWAAK, "Chapter 12. Right to respect for privacy (article 8)" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (663) 694; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 52, 32.

<sup>299</sup> EHRM 10 april 2006, *Cömert/Denemarken*, nr. 14474/03, § 1: "During the criminal proceedings, the applicant's wife filed for a divorce, which was granted by a Copenhagen City Court judgment of 3 February 2003. In the summer of 2004 the ex-wife went to Turkey to obtain a divorce from the applicant also according to Turkish law. Although it appears that the applicant objected thereto and that the divorce proceedings are still pending in Turkey, within the meaning of Article 8 of the Convention the applicant's "family-life" can no longer relate to his ex-wife."; EHRM 30 juni 2015, *Khoroshenko/Rusland*, nr.41418/04, §89; R. A. LAWSON en H. G. SCHERMERS, *Leading cases of the European Court of Human Rights*, Maklu, Antwerpen, 1997, (commentaar bij arrest *Berrehab/Nederland*), nr. 8, 80; C. J. FORDER, "Commentaar op art.8 EVRM, par. 1" in *SDU Commentaar EVRM, Deel 1- materiële bepalingen*, Den Haag, SDU Uitgevers 2013, (534) 550 met verwijzing naar rechtspraak aldaar.



79. Vervolgens werd het EHRM geconfronteerd met partners die met elkaar in het huwelijk wensten te treden maar waarbij dit huwelijk juridisch onmogelijk was. In dat geval onderzocht het EHRM of de partners de intentie hadden om te huwen. De aanwezigheid van een dergelijke intentie kon in combinatie met andere feitelijke elementen tot de kwalificatie van familielevens leiden. Het EHRM betrok voor een eerste maal in het arrest *Johnston/Ierland* de intentie van de partners om te huwen in de beoordeling van hun relatie als familielevens. Dit gebeurde op onrechtstreekse wijze door te onderzoeken of Ierland de positieve verplichting had om een echtscheiding mogelijk te maken zodat de verzoekers konden huwen.<sup>300</sup> In het daaropvolgende arrest *Keegan/Ierland* verwees het EHRM uitdrukkelijk naar onder andere de trouwplannen die de partners destijds hadden, hoewel ze op het tijdstip van de uitspraak niet meer samenwoonden, om hun relatie als familielevens te beschermen.<sup>301</sup> Deze arresten tonen aan dat een huwelijk niet vereist is opdat partners familielevens met elkaar kunnen hebben. Het EHRM stelt uitdrukkelijk dat "... the notion of the "family" in this provision is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other de facto "family" ties where the parties are living together outside of marriage."<sup>302</sup> Een andere situatie deed zich voor in het arrest *Kroon/Nederland* waarbij de partners wel in de juridische mogelijkheid waren om te huwen, maar ze al dan niet bewust nagelaten hadden dit te doen. Tevens woonden ze niet samen.<sup>303</sup> Het EHRM besloot dat in een dergelijke situatie uitzonderlijk andere elementen dienst kunnen doen om de bestendigheid van de relatie aan te tonen, zoals *in casu* de geboorte van vier kinderen binnen het koppel (cf. nr. 84).<sup>304</sup> Ingevolge deze rechtspraak werd het toepassingsgebied van het recht op familielevens uitgebreid tot partners

---

<sup>300</sup> EHRM 18 december 1986, *Johnston/Ierland*, § 11-12 en § 56-57: geen recht op echtscheiding; zie ook EHRM 10 januari 2017, *Babiarz/Polen*, § 46-59; zie daarover: H. FULCHIRON, "Vie privée et familiale", *JEDH* 2017/5, (456) 467-469.

<sup>301</sup> EHRM 26 mei 1994, *Keegan/Ierland*, § 45.

<sup>302</sup> EHRM 26 mei 1994, *Keegan/Ierland*, § 44.

<sup>303</sup> Het is niet duidelijk waarom de verzoekers niet samenwoonden of waarom ze niet gehuwd waren, hoewel ze aanvankelijk dit voornemen wel koesterden (uit: C. J. FORDER, "Family life... van sprookje tot werkelijkheid: de zaak Kroon, Zerrouk en M'Halleem Driss", *NJCM-Bulletin* 1994, (332) 333 en 343).

<sup>304</sup> EHRM 27 oktober 1994 *Kroon/Nederland*, § 30.

die niet samenwoonden en noch gehuwd waren. Deze uitbreiding was vooralsnog beperkt tot heteroseksuele paren.<sup>305</sup>

80. Tot slot diende het EHRM zich uit te spreken over transseksuele relaties en homoseksuele relaties waarbij het voor de partners juridisch onmogelijk was om te huwen met elkaar, maar waarbij wel eventueel de mogelijkheid bestond om een geregistreerd partnerschap te sluiten.

Zo kon in het arrest *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk* een vrouw-naar-man transseksueel niet huwen met zijn vrouwelijke partner omdat hij nog steeds als vrouw stond vermeld op zijn geboorteakte en een homohuwelijk volgens de toen geldende wetgeving uitgesloten was. Om te oordelen of hun relatie een voldoende bestendig karakter had, maakte het EHRM daarom gebruik van de rechtspraak ontwikkeld in het arrest *Kroon/Nederland* door de bestendigheid van de relatie aan te tonen aan de hand van de samenwoning van de partners en de geboorte van een kind binnen hun relatie (cf. nr. 73).<sup>306</sup> Omdat de voorliggende transseksuele relatie de schijn had van een heteroseksuele relatie, was een dergelijke parallele toepassing van het arrest *Kroon/Nederland* mogelijk (cf. nr. 75).

Bij de beoordeling van homoseksuele relaties verwees het EHRM in de arresten *Schalk en Kopf/Oostenrijk* en *Oliari e.a./Italië* naar de samenwoning van de partners en hun intentie om te huwen teneinde de partnerrelatie als familieleven te beschermen.<sup>307</sup> In het arrest *Chapin en Charpentier/Frankrijk* hadden de partners hun intentie om te huwen zelfs daadwerkelijk uitgevoerd door een huwelijk te sluiten, dat evenwel nadien werd nietigverklaard.<sup>308</sup> Niet alleen de intentie om te huwen, maar ook het feit dat de partners een geregistreerd partnerschap hadden afgesloten werd door het EHRM gehanteerd als beoordelingselement van de partnerrelatie. Zo verwees het EHRM in het arrest *Gas en Dubois/Frankrijk* naar de

---

<sup>305</sup> W. JOHNSON, "Recent developments: the breadth of family law review under the European Convention on Human Rights (bij arrest *Kroon/Nederland*), *Harvard International Law Journal* 1995/36, (513) 520-525.

<sup>306</sup> EHRM 22 april 1997, *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*, § 36-37.

<sup>307</sup> EHRM 24 juni 2010, *Schalk en Kopf/Oostenrijk*, § 94 *juncto* § 8; EHRM 21 juli 2015, *Oliari e.a./Italië*, § 10, § 23, § 28, § 103 en § 167.

<sup>308</sup> EHRM 9 juni 2016, *Chapin en Charpentier*, § 11 *juncto* § 44; zie daarover onder andere: H. FULCHIRON, "Vie privée et familiale. Chronique", *JEDH* 2016/5, (603) 605-606.

samenwoning van de vrouwen, de geboorte van een kind binnen hun relatie en het feit dat ze een geregistreerd partnerschap waren aangegaan om hun relatie als familielevens te kwalificeren.<sup>309</sup> Ook de intentie tot het sluiten van een geregistreerd partnerschap vormde in het arrest *Vallianatos/Griekenland* een van de elementen om de partnerrelatie van twee mannen als familielevens te beschouwen.<sup>310</sup>

## **§ 2. Analyse: een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm is geen noodzakelijke voorwaarde, maar soms wel een voldoende voorwaarde voor familielevens tussen partners**

81. De aanwezigheid van een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm, zoals bijvoorbeeld een huwelijk of een geregistreerd partnerschap is niet noodzakelijk om een partnerrelatie als familielevens in de zin van art. 8 EVRM te beschermen (cf. *Keegan/Ierland*, *Vallianatos/Griekenland*, *Schalk en Kopf/Italië*, *Oliari/Italië*). Daarbij is het onverschillig of de betrokkenen bewust hebben gekozen om niet te huwen (cf. *Kroon/Nederland*) of daartoe gedwongen worden (cf. *Johnston/Ierland*, *Oliari e.a./Italië*, *Chapin en Charpentier/Frankrijk*).

De aanwezigheid van een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm is daarentegen in bepaalde omstandigheden wel een voldoende voorwaarde om de partnerrelatie als familielevens aan te merken. Dit is het geval wanneer de partners gehuwd zijn of menen gehuwd te zijn (cf. *Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*, *Boultif/Zwitserland*). Voor zover het een wettig en niet-geveinsd huwelijk betreft, bestaat immers het vermoeden dat de relatie van de partners bestendig is zodat ze familielevens met elkaar onderhouden (cf. *Berrehab/Nederland*). Er wordt geen formele invulling gegeven aan de vereiste van de wettigheid van het huwelijk zodat ook een religieus huwelijk volstaat (cf. *Serife Yegit/Turkije*). Het vermoeden van familielevens tussen echtgenoten kan worden weerlegd wanneer wordt bewezen dat een daadwerkelijke beleving van de familieband afwezig is. Dit bewijs wordt niet geleverd wanneer de echtgenoten buiten hun wil om

---

<sup>309</sup> EHRM 15 maart 2012, *Gas en Dubois/Frankrijk*, § 37 *juncto* § 10; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 649, 475; zie ook: EHRM 7 mei 2013, *Boeckel en Gessner-Boeckel/Duitsland*, § 27.

<sup>310</sup> EHRM 7 november 2013, *Vallianatos/Griekenland*, § 36 *juncto* § 73.

worden verhinderd om samen te wonen. In dat geval wordt de daadwerkelijke beleving van de familieband vervangen door de wil van de partners om een dergelijke beleving tot stand te brengen. Bijgevolg geniet ook hun potentieel familieleven de bescherming van art. 8 EVRM (cf. *Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*). Daarentegen heeft een echtscheiding wel de verbreking van het familieleven tot gevolg (cf. *Cömert/Denemarken, Khoroshenko/Rusland*). Wonen de partners evenwel geregistreerd samen dan blijkt uit de rechtspraak dat het geregistreerd partnerschap op zich niet volstaat om de horizontale partnerrelatie te beschermen als familieleven (cf. *Gas en Dubois/Frankrijk*).<sup>311</sup> Andere elementen moeten alsdan het bewijs leveren van het bestendige karakter van de relatie, zoals onder meer de samenwoning van de partners en de geboorte van een kind binnen hun relatie. Ook de wens om te huwen of een geregistreerd partnerschap te sluiten volstaat op zich niet voor partners om hun relatie als familieleven in de zin van art. 8 EVRM aan te merken. Alsdan zijn nog andere elementen vereist zoals een samenwoning van de partners of de geboorte van een kind binnen hun relatie (cf. *Keegan/Ierland, Schalk en Kopf/Oostenrijk, Vallianatos/Griekenland, Oliari e.a./Italië*).

### **AFDELING 3. Seksuele geaardheid**

#### **§ 1. Overzicht van rechtspraak**

82. Aanvankelijk werden uitsluitend heteroseksuele relaties als familieleven beschouwd. Homoseksuele relaties genoten hoogstens de bescherming van privéleven in de zin van art. 8 EVRM.<sup>312</sup> Het Hof was immers van oordeel dat het recht om (seksuele) relaties te onderhouden met andere personen van hetzelfde of verschillend geslacht onder de bescherming van het recht op privéleven viel.<sup>313</sup> Dit recht waarborgt met

---

<sup>311</sup> Zie ook in die zin: T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 649, 475.

<sup>312</sup> Zie onder andere: ECRM 19 mei 1992, Kerkhoven/Nederland: "As regards private life, the Commission decided in the past (see No. 9369/81, Dec. 3.5.83, D.R. 32 p. 220, No. 11716/85, Dec. 14.5.86, D.R. 47 p. 274 and No. 14753/89, Dec. 9.10.89, unpublished) that the relationship of a homosexual couple constitutes a matter affecting their private life. ..."

<sup>313</sup> Zie onder andere: EHRM 10 mei 2001, nr. 56501/00, Mata Estevez/Spanje: "... With regard to private life, the Court acknowledges that the applicant's emotional and

andere woorden dat individuen een zekere vrijheid hebben om persoonlijke en sociale contacten met anderen uit te bouwen. Het recht op familieleven vormt een specifieke toepassing van deze vrijheid en beschermt een *de facto* beleefde familieband.<sup>314</sup> Het gevolg van de kwalificatie van een relatie als familieleven is dat de *margin of appreciation* van de betrokken staat beperkter wordt aangezien het EHRM een inmenging in het familieleven strenger beoordeelt.<sup>315</sup>

In het arrest *Schalk en Kopf/Oostenrijk* brak het EHRM met deze rechtspraak en oordeelde het voor de eerste maal dat een relatie tussen twee mannelijke partners die voldoende bestendigheid vertoonde familieleven uitmaakte in de zin van art. 8 EVRM. Volgens het Hof was het artificieel om bij het standpunt te blijven dat homoseksuele paren, in tegenstelling tot heteroseksuele paren, niet van de bescherming van familieleven in de zin van art. 8 EVRM konden genieten.<sup>316</sup> Sindsdien werd dit arrest verscheidene malen bevestigd voor zowel vrouwelijke als mannelijke paren.<sup>317</sup>

---

*sexual relationship related to his private life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention. ...*" ; zie daarover uitgebreid: J. M. SCHERPE, "From 'odious crime' to family life-same-sex couples and the ECHR" in A.-L. VERBEKE, Ch. DECLERCK e.a. (eds.), *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber amicorum Walter Pintens*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 1225-1240.

<sup>314</sup> P. DE HERT, "Art. 8 EVRM. Recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. 2: artikelsgewijze commentaar. Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, nr. 23, (705) 738; F. SUDRE, "Rapport introductif. La 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie familiale" in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, (11) 13.

<sup>315</sup> E. BREMS, S. OUALD-CHAIB, S. SMET en A. TIMMER, "Privéleven en gezinsleven" in *EVRM. Rechtspraak en commentaar*, Den Haag, SDU Uitgevers, 2010, nr. 3.8.3, (1) 23; D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, E. BATES, C. BUCKLEY, U. KILKELLY, P. CUMPER, Y. ARAI en H. LARDY, *Law of the European Convention on human rights*, Oxford, Oxford UP, 2009, 374.

<sup>316</sup> EHRM 24 juni 2010, *Schalk en Kopf/Oostenrijk*, § 92-95; zie daarover onder andere: D. COESTER-WALTJEN, "The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, (49) 64-67; H. FULCHIRON, "Vie privée et familiale. Chronique", *JEDH* 2016/5, (603) 604; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 553; F. SUDRE, "La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe (note sous arrêt)", *la semaine juridique. Édition générale* 2013, n° 41, 1013 e.v.

<sup>317</sup> Zie voor vrouwelijke paren onder andere: EHRM 15 maart 2012, *Gas en Dubois/Frankrijk*, § 37 (*JCP* 2012, 961, A. GOUTTENOIRE en F. SUDRE); EHRM 19 februari 2013, *X. e.a./Oostenrijk*, § 96 (*JCP G* 2013, doct. 855, chron. F. SUDRE en

## **§ 2. Analyse: seksuele geaardheid is irrelevant voor familielevens tussen partners**

83. De seksuele geaardheid van de partners is irrelevant bij de beoordeling van hun relatie als familielevens in de zin van art. 8 EVRM.

## **AFDELING 4. Een kind binnen de partnerrelatie**

### **§ 1. Overzicht van rechtspraak**

84. Aanvankelijk vormde de aanwezigheid van een kind uitsluitend bij heteroseksuele relaties een beoordelingselement. Zo oordeelde het Hof in het arrest *Johnston/Ierland* dat tussen ongehuwd samenwonende partners familielevens bestond gelet op onder meer de geboorte van een dochter binnen hun relatie. De geboorte van een kind bewijst immers de toewijding van de partners jegens elkaar.<sup>318</sup> Ook bij de beoordeling van een LAT-relatie in het arrest *Kroon/Nederland* overwoog het EHRM dat "... *exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto "family ties"; such is the case here, as since 1987 four children have been born to Mrs. Kroon and Mr. Zerrouk.*"<sup>319</sup> Zowel de duur van de relatie als de geboorte van vier kinderen bewijst voor het Hof een voldoende mate van bestendigheid.<sup>320</sup> Waar tot dan toe de ouders

---

act. 316, H. SURREL); EHRM 7 mei 2013, Boeckel en Gessner-Boeckel/Duitsland, § 27;

zie voor mannelijke paren: EHRM 7 november 2013, Vallianatos/Griekenland, § 73 (*JCP G* 2013, act. 1281, F. SUDRE; A. DANIS-FATÔME, "Le droit des couples à un 'engagement public' ", *RTDH* 2014/99, 737-758); EHRM 21 juli 2015, Oliari e.a./Italië, § 103 (J. COUARD, "Communautés de vie d'homosexuels: l'Italie condamnée", *Dr.Fam.* 2015, n° 10, alerte 68; F. SUDRE, "Le standard du partenariat homosexuel", *JCP G* 2015, n° 36, act. 927); EHRM 9 juni 2016, Chapin en Charpentier, § 44.

zie daarover meer algemeen: F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nrs. 31-32; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 552-555; C. MÉCARY, "Homoparenté et homoparentalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" in N. GALLUS (ed.), *Droits des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, 2012, 227-244.

<sup>318</sup> EHRM 18 december 1986, *Johnston/Ierland*, § 56 *juncto* § 11; zie ook: P. DE HERT, "Art. 8 EVRM. Recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. 2: artikelsgewijze commentaar. Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, nr. 27, (705) 744.

<sup>319</sup> EHRM 27 oktober 1994 *Kroon/Nederland*, § 30.

<sup>320</sup> W. JOHNSON, "Recent developments: the breadth of family law review under the European Convention on Human Rights (bij arrest *Kroon/Nederland*)", *Harvard*

steeds dezelfde belangen hadden gekoesterd, werd het EHRM in het arrest *Keegan/Ierland* geconfronteerd met tussen hen bestaande tegengestelde belangen ingevolge een relatiebreuk.<sup>321</sup> Het EHRM benadrukte bij de kwalificatie van de partnerrelatie als familieleven niet de geboorte van het kind, maar wel de destijds gezamenlijk genomen beslissing van de ouders om het kind te verwekken. Het feit dat de relatie op het ogenblik van de geboorte van het kind beëindigd was, veranderde niets aan dit oordeel (cf. nr. 79).<sup>322</sup> Wanneer de partnerrelatie beëindigd is bij de geboorte van het kind en de ouders tegengestelde belangen hebben, komt het logisch voor dat het Hof zich baseert op de beslissing tot verwekking van het kind die de partners gezamenlijk tijdens hun relatie hebben genomen. Het is immers met deze beslissing dat beiden destijds toewijding jegens elkaar vertoonden, en niet met de geboorte van het kind *na* de relatiebreuk. Ook wanneer het kind niet geboren werd binnen de partnerrelatie vormt ingevolge het arrest *Söderbäck/Zweden* de gezamenlijke zorg voor het kind door beide partners een beoordelingselement van hun relatie. *In casu* voedde de nieuwe partner van de moeder haar kind uit een andere relatie mee op. Het EHRM was van oordeel dat de gezamenlijke zorg voor het kind en de samenwoning van de betrokkenen volstonden om hun relatie als familieleven te beschermen.<sup>323</sup>

85. Vervolgens werd bij de beoordeling van een transseksuele relatie eveneens verwezen naar de aanwezigheid van een kind binnen deze relatie om de bescherming als familieleven te kunnen genieten. Dit gebeurde voor het eerst in het arrest *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*. Om de relatie tussen een vrouw-naar-man transseksueel en zijn vrouwelijke partner als familieleven te kwalificeren baseerde het EHRM zich onder meer op de kunstmatige bevruchting van de vrouwelijke partner met anoniem donorzaad. Beide partners hadden gezamenlijk verzocht om deze

---

*International Law Journal* 1995/36, (513) 521; zie voor een latere bevestiging: EHRM 2 november 2010, nr. 3976/05, Serife Yigit/Turkije, § 96; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 577.

<sup>321</sup> C. J. FORDER, "Article 8 ECHR: the utter limits of 'family life' and the law of parenthood", *Maastricht Journal* 1997/4, (125) 131.

<sup>322</sup> EHRM 26 mei 1994, *Keegan/Ierland*, § 45: "... Moreover, the conception of their child was the result of a deliberate decision...".

<sup>323</sup> EHRM 28 oktober 1998, *Söderbäck/Zweden*, § 33.

behandeling en hadden na de bevalling gezamenlijk het kind opgevoed (cf. nr. 109).<sup>324</sup>

86. Tot slot haalde het EHRM de aanwezigheid van een kind aan als een van de elementen die de bestendigheid van een homoseksuele relatie bewijzen. Zo aanvaardde het EHRM in het arrest *Gas en Dubois/Frankrijk* het bestaan van familielevens tussen twee vrouwelijke partners die samenwoonden en waarvan een van hen via medisch begeleid voortplanting bevallen was (cf. nr. 75). Het kind was door beide vrouwen gewild en werd grootgebracht in hun gezamenlijke woning.<sup>325</sup> Ook wanneer het kind geboren werd uit een andere relatie van een van de vrouwen vormt ingevolge het arrest *X. e.a./Oostenrijk* onder meer de gezamenlijke zorg voor dit kind een beoordelingselement van de partnerrelatie.<sup>326</sup>

## **§ 2. Analyse: een kind binnen de partnerrelatie is noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor familielevens tussen partners**

87. De aanwezigheid van een kind ongeacht of het geboren werd binnen de partnerrelatie is niet noodzakelijk om deze relatie als familielevens in de zin van art. 8 EVRM te beschouwen (cf. *Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk, Schalk en Kopf/Oostenrijk*).

Ingevolge het arrest *Kroon/Nederland* rees in de rechtsleer evenwel de vraag of de geboorte van een eerste kind, naar aanleiding waarvan het EHRM zich over de zaak diende uit te spreken, volstond om de relatie tussen de partners als familielevens te beschouwen. Het EHRM besloot immers tot de bestendigheid van de partnerrelatie *nadat* vier kinderen geboren waren binnen deze relatie. Volgens bepaalde rechtsleer moet deze vraag bevestigend worden beantwoord zodat een relatie vrij snel als 'bestendig' zal

---

<sup>324</sup> EHRM 22 april 1997, *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*, § 37: "...The couple applied jointly for, and were granted, treatment by AID to allow Y to have a child. ..."; zie ook later: EHRM 16 juli 2014, *Hämäläinen/Finland*, § 44: "... Moreover the applicant and her wife had a child together. Accordingly, the Court is of the view that the applicant's relationship with her wife and child also falls within the notion of "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention."

<sup>325</sup> EHRM 15 maart 2012, *Gas en Dubois/Frankrijk*, § 9 *juncto* § 37; zie voor bevestiging: EHRM 7 mei 2013, *Boeckel en Gessner-Boeckel/Duitsland*, § 27.

<sup>326</sup> EHRM 19 februari 2013, *X. e.a./Oostenrijk*, § 10 *juncto* § 96.



worden gekwalificeerd.<sup>327</sup> Deze redenering kan niet worden bijgetreden omdat het EHRM op het tijdstip van de *uitspraak* oordeelt of er familielevens tussen de partners voorhanden is. Daarbij houdt het Hof rekening met alle feiten die zich hebben voorgedaan vanaf de geboorte van het eerste kind tot op het ogenblik van de uitspraak. Oordelen in andere zin zou tot gevolg hebben dat de geboorte van een kind volstaat om de partnerrelatie als familielevens te kwalificeren waarbij het Hof dan verdere ontwikkelingen buiten beschouwing zou laten. De geboorte van een kind is dus geen voldoende voorwaarde om een partnerrelatie als familielevens te beschermen. Steeds moeten ook andere elementen voorhanden zijn zoals de samenwoning van de partners (cf. *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk, Gas en Dubois/Frankrijk*) of een voldoende lange relatie (cf. *Kroon/Nederland, Johnston/Ierland*). Ook kinderen die niet werden geboren binnen de relatie maar wel door beide partners gezamenlijk worden opgevoed, neemt het Hof mee in overweging bij de beoordeling van de partnerrelatie. De aanwezigheid van het kind en de gezamenlijke zorg voor het kind zijn evenwel op zich niet voldoende om de partnerrelatie als familielevens te beschouwen. Steeds moeten ook andere elementen voorhanden zijn zoals bijvoorbeeld een samenwoning van de partners (cf. *Söderbäck/Zweden, Kuijper/Nederland, X. e.a./Oostenrijk*).

Is de partnerrelatie daarentegen beëindigd op het ogenblik dat het kind wordt geboren, dan benadrukt het EHRM niet de geboorte van het kind maar wel de gezamenlijke beslissing van de partners om het kind te verwekken, teneinde hun relatie van destijds als familielevens te kunnen kwalificeren. De verwekkingsbeslissing vormt immers een bewijs van de destijds bestaande toewijding van de partners jegens elkaar (cf. *Keegan/Ierland*). Opdat de beslissing tot verwekking van het kind mee in aanmerking wordt genomen bij de beoordeling van de partnerrelatie is wel vereist dat de beslissing door beide ouders *gezamenlijk* werd genomen *tijdens* hun relatie. Daarnaast moeten ook nog andere elementen aanwezig zijn, zoals onder andere de destijds bestaande intentie om te huwen of het feit dat de partners samenwoonden (cf. *Keegan/Ierland*).

---

<sup>327</sup> C. J. FORDER, "Het gezin in internationale verdragen", *RM Themis* 1997, (130) 133.

## **AFDELING 5. Tussenbesluit**

### **§ 1. Ontstaan**

88. Opdat een horizontale partnerrelatie beschermenswaardig familieleven in de zin van art. 8 EVRM zou uitmaken is vereist dat deze een bestendig karakter heeft (ENG: “constancy”, FR: “constance” – zie onder andere *Kroon/Nederland*, § 30; ENG: “stable de facto relationship”, FR: “cohabitant de fait de manière stable” – zie onder andere *Schalk en Kopf/Oostenrijk*, §94, *Oliari e.a./Italië*, §103). De bestendigheid van de relatie vormt dus een noodzakelijke voorwaarde. De vaststelling van deze bestendigheid is een feitenkwestie waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen heteroseksuele of homoseksuele relaties. De rechtspraak van het EHRM tot op vandaag toont aan dat de bestendigheid van een relatie wordt bewezen door onder meer de samenwoning van de partners (cf. *Johnston/Ierland*, *Schalk en Kopf/Oostenrijk*), of het feit dat ze elkaar financieel steunen (cf. *Oliari e.a./Italië*, *Vallianatos/Griekenland*), dat ze gezamenlijk een kind opvoeden dat al dan niet geboren werd binnen hun relatie (cf. *Söderbäck/Zweden*, *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*, *X. e.a./Oostenrijk*) of dat ze geregistreerd samenwonen (cf. *Gas en Dubois/Frankrijk*). Daarnaast wordt de relatie vermoed bestendig te zijn wanneer de partners gehuwd zijn (cf. *Berrehab/Nederland*; *Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*), zodat hun partnerrelatie dan familieleven uitmaakt in de zin van art. 8 EVRM. Het EHRM beschermt bovendien niet uitsluitend een reeds bestaand familieleven, maar ook een potentieel familieleven waarbij de partners het voornemen koesteren om hun familieband daadwerkelijk te (her)beleven maar daartoe worden verhinderd buiten hun wil om (cf. *Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*).

### **§ 2. Beëindiging**

89. Bestaand familieleven kan eindigen wanneer wordt bewezen dat een daadwerkelijke beleving van de familieband ontbreekt. Dit bewijs wordt niet geleverd wanneer de partners ophouden samen te wonen (cf. *Keegan/Ierland*), maar wel wanneer de partners uit de echt scheiden (cf.

*Cömert/Denemarken, Khoroshenko/Rusland*). In dat geval wordt het vermoeden van familielevens tussen de partners immers weerlegd.

### **HOOFDSTUK 3. Onderzoek naar de vereisten voor familielevens binnen de verticale relatie tussen (zorg)ouder en kind**

90. Opdat de relatie tussen (zorg)ouder en kind als familielevens in de zin van art. 8 EVRM kan worden beschermd is een daadwerkelijke beleving vereist.<sup>328</sup> In wat hierna volgt komen de door het EHRM ontwikkelde criteria aan bod die in acht kunnen of moeten worden genomen.

#### **AFDELING 1. Biologische band**

91. Bij het onderzoek naar de relevantie van een biologische band tussen de (zorg)ouder en het kind past het de vrouwelijke van de mannelijke (zorg)ouders te onderscheiden. Het EHRM hanteert in de beoordeling van deze relaties immers niet dezelfde criteria voor vrouwen als voor mannen. Bovendien laat een dergelijke werkwijze toe om de evolutie binnen de rechtspraak van het EHRM beter weer te geven.

#### **§ 1. Overzicht van rechtspraak**

##### **A. Vrouwelijke (zorg)ouder**

92. Aanvankelijk moest het EHRM zich uitspreken over de vraag of familielevens aanwezig was tussen een ongehuwde vrouw en het kind van wie ze bevallen was. In het arrest *Marckx/België* was Paula Marckx als bewust alleenstaande vrouw bevallen van een dochter die zij diende te erkennen in

---

<sup>328</sup> Voor de volledigheid moet worden opgemerkt dat tussen ouders en hun *meerderjarige* kinderen in beginsel geen familielevens bestaat, tenzij wanneer naast nauwe emotionele banden, ook nog bijkomende elementen aanwezig zijn die wijzen op een zekere afhankelijkheid (“...*additional factors of dependence other than normal ties of affection*”). Zo werd in de zaak *Emonet/Zwitserland* het bestaan van familielevens vastgesteld tussen de nieuwe partner van de moeder en haar meerderjarig invalide kind. *In casu* woonden de drie betrokkenen samen, en verzorgde de nieuwe partner samen met de moeder het meerderjarige kind dat hem bovendien aanzag als haar vader (EHRM 13 december 2007, *Emonet/Zwitserland*, nr. 39051/03, § 37; geen familielevens: EHRM 7 november 2000, *Kwakyé-Nti en Dufie/Nederland*, nr. 31519/96)(zie daarover onder andere: C. J. FORDER, “Commentaar op art. 8 EVRM, par. 1” in *SDU Commentaar EVRM, Deel 1- materiële bepalingen*, Den Haag, SDU Uitgevers 2013, (534) 546-547).

rechte teneinde een juridische afstammingsband te kunnen vestigen. Het EHRM overwoog dat vanaf het tijdstip van de geboorte familielevens bestaat tussen het kind en de vrouw die van het kind bevallen is.<sup>329</sup> Omdat de Belgische wetgeving de vestiging van het moederschap vanaf het tijdstip van de geboorte van het kind verhinderde, was deze in strijd met art. 8 EVRM.<sup>330</sup>

Dit arrest toont aan dat een vermoeden van beschermenswaardig familielevens bestaat tussen de vrouw en het kind van wie ze bevallen is,<sup>331</sup> voor zover de bevalling op een niet-anonieme wijze gebeurd is<sup>332</sup> en het kind levend geboren wordt.<sup>333</sup> Zowel een reeds bestaande relatie die

---

<sup>329</sup> EHRM (Plen.) 13 juni 1979, nr. 6833/74, Marckx/België, *Publ. Eur. Court HR* 1979, Serie A, nr. 31, § 31 (hierna: 'EHRM 13 juni 1979, Marckx/België'); zie ook: Commissieverslag Marckx/België, nr. 69: "... *A cet égard, la Commission estime à l'unanimité que le fait de la naissance, c'est-à-dire l'existence du lien biologique entra la mère et l'enfant, crée la vie familiale au sens de l'article 8.*".

<sup>330</sup> EHRM 13 juni 1979, Marckx/België, § 36.

<sup>331</sup> Zie onder andere: S. CHOUDRY en J. HERRING, *European Human Rights and Family Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, 198; D. COESTER-WALTJEN, "The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, (49) 84; M. L. C. C. DE BRUIJN-LÜCKERS, "Commentaar op art. 8 EVRM" in *Tekst en Commentaar Personen- en familierecht*, Kluwer, (bijgewerkt tot 2012), zie '2. Family life'; C. J. FORDER, "Commentaar op art. 8 EVRM, par. 1" in *SDU Commentaar EVRM, Deel 1- materiële bepalingen*, Den Haag, SDU Uitgevers 2013, (534) 540; A. W. HERING en L. ZWAAK, "Chapter 12. Right to respect for privacy (article 8)" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (663) 690; J.-L. RENCHON, "La convention européenne et la régulation des relations affectives et familiales dans une société démocratique" in J. VELU (ed.), *La mise en oeuvre interne de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1994, nr. 10, (89) 95; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale – droit au mariage – protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nrs. 21-22; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 51, 31; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 649, 474-475.

<sup>332</sup> Is de moeder op anonieme wijze bevallen dan wordt de band tussen haar en het kind niet als familielevens maar als privélevens gekwalificeerd: EHRM 13 februari 2003, nr. 42326/98, Odièvre/Frankrijk, *Reports of Judgments and Decisions* 2003-III, § 9-11 juncto § 28.

<sup>333</sup> EHRM 2 juni 2005, nr. 77785/01, Znamenskaya/Rusland, <http://hudoc.echr.coe.int>, § 27 (de onderlijning is een toevoeging van de auteur): "The existence or non-existence of "family life" for the purposes of Article 8 is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties (see *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 150, ECHR 2001-VII). It is obvious that in the instant case no such personal ties could have developed because the child was stillborn and because its biological father had been separated from the applicant before its birth and died shortly thereafter. However, it has also been the Convention organs' traditional approach to accept that close relationships short of "family life" would generally fall within the scope of "private life" ...".

daadwerkelijk wordt beleefd doordat de moeder het kind opvoedt,<sup>334</sup> als een potentiële relatie die zich kan ontwikkelen tussen een moeder en haar kind, worden beschermd. Bij een dergelijke potentiële relatie wordt de daadwerkelijke beleving van de familieband vervangen door het feit dat de moeder tegen haar wil wordt verhinderd een band met het kind op te bouwen.<sup>335</sup> Deze wil was volgens het EHRM duidelijk aanwezig bij de moeder in het arrest *Todorova/Italië*. In dit arrest aanvaardde het EHRM familieleven tussen een vrouw en haar kinderen (cf. een tweeling) die ze na de bevalling ter adoptie had afgestaan, met wie ze nooit had samengewoond en met wie ze geen voldoende nauwe banden had. *In casu* had de vrouw immers enkele dagen na de geboorte gevraagd om de kinderen te ontmoeten, had ze enkele maanden later de rechtbank verzocht om de adoptieprocedure te schorsen en had ze geprobeerd de kinderen te erkennen. Dit werd haar telkenmale verhinderd door de nationale rechter. Om deze redenen was er volgens het EHRM sprake van een potentiële familieband tussen de moeder en haar kinderen die eveneens beschermenswaardig is.<sup>336</sup> Deze rechtspraak werd inmiddels verscheidene malen bevestigd.<sup>337</sup>

93. Vervolgens moest het EHRM oordelen of de relatie tussen een vrouw en een kind met wie ze een biologische band had maar van wie ze niet

---

<sup>334</sup> EHRM 13 juni 1979, Marckx/België, § 31 (onderlijning is een toevoeging van de auteur): *Besides, it is not disputed that Paula Marckx assumed responsibility for her daughter Alexandra from the moment of her birth and has continuously cared for her, with the result that a real family life existed and still exists between them.*; zie ook in die zin: F. SUDRE, "Rapport introductif. La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale" in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, (11) 20-21; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2011, nr. 314, 542-543; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 573; J. VELAERS, "Les droits de l'homme, le mariage, la famille et les autres formes de vie en commun" in *Considerations juridiques et éthiques sur la famille*, Brussel, CEPESS, 1992, (63) 74; *contra*: D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 51, 31-32.

<sup>335</sup> F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 578; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr. 27.

<sup>336</sup> EHRM 13 januari 2009, nr. 33932/06, *Todorova/Italië*, § 22-24 *juncto* § 51-55; zie daarover onder andere: F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 578; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 652, 480.

<sup>337</sup> Zie onder andere: EHRM 17 juli 2008, nr. 11223/04, *X./Kroatië*, § 37; EHRM 8 januari 2013, nr. 37956/11, *A.K. en L./Kroatië*, § 52.

bevallen was, familielevens kon uitmaken in de zin van art. 8 EVRM. In het arrest *Marckx/België* stelde het EHRM dat minstens tussen nauwe bloedverwanten zoals kleinkinderen en grootouders een beschermenswaardig familieleven bestaat aangezien grootouders een belangrijke rol kunnen spelen in dat familieleven.<sup>338</sup> De Belgische wetgeving schond dan ook art. 8 EVRM aangezien het niet mogelijk was voor een buiten het huwelijk geboren kind om met zijn grootmoeder een in rechte erkende band te vestigen.<sup>339</sup> Uit deze formulering blijkt dat het EHRM bij de kwalificatie van de relatie tussen de grootmoeder en haar kleinkind zowel steunde op het bestaan van een biologische band als op de daadwerkelijke beleving van deze band door de feitelijk opvoedende rol van de grootmoeder.<sup>340</sup> Gaandeweg verwees het Hof niet meer uitdrukkelijk naar de biologische band tussen grootouders en kleinkinderen om hun relatie als familielevens te kwalificeren. Zo overwoog het EHRM in het arrest *Bronda/Italië* dat "... *the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life...That principle applies too, in cases like the present one in which the Court is concerned with the relations between a child and its grandparents, with whom it had lived for a time.*"<sup>341</sup> Ook in het arrest *Kruskic/Kroatië* overwoog het EHRM dat familielevens kan bestaan tussen grootouders en kleinkinderen voor zover er voldoende nauwe familiebanden ("*sufficiently close family*

---

<sup>338</sup> EHRM 13 juni 1979, *Marckx/België*, § 45: "... *In the Court's opinion, "family life", within the meaning of Article 8 (art. 8), includes at least the ties between near relatives, for instance those between grandparents and grandchildren, since such relatives may play a considerable part in family life. ...*" ; zie ook in die zin: EHRM 13 juli 2000, *Scozzari en Giunta/Italië*, nrs. 39221/98 en 41963/98, § 221 (hierna: 'EHRM 13 juli 2000, *Scozzari en Giunta/Italië*'); F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr.22; J.-P. MARGUÉNAUD, "Conv. EDH, art. 8: vie privée", *Rep.dr.eur.* (bijgewerkt tot juni 2016), nr.33.

<sup>339</sup> EHRM 13 juni 1979, *Marckx/België*, § 46-47.

<sup>340</sup> F. SUDRE, "Rapport introductif. La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale" in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, (11) 21.

<sup>341</sup> EHRM 9 juni 1998, *Bronda/Italië*, nr. 40/1997/824/1030, § 51 (hierna: 'EHRM 9 juni 1998, *Bronda/Italië*'); zie voor een recenter arrest: EHRM 2 november 2010, nr. 14565/05, *Nistor/Roemenië*, § 71 en § 89-93; EHRM 30 januari 2015, nr.107/10, *Manuello en Nevi/Italië*, § 50-53.

ties”) tussen hen aanwezig zijn. Deze familiebanden kunnen tot stand komen door bijvoorbeeld geregelde contacten te onderhouden.<sup>342</sup>

Bij de beoordeling van de relatie tussen een kind en zijn tante verwees het Hof in het arrest *Marckx/België* onder meer naar de biologische band tussen beiden door te stellen dat “*In the Court’s opinion, “family life”, within the meaning of Article 8 (art. 8), includes at least the ties between near relatives, ...*”.<sup>343</sup> Met deze formulering werd gehoor gegeven aan de Commissie die van oordeel was dat art. 8 EVRM geschonden werd doordat een buitenhuwelijks kind juridisch vreemd bleef aan de familieleden van zijn moeder.<sup>344</sup> Evenwel volstond het bestaan van deze biologische band op zich niet om de bescherming als familieleden te genieten. Daartoe was ook een daadwerkelijke beleving van de band vereist. Dienaangaande overwoog het Hof dat “... *there is nothing to prove the absence of actual relations between Alexandra and her grandmother before the latter’s death; in addition, the information obtained at the hearings suggests that Alexandra apparently has such relations with an aunt.*” Bijgevolg werd de relatie tussen Alexandra Marckx en haar tante als familieleden gekwalificeerd.<sup>345</sup>

94. Tot slot rees de vraag of de relatie tussen een vrouw en een kind dat ze opvoedde maar van wie ze niet bevallen was en met wie ze evenmin een biologische band had, familieleden in de zin van art. 8 EVRM kon uitmaken. In het arrest *Moretti en Benedetti/Italië* aanvaardde het EHRM voor het eerst

---

<sup>342</sup> EHRM 25 november 2014, *Kruskic e.a./Kroatië*, nr. 10140/13, §108 (hierna: ‘EHRM 25 november 2014, *Kruskic/Kroatië*’): “*The Court first reiterates that there may be “family life” within the meaning of Article 8 of the Convention between grandparents and grandchildren where there are sufficiently close family ties between them (see Lawlor v. the United Kingdom, no. 12763/87, Commission decision of 14 July 1988, Decisions and Reports (DR) 57, p. 216). While cohabitation is not a prerequisite, as close relationships created by frequent contact also suffice, relations between a child and its grandparents with whom it had lived for a time will normally be considered to fall within that category (see Bronda v. Italy, 9 June 1998, § 51, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV).*”

<sup>343</sup> EHRM 13 juni 1979, *Marckx/België*, § 45.

<sup>344</sup> Commissieverslag *Marckx/België*, nr. 84: “*La commission est d’avis, quant à elle, que la notion de vie familiale visée à l’article 8 doit être comprise dans un sens large et que le fait pour l’enfant naturel de demeurer juridiquement étranger à la famille de sa mère constitue une violation de la Convention dans le chef de l’enfant. Le fait que le droit belge, en matière de parenté, exclut en principe la famille de la mère du cercle des liens familiaux de l’enfant naturel constitue une restriction illégitime de la notion de vie familiale.*”

<sup>345</sup> EHRM 13 juni 1979, *Marckx/België*, § 46; zie ook: J.-P. MARGUÉNAUD, “Conv. EDH, art. 8: vie privée”, *Rep.dr.eur.* (bijgewerkt tot juni 2016), nr. 33.

dat tussen een kind en zijn pleegzorgers familielevens bestond. Daarvoor baseerde het EHRM zich op de daadwerkelijke beleving van de feitelijke familiebanden aangezien zowel een biologische als een juridische band tussen het kind en zijn pleegzorgers ontbrak.<sup>346</sup> Naar het oordeel van het EHRM was een daadwerkelijke beleving voorhanden om verschillende redenen. Zo hadden de betrokkenen samengewoond gedurende negentien maanden (cf. nr. 105), en was het kind emotioneel gehecht aan de pleegzorgers die zich als ouders hadden gedragen door het kind in te schrijven in de kinderopvang en het mee te nemen op vakantie naar Brazilië. Op die manier hadden ze de sociale ontwikkeling van het kind bevorderd. Bovendien was het kind opgenomen in het gezin waar het nog een broertje en zusje had met wie eveneens een nauwe band bestond.<sup>347</sup> Dit arrest toont aan dat nieuwe banden van familielevens kunnen ontstaan tussen een kind en de persoon die hem of haar daadwerkelijk opvoedt, terwijl familiebanden tussen de ouders en het kind kunnen verzwakken. De nieuwe daadwerkelijk beleefde familiebanden laat het EHRM soms primeren, zoals *in casu* (cf. nr. 98).<sup>348</sup> Ook in het eerdere arrest *Kuijper/Nederland* gaf het EHRM voorrang aan het daadwerkelijk beleefde familielevens tussen een kind en de nieuwe echtgenote van zijn vader, boven de band van het kind met zijn biologische (en juridische) moeder. Artikel 8 EVRM was immers niet geschonden in hoofde van de moeder, doordat de rechtbank haar verzet tegen de adoptie van haar kind door de nieuwe echtgenote van de vader naast zich had

---

<sup>346</sup> EHRM 27 april 2010, Moretti en Benedetti/Italië, nr. 16318/07, § 48: "La Cour examinera donc les liens familiaux de facto, tels que la vie commune des deux requérants et A. en l'absence de tout rapport juridique de parenté entre eux (X c. Suisse, n° 8257/78, décision de la Commission du 10 juillet 1978; Johnston et autres c. Irlande, précité § 56 ; Giusto et autres c. Italie (déc.), n° 38972/06, CEDH 2007-V (extraits)). Elle se penchera sur l'effectivité de la relation entre les requérants et A. ...", en § 52; eveneens in die zin: EHRM 17 januari 2012, Kopf en Liberda/Oostenrijk, § 36-37; zie daarover ook: M. BRUGGEMAN, "Droit à la vie familiale: précisions sur la place des familles d'accueil", *Dr.Fam.* 2010, n°6, alerte 39; A. GOUTTENOIRE, "La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Dr.Fam.* 2011, n°4, étude 10, nr. 10; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 577; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr. 23.

<sup>347</sup> EHRM 27 april 2010, Moretti en Benedetti/Italië, nr. 16318/07, § 49-50.

<sup>348</sup> F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 579; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 656, 484.



neergelegd.<sup>349</sup> Ook de relatie tussen een vrouw en het kind van haar vrouwelijke partner dat met haar toestemming via anoniem donorzaad werd verwekt, werd in het arrest *Gas en Dubois/Frankrijk* als familieleven aangemerkt op grond van de concrete omstandigheden in de voorliggende zaak. Deze omstandigheden tonen een daadwerkelijke beleving van *de facto* banden tussen de betrokkenen aan.<sup>350</sup> Zo woonde het kind reeds sinds zijn geboorte samen met zijn moeder en haar vrouwelijke partner met wie ze een geregistreerd partnerschap was aangegaan (cf. nr. 100). Beiden voedden het kind op en verzorgden het. Tevens werd het kind in de registers van de burgerlijke stand geregistreerd en diende de vrouwelijke partner zelfs een adoptieverzoek in dat haar evenwel werd geweigerd.<sup>351</sup> Deze argumenten werden eveneens aangehaald om in het arrest *X. e.a./Oostenrijk* het bestaan van familieleven te aanvaarden tussen de vrouwelijke partner van de moeder en het kind geboren uit een eerdere relatie van de moeder met een man. Bovendien was de man ingevolge een erkenning de juridische vader van het kind.<sup>352</sup> In deze arresten komen nieuwe banden van familieleven tot stand tussen het kind en de lesbische partner van de moeder. Deze familiebanden doen evenwel geen afbreuk aan het familieleven dat bestaat tussen de moeder en het kind. Beide vormen van familieleven kunnen met andere woorden naast elkaar bestaan.<sup>353</sup>

In de arresten *Mennesson/Frankrijk* en *Labassee/Frankrijk* erkende het EHRM dan weer de relatie van een vrouw en het kind met wie ze geen biologische band had en dat geboren was uit een draagmoeder op wie de vrouw en haar echtgenoot een beroep hadden gedaan, als beschermenswaardig familieleven. Daarvoor verwees het Hof uitdrukkelijk naar het feit dat de vrouw zich gedragen had als de moeder van het kind en dat beiden samenwoonden.<sup>354</sup> In beide arresten was de echtgenoot tevens

---

<sup>349</sup> EHRM 3 maart 2005, nr. 64848/01, Kuijper/Nederland (final decision as to the admissibility) (hierna: 'EHRM 3 maart 2005, Kuijper/Nederland').

<sup>350</sup> EHRM 15 maart 2012, *Gas en Dubois/Frankrijk*, § 37; zie ook in die zin: EHRM 7 mei 2013, *Boeckel en Gessner-Boeckel/Duitsland*, § 27.

<sup>351</sup> EHRM 15 maart 2012, *Gas en Dubois/Frankrijk*, § 9-13.

<sup>352</sup> EHRM 19 februari 2013, *X. e.a./Oostenrijk*, § 10 en § 96.

<sup>353</sup> F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 579.

<sup>354</sup> EHRM 26 juni 2014, *Mennesson/Frankrijk*, § 8 (eiceldonor) en § 45; EHRM 26 juni 2014, *Labassee/Frankrijk*, § 7 en § 37 (eiceldonor); A. GOUTTENOIRE,

de biologische vader van het kind. Wordt de beleving van dit familieleven tussen het kind geboren uit de draagmoeder en de vrouw verhinderd tegen haar wil omdat de staat weigert de buitenlandse geboorteakte te erkennen, en de vrouw en het kind dus tijdelijk gescheiden leven, dan kan sprake zijn van een potentieel familieleven. Het EHRM besliste in die zin in het arrest *D. en R./België* aangezien *in casu* de vrouw die beroep had gedaan op een draagmoeder zich gedroeg als de ouder van het kind met wie ze tevens samenwoonde. Bovendien had haar echtgenoot als biologische vader het kind inmiddels erkend.<sup>355</sup> Er is ook sprake van een potentieel familieleven, zo oordeelde het EHRM in het arrest *Pini e.a./Roemenië*, wanneer een daadwerkelijke beleving van de relatie tussen een vrouw en een kind met wie ze geen biologische band heeft maar dat ze wel heeft geadopteerd, wordt verhinderd doordat de beslissing tot adoptie niet kan worden uitgevoerd.<sup>356</sup> Dit geldt eveneens wanneer het geadopteerde kind wel samenwoont met de vrouw en door haar wordt opgevoed, maar de adoptieve afstammingsband tussen beiden niet in het interne recht wordt erkend.<sup>357</sup> Een voorgenomen familieleven wordt met andere woorden ook door art. 8 EVRM beschermd. In het daaropvolgende arrest *Paradiso en Campanelli/Italië* werd aanvankelijk de relatie van een vrouw en het kind geboren uit een draagmoeder op wie de vrouw en haar echtgenoot een beroep hadden gedaan, ook gekwalificeerd als beschermenswaardig familieleven. Naar het oordeel van het EHRM was er sprake van "de facto family ties" en had de vrouw die geen biologische band met het kind had, zich als een ouder gedragen door tijdelijk het ouderlijk gezag uit te oefenen

---

"Convention de gestation pour autrui.- Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant" *JCP G* 2014, n° 30-35, act. 877.

<sup>355</sup> EHRM 8 juli 2014, *D. en R./België*, nr. 29176/13, § 13-18 *juncto* § 49 (hierna: 'EHRM 8 juli 2014, *D. en R./België*').

<sup>356</sup> EHRM 22 juni 2004, *Pini e.a./Roemenië*, nrs. 78028/01 and 78030/01, § 140-148 (hierna: 'EHRM 22 juni 2004, *Pini e.a./Roemenië*'); "); J.-P. MARGUÉNAUD, "Conv. EDH, art. 8: vie privée", *Rép.dr.eur.* (bijgewerkt tot juni 2016), nr. 32; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 578; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nrs. 23 en 28.

<sup>357</sup> EHRM 28 juni 2007, nr. 76240/01, *Wagner en JMWL/Luxemburg*, § 5-8 *juncto* § 117; "); J.-P. MARGUÉNAUD, "Conv. EDH, art. 8: vie privée", *Rép. dr. eur.* (bijgewerkt tot juni 2016), nr. 32.

en gedurende zes maanden en drie weken met het kind samen te wonen.<sup>358</sup> Deze zaak werd evenwel doorverwezen naar de Grote Kamer die tot een ander oordeel kwam. Volgens de Grote Kamer was er geen sprake van familielevens tussen de vrouw en het kind, niettegenstaande het kind verwekt werd binnen een ouderschapsproject en de vrouw zich als de ouder van het kind gedroeg waardoor nauwe emotionele banden tussen hen waren ontstaan.<sup>359</sup> De kwalificatie van hun relatie als familielevens werd verhinderd door de korte duur van hun samenwoning, de afwezigheid van een biologische band met het kind in hoofde van zowel de vrouw als haar echtgenoot en het feit dat een onwettige situatie was gecreëerd door het kind mee naar Italië te nemen.<sup>360</sup> Volgens de Grote Kamer verschilde het arrest op deze punten dan ook van de voorgaande arresten waar het kind wel op een wettige grondslag verbleef bij de verzoekers of de verzoekers een biologische band met het kind hadden. Zodoende staat in dit arrest de onderliggende vraag centraal of rekening moet worden gehouden met de manier waarop de nauwe banden tussen de vrouw en het kind zijn tot stand gekomen. Mag het gedrag van de betrokkenen waardoor een *de facto* familielevens ontstaat in strijd zijn met de wet of niet?<sup>361</sup>

#### B. Mannelijke (zorg)ouder

95. Aanvankelijk diende het EHRM zich uit te spreken over de vraag of de relatie tussen een man en een kind geboren uit diens huwelijk met de moeder familielevens in de zin van art. 8 EVRM kon uitmaken. In het arrest *Berrehab/Nederland* overwoog het Hof dat tussen ouders en het kind geboren uit hun niet-geveinsd en wettig huwelijk dat als familielevens wordt beschermd, eveneens familielevens bestaat. Daarbij is het onverschillig of de ouders bij de geboorte nog samenwonen of hun relatie inmiddels werd beëindigd.<sup>362</sup> Het betreft een vermoeden van familielevens dat voornamelijk

---

<sup>358</sup> EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli/Italië*, nr. 25358/12, § 69 (hierna: 'EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli/Italië*').

<sup>359</sup> EHRM Gr. Ch. 24 januari 2017, *Paradiso en Campanelli/Italië*, nr. 25358/12, § 148-151; zie daarover uitgebreid: H. FULCHIRON, "Vie privée et familiale. Chronique", *JEDH* 2017/5, (456) 472-479.

<sup>360</sup> EHRM Gr. Ch. 24 januari 2017, *Paradiso en Campanelli/Italië*, nr. 25358/12, § 152-158.

<sup>361</sup> H. FULCHIRON, "Vie privée et familiale. Chronique", *JEDH* 2017/5, (456) 474-475.

<sup>362</sup> EHRM 21 juni 1988, *Berrehab/Nederland*, § 21: "...It has held that the relationship created between the spouses by a lawful and genuine marriage - such as that

voor vaders een grote rol speelt aangezien voor (on)gehuwde moeders het vermoeden van familieleven ingevolge de bevalling van toepassing is.<sup>363</sup> Het vermoeden voor vaders kan worden weerlegd wanneer een gebrek aan daadwerkelijke beleving van de familieband met het kind wordt aangetoond.<sup>364</sup> *In casu* was de vader evenwel na de scheiding van de moeder contact blijven houden met zijn dochter door haar vier maal per week te zien.<sup>365</sup> Bovendien bleek uit het commissieverslag dat de vader toezienende voogd van zijn dochter was en dat hij maandelijks onderhoudsgeld betaalde voor haar.<sup>366</sup> Volgens het EHRM was er dan ook sprake van

---

*contracted by Mr. and Mrs. Berrehab - has to be regarded as "family life" (see the Abdulaziz, Cabales and Balkandali judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, p. 32, § 62). It follows from the concept of family on which Article 8 (art. 8) is based that a child born of such a union is ipso jure part of that relationship; hence, from the moment of the child's birth and by the very fact of it, there exists between him and his parents a bond amounting to "family life", even if the parents are not then living together.*"; zie onder andere: M. L. C. C. DE BRUIJN-LÜCKERS, "Commentaar op art. 8 EVRM" in *Tekst en Commentaar Personen- en familierecht*, Kluwer, (bijgewerkt tot 2012), zie '2. Family life, c)'; C. J. FORDER, "Article 8 ECHR: the utter limits of 'family life' and the law of parenthood", *MJ* 1997/4, (125) 129-130; C. J. FORDER, "Het gezin in internationale verdragen", *RM Themis* 1997, (130) 131; C. J. FORDER, "Commentaar op art. 8 EVRM, par. 1" in *SDU Commentaar EVRM, Deel 1- materiële bepalingen*, Den Haag, SDU Uitgevers 2013, (534) 541; F. SUDRE, "Rapport introductif. La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale" in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, (11) 19; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnelsen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 52, 32; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 649, 474.

<sup>363</sup> Cf. nr. 92 - EHRM 13 juni 1979, Marckx/België, § 31.

<sup>364</sup> M. L. C. C. DE BRUIJN-LÜCKERS, "Commentaar op art. 8 EVRM" in *Tekst en Commentaar Personen- en familierecht*, Kluwer, (bijgewerkt tot 2012), zie '3. Verbreken 'family life'; A. W. HERING en L. ZWAAK, "Chapter 12. Right to respect for privacy (article 8)" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (663) 694; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnelsen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 52, 32.

<sup>365</sup> EHRM 21 juni 1988, *Berrehab/Nederland*, § 21: "...Certainly Mr. Berrehab and Mrs. Koster, who had divorced, were no longer living together at the time of Rebecca's birth and did not resume cohabitation afterwards. That does not alter the fact that, until his expulsion from the Netherlands, Mr. Berrehab saw his daughter four times a week for several hours at a time; the frequency and regularity of his meetings with her (see paragraph 9 in fine above) prove that he valued them very greatly. It cannot therefore be maintained that the ties of "family life" between them had been broken."

<sup>366</sup> Commissieverslag *Berrehab*, nr. 72: "... In this respect, it is also noted that on 26 November 1979 the first applicant was appointed as the child's co-guardian by the Regional Court of Amsterdam, and that this court ordered him on 5 February 1980 to contribute towards the cost of the upbringing of the child on a monthly basis."

beschermenswaardig familielevens tussen de vader en het kind.<sup>367</sup> Sindsdien werd deze rechtspraak herhaaldelijk bevestigd.<sup>368</sup>

96. Vervolgens werd het Hof gevraagd om de band te beoordelen tussen een kind en zijn biologische vader, die niet gehuwd was met de moeder en geen juridische afstammingsband met het kind had. Het voornoemde vermoeden van familielevens gold niet bij gebrek aan een huwelijk.

Zo besloot het Hof in het arrest *Johnston/Ierland* dat familielevens bestond tussen een biologische vader en zijn kind door onder meer te verwijzen naar de aanwezigheid van een biologische band. Evenwel was het bestaan van deze biologische band onvoldoende om de bescherming als familielevens te genieten. Daartoe waren eveneens de emotionele banden tussen de ouders en het kind van belang die waren ontstaan ingevolge de jarenlange samenwoning en die een daadwerkelijke beleving van de familiebanden bewezen.<sup>369</sup> In het daaropvolgende arrest *Keegan/Ierland* legde het Hof, naast de biologische band, voornamelijk de nadruk op de beschermenswaardige partnerrelatie waarbinnen het kind geboren werd. Zo hadden de ouders samengewoond, hadden ze huwelijksplannen gemaakt en hadden ze gezamenlijk de beslissing genomen om een kind te verwekken.<sup>370</sup> Met dit oordeel beschermde het EHRM de potentiële familierelatie die zich kon ontwikkelen tussen de biologische vader en zijn kind.<sup>371</sup> Het EHRM beschermt dus niet alleen reeds bestaande familierelaties. Om een potentiële relatie als familielevens te kwalificeren moet de vader verhinderd worden om daadwerkelijk de relatie met het kind te beleven buiten zijn wil om. De daadwerkelijke beleving van de familieband wordt alsdan vervangen door de wil van de vader om een band met zijn kind (opnieuw) te vestigen.<sup>372</sup> In het

---

<sup>367</sup> EHRM 21 juni 1988, *Berrehab/Nederland*, § 21.

<sup>368</sup> Zie onder andere: EHRM 23 september 1994, *Hokkanen/Finland*, nr. 19823/92, § 54; EHRM 23 juni 2016, nr. 53337/13, *Strumia/Italië*, § 4 *juncto* § 112.

<sup>369</sup> EHRM 18 december 1986, *Johnston/Ierland*, § 72-75, zie § 75 voor de biologische band '*natural family ties*'.

<sup>370</sup> EHRM 26 mei 1994, *Keegan/Ierland*, § 45.

<sup>371</sup> ECRM rapport d. d. 17 februari 1993, nr. 16969/90, *Keegan/Ierland*, nr. 48 (hierna: '*commissieverslag Keegan*').

<sup>372</sup> Zie ook: EHRM 29 juni 1999, nr. 27110/95, *Nylund/Finland* (final decision as to the admissibility): Aanvankelijk was er een bescherming van de potentiële familieband als privélevens; EHRM 26 mei 2004, nr. 74969/01, *Gorgülü/Duitsland*, § 35: Vervolgens werd de potentiële familieband beschermd als familielevens.; zie onder andere: F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF,

arrest *Kroon/Nederland* benadrukte het Hof eveneens de beschermenswaardige partnerrelatie waarbinnen het kind geboren was, om diens relatie met zijn vader als familieleven te kwalificeren. De partnerrelatie was voldoende bestendig gelet op de duur ervan en de geboorte van nog drie kinderen binnen deze relatie. Het Hof verwees dus niet naar de biologische band tussen de betrokkenen en overwoog tevens dat de feitelijke omvang van de bijdrage door de vader in de opvoeding van zijn kind irrelevant was.<sup>373</sup> Daarentegen overwoog het EHRM in het arrest *Yousef/Nederland* wel uitdrukkelijk dat een biologische band tussen de vader en zijn kind bestond. Evenwel moesten bijkomend nog andere elementen duiden op een daadwerkelijk familieleven tussen hen, zoals een eerdere samenwoning van de vader met zijn kind en met de moeder alsook het feit dat de vader na het overlijden van de moeder contact bleef onderhouden met zijn kind.<sup>374</sup>

In het daaropvolgende arrest *Lebbink/Nederland* verduidelijkte het EHRM met zoveel woorden dat de aanwezigheid van een biologische band niet voldoende is om de relatie tussen een vader en zijn kind de bescherming van familieleven in de zin van art. 8 EVRM te laten genieten. Het Hof overwoog uitdrukkelijk dat "*The Court does not agree with the applicant that a mere biological kinship, without any further legal or factual elements indicating the existence of a close personal relationship, should be regarded as sufficient to attract the protection of Article 8.*"<sup>375</sup> Bijgevolg werden nog feitelijke handelingen aangehaald waaruit de interesse van de vader voor zijn kind bleek. Zo was hij aanwezig geweest bij de geboorte, had hij een aantal keren als oppas opgetreden en had hij luiers ververst (cf. nr. 108).<sup>376</sup> Door het engagement van de vader jegens zijn kind aan te tonen kon de potentiële relatie die zich tussen hen zou kunnen ontwikkelen als

---

2015, 578; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr. 27; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 652, 479.

<sup>373</sup> EHRM 27 oktober 1994, *Kroon/Nederland*, § 30.

<sup>374</sup> EHRM 5 november 2002, *Yousef/Nederland*, § 51.

<sup>375</sup> EHRM 1 juni 2004, *L./Nederland*, nr. 45582/99, § 37 (hierna: 'EHRM 1 juni 2004, *Lebbink/Nederland*').

<sup>376</sup> EHRM 1 juni 2004, *Lebbink/Nederland*, § 38-40.

familieleven worden gekwalificeerd.<sup>377</sup> Deze redenering geldt eveneens wanneer het kind geboren wordt na kunstmatige inseminatie van een draagmoeder. In de arresten *Menesson/Frankrijk* en *Labassee/Frankrijk* aanvaardde het Hof het bestaan van familieleven tussen de man die samen met zijn echtgenote beroep had gedaan op de draagmoeder en het kind geboren uit die draagmoeder. De man was als zaaddonor opgetreden, zodat een biologische band met het kind bestond. Bovendien woonde hij samen met het kind en gedroeg hij zich als diens ouder.<sup>378</sup>

97. Een andere situatie deed zich voor wanneer het Hof werd geconfronteerd met de relatie tussen een man en een kind met wie hij een biologische band had maar van wie hij niet de juridische noch de biologische vader was.

In het commissieverslag bij de zaak *Boyle/Verenigd Koninkrijk* herhaalde de Commissie de *Marckx*-rechtspraak dat minstens de banden tussen nauwe bloedverwanten onder de bescherming van familieleven vallen aangezien deze bloedverwanten een belangrijke rol kunnen spelen in dat familieleven.<sup>379</sup> Bovendien werd verwezen naar de belangrijke rol die de oom speelde in de opvoeding van zijn neefje. Zo onderhield de oom geregelde contacten met het kind dat bovendien vaak tijdens het weekend bleef logeren. Tevens werd de oom door bevoegde instanties omschreven als een goede vaderfiguur voor het kind, mede gelet op het feit dat de eigenlijke vader afwezig was (cf. *infra* nr. 108). Het geheel van deze feitelijke elementen bewees een daadwerkelijke beleving van hun band.<sup>380</sup> Uit deze

---

<sup>377</sup> C. J. FORDER, "Commentaar op art. 8 EVRM, par. 1" in *SDU Commentaar EVRM, Deel 1- materiële bepalingen*, Den Haag, SDU Uitgevers 2013, (534) 542-543; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 575-576, 578; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr. 27; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 652, 479-480.

<sup>378</sup> EHRM 26 juni 2014, *Menesson/Frankrijk*, § 8 en § 45; EHRM 26 juni 2014, *Labassee/Frankrijk*, § 7 en § 37.

<sup>379</sup> ECRM rapport dd. 9 februari 1993, *Boyle/Verenigd Koninkrijk*, nr. 43 (hierna: 'commissieverslag Boyle'); J.-P. MARGUÉNAUD, "Conv. EDH, art. 8: vie privée", *Rép.dr.eur.* (bijgewerkt tot juni 2016), nr. 33; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr. 22.

<sup>380</sup> ECRM rapport d. d. 9 februari 1993, *Boyle/Verenigd Koninkrijk*, nrs. 44 en 47; Er wordt niet verwezen naar het eigenlijke arrest omdat het EHRM daarin uitsluitend akte

redenering blijkt dat de biologische band tussen de oom en zijn neefje geen voldoende voorwaarde vormt voor de kwalificatie van hun relatie als familieleden. Ook in de verhouding tussen een grootvader en zijn kleinkind vormde de biologische band geen voldoende voorwaarde. In de arresten *Bronda/Italië*, *Kruskic/Kroatië*, *Nistor/Roemenië* en *Manuello en Nevi/Italië* werd zelfs niet meer uitdrukkelijk verwezen naar deze band, maar werd de samenwoning van de betrokkenen of de geregelde contacten tussen hen aangehaald om hun relatie als familieleden aan te merken (cf. nr. 93).<sup>381</sup>

98. Tot slot moest het Hof oordelen of de relatie tussen een man en een kind met wie hij noch een biologische noch een juridische afstammingsband had, maar dat hij wel feitelijk opvoedde, familieleden uitmaakte in de zin van art. 8 EVRM.

Deze vraag rees voor het eerst binnen transseksuele koppels. Zo besloot het EHRM in het arrest *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*, dat familieleden bestond tussen een vrouw-naar-man transseksueel en het kind dat bij zijn partner werd verwekt met zijn toestemming. Het Hof baseerde zich daarvoor op het feit dat de vrouw-naar-man transseksueel de moeder had bijgestaan tijdens de bevruchtingsbehandeling en de zwangerschap, en dat hij zich als de "vader" van het kind had gedragen met wie hij samenwoonde.<sup>382</sup> Zo voedde de vrouw-naar-man transseksueel het kind samen met de moeder op en ondersteunde hij het financieel en emotioneel. Bovendien had hij zich laten opereren tot man en droeg hij een mannelijke naam.<sup>383</sup>

Het Hof oordeelde in dezelfde zin voor een man die als nieuwe echtgenoot van de moeder *de facto* mee haar kind uit een andere relatie opvoedde. In de arresten *Söderbäck/Zweden* en *Chepelev/Rusland*

---

neemt van het akkoord dat tussen de verzoeker en de staat werd bereikt – EHRM 28 februari 1994, *Boyle/Verenigd Koninkrijk*, serie A n° 282-B, § 18.

<sup>381</sup> EHRM 9 juni 1998, *Bronda/Italië*, § 51; EHRM 2 november 2010, nr. 14565/05, *Nistor/Roemenië*, § 71 en § 89-93; EHRM 25 november 2014, *Kruskic/Kroatië*, § 108-109; EHRM 30 januari 2015, nr. 107/10, *Manuello en Nevi/Italië*, § 50-53.

<sup>382</sup> EHRM 22 april 1997, *X., Y. en Z./ Verenigd Koninkrijk*, § 37: "...X was involved throughout that process and has acted as Z's "father" in every respect since the birth (see paragraphs 14-16 above). ..."; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr. 29.

<sup>383</sup> Commissieverslag *X., Y. en Z.*, nrs. 54 en 56.



aanvaardde het EHRM het bestaan van beschermenswaardig familielevens tussen de man en het kind omdat beiden hadden samengewoond en het kind de man omwille van diens opvoedende rol als zijn vader aanzag.<sup>384</sup> Deze arresten tonen aan dat de daadwerkelijke beleving van nieuwe familiebanden van het kind met de zorgouder kunnen primeren op de verzwakte familiebanden van het kind met de biologische vader.<sup>385</sup> Het EHRM oordeelde immers dat het recht op familielevens van de biologische vader niet geschonden was doordat de nieuwe echtgenoot van de moeder een rechterlijke toelating tot adoptie van het kind had verkregen.<sup>386</sup> Omgekeerd heeft het EHRM ook reeds geoordeeld dat wanneer de biologische vader wordt verhinderd om zijn band met het kind daadwerkelijk te beleven, deze biologische band voorgaat op de band die ontstaan is tussen het kind en de man die het opvoedt en verzorgt alsof het zijn kind is.<sup>387</sup> Bovendien wordt niet alleen reeds bestaand familielevens beschermd. Zo wordt ook de relatie van een man met het kind dat hij geadopteerd heeft en welke relatie hij tegen zijn wil niet daadwerkelijk kan beleven wegens een gebrekkige uitvoering van de adoptiebeslissing, beschermd als potentieel familielevens (cf. nr. 94).<sup>388</sup>

Ook tussen pleegzorgers en hun pleegkind aanvaardde het EHRM in het arrest *Moretti en Benedetti/Italië* het bestaan van familielevens, voor zover hun banden daadwerkelijk worden beleefd.<sup>389</sup> *In casu* was een daadwerkelijke beleving aanwezig aangezien de betrokkenen hadden

---

<sup>384</sup> EHRM 28 oktober 1998, Söderbäck/Zweden, § 33; EHRM 26 juli 2007, Chepelev/Rusland, § 29.

<sup>385</sup> EHRM 28 oktober 1998, Söderbäck/Zweden, § 32 en § 34; EHRM 26 juli 2007, Chepelev/Rusland, § 28 en § 31; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 579; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr. 29; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 650, 476.

<sup>386</sup> EHRM 28 oktober 1998, Söderbäck/Zweden, § 34-35; EHRM 26 juli 2007, Chepelev/Rusland, § 31-32 (*in casu* was de biologische vader ook de juridische vader).

<sup>387</sup> EHRM 26 februari 2004, nr. 74969/01, Görgülü/Duitsland, § 44-47 (pleeggezin); EHRM 14 januari 2016, nr. 30955/12, Mandet/Frankrijk, § 44-60 (echtgenoot van de moeder); F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 579.

<sup>388</sup> EHRM 22 juni 2004, Pini e.a./Roemenië, § 143.

<sup>389</sup> EHRM 27 april 2010, *Moretti en Benedetti/Italië*, § 50; zie ook: EHRM 17 januari 2012, *Kopf en Liberda/Oostenrijk*, nr.1598/06, § 36-37 (hierna: 'EHRM 17 januari 2012, *Kopf en Liberda/Oostenrijk*').

samengewoond en de pleegzorgers de sociale ontwikkeling van het kind hadden bevorderd (cf. nrs. 94 en 109). Onder verwijzing naar deze rechtspraak werd vervolgens in het arrest *Nazarenko/Rusland* de relatie tussen een man en het kind dat tijdens zijn huwelijk met de moeder werd geboren, maar van wie hij niet de biologische vader was zodat zijn juridisch vaderschap met succes werd betwist, als familieleven gekwalificeerd. Het EHRM baseerde zich daarvoor op het feit dat de man en het kind gedurende vele jaren overtuigd waren biologisch verwant te zijn. Bovendien had de man het kind opgevoed en verzorgd gedurende die tijd zodat een nauwe emotionele band tussen beiden was ontstaan.<sup>390</sup> Dat de daadwerkelijke beleving van een feitelijke band doorslaggevend is, werd aanvankelijk bevestigd in het arrest *Paradiso en Campanelli/Italië*. In dit arrest werd de relatie van een man, die samen met zijn echtgenote beroep had gedaan op een draagmoeder, en het kind geboren uit die draagmoeder als familieleven aangemerkt.<sup>391</sup> Daartoe was bij gebrek aan een juridische en biologische band de samenwoning van de man met het kind en het feit dat hij zich als ouder had gedragen, doorslaggevend (cf. nrs. 94 en 109). Deze zaak werd evenwel naar de Grote Kamer verwezen die oordeelde dat geen familieleven voorhanden was tussen de man en het kind, niettegenstaande het kind binnen een ouderschapsproject was geboren en de man zich als zijn ouder had gedragen. Hun relatie kon niet als familieleven worden gekwalificeerd omdat beiden slechts voor een korte periode hadden samengewoond en niet door een biologische band waren verbonden. Het feit dat de man foutief in de overtuiging was geweest dat hij wel de biologische vader van het kind was, kon daaraan niets veranderen. Bovendien was het kind op een onwettige wijze naar Italië gebracht door de verzoekers.<sup>392</sup>

---

<sup>390</sup> EHRM 16 juli 2015, *Nazarenko/Rusland*, nr. 39438/13, § 57-58 (hierna: 'EHRM 16 juli 2015, *Nazarenko/Rusland*'): "... Given that the applicant and A. had believed themselves to be father and daughter for many years until it was eventually revealed that the applicant was not A.'s biological father, and taking into account the close personal ties between them, the Court finds that their relationship amounts to family life within the meaning of Article 8 § 1."

<sup>391</sup> EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli/Italië*, nr. 25358/12, § 69; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr. 24.

<sup>392</sup> EHRM Gr. Ch. 24 januari 2017, *Paradiso en Campanelli/Italië*, nr. 25358/12, § 148-158.

## **§ 2. Analyse: een biologische band is noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor familielevens tussen (zorg)ouder en kind**

99. Uit de voorgaande rechtspraakanalyse vloeit voort dat voor zover een biologische band aanwezig is in de relatie tussen een (zorg)ouder en een kind, deze niet aan bepaalde vereisten moet voldoen om mee in rekening te worden gebracht bij de beoordeling van deze relatie. Tevens toont de rechtspraak van het Hof aan dat een biologische band noch een noodzakelijke,<sup>393</sup> noch een voldoende voorwaarde is om de verticale relatie als familieleven in de zin van art. 8 EVRM te kwalificeren.

Zo aanvaardde het EHRM reeds familielevens tussen een kind en zijn transseksuele ouder (cf. *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*), tussen een kind en de nieuwe echtgenoot of nieuwe partner van zijn moeder (cf. *Söderbäck/Zweden, X. e.a./Oostenrijk*), tussen een kind en de nieuwe echtgenote van zijn vader (cf. *Kuijper/Nederland*), tussen een kind en zijn pleegzorgers (cf. *Moretti en Benedetti/Italië*), tussen een kind en de vrouwelijke geregistreerde partner van de moeder die toestemde in zijn verwekking (cf. *Gas en Dubois/Frankrijk*), tussen een kind en zijn vermeende vader (cf. *Nazarenko/Rusland*), tussen een kind en de vrouw en man die voor zijn geboorte beroep op een draagmoeder hadden gedaan en daarbij gebruik hadden gemaakt van een eiceldonor (cf. *Menesson/Frankrijk* en *Labassee/Frankrijk*). Bovendien is het niet noodzakelijk dat het familieleven reeds bestaat, ook potentiële familierelaties die zich nog kunnen ontwikkelen tussen een (zorg)ouder en kind worden door het EHRM als familielevens beschermd (cf. *Todorova/Italië, Lebbink/Nederland, Keegan/Ierland, D. en R./België, Pini e.a./Roemenië*). In bepaalde situaties laat het EHRM de nieuwe familiebanden die tussen het kind en zijn zorgouder ontstaan, zelfs primeren op de verzwakte familiebanden tussen het kind en zijn ouder(s) die daardoor evenwel niet worden beëindigd (cf. *Kuijper/Nederland, Söderbäck/Zweden, Chepelev/Rusland*). Het EHRM oordeelde ook reeds in omgekeerde zin (cf.

---

<sup>393</sup> Zie ook in die zin: N. GALLUS, "Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev.dr.ULB* 2005, (13) 23.

*Görgülü/Duitsland, Mandet/Frankrijk*). Beide familiebanden kunnen ook naast elkaar bestaan (cf. *Gas en Dubois/Frankrijk, X. e.a./Oostenrijk*).

Dat de aanwezigheid van een biologische band geen voldoende voorwaarde vormt om de relatie met het kind als familieleven te kwalificeren, overwoog het Hof met zoveel woorden in het arrest *Lebbink/Nederland* voor de vader van het kind, en blijkt voor de moeder (cf. *Marckx/België*) en overige verwante zorgouders (cf. *Bronda/Italië, Boyle/Ierland*) uit de vermelding van andere feiten die een daadwerkelijke beleving van hun relatie aantonen, zoals het opvoeden van het kind of het onderhouden van geregelde contacten.

## **AFDELING 2. Impact van de beschermingswaardige horizontale partnerrelatie**

### **§ 1. Overzicht van rechtspraak**

100. Wanneer een kind wordt geboren binnen een huwelijk, dan wordt krachtens het arrest *Berrehab/Nederland* vermoed dat het vanaf de geboorte familieleven met zijn ouders heeft. Voornamelijk voor vaders is dit vermoeden van belang (cf. nr. 95).<sup>394</sup>

Wordt een kind daarentegen geboren in het kader van een buitenhuwelijkse partnerrelatie dan geldt ingevolge de arresten *Keegan/Ierland* en *Kroon/Nederland* dat de ouders zelf moeten aantonen dat hun partnerrelatie bestendig is en dus een beschermenswaardig karakter heeft. In dat geval aanvaardt het EHRM dat de kinderen die geboren worden uit die relatie vanaf en door hun geboorte opgenomen worden in de gezinskern zodat familieleven bestaat tussen beide ouders en het kind (cf. nr. 96).<sup>395</sup> De kwalificatie van de partnerrelatie als familieleven is met

---

<sup>394</sup> EHRM 21 juni 1988, *Berrehab/Nederland*, § 21; zie onder andere: D. COESTER-WALTJEN, "The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, (49) 83.

<sup>395</sup> EHRM 26 mei 1994, *Keegan/Ierland*, § 44-45; EHRM 27 oktober 1994, *Kroon/Nederland*, § 30; D. COESTER-WALTJEN, "The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016,

andere woorden een voldoende voorwaarde om de verticale relatie tussen de vader en het kind te beschermen. Deze familieband kan evenwel worden verbroken door latere gebeurtenissen. Om die reden wordt in de arresten *Berrehab/Nederland*, *Keegan/Ierland* en *Kroon/Nederland* verwezen naar de contacten die de vader met zijn kind onderhield na de geboorte, of probeerde te onderhouden, en waaruit zijn toewijding bleek.<sup>396</sup> Deze contacten bewijzen de daadwerkelijke beleving van de familieband tussen de vader en het kind, wat noodzakelijk is om hun verticale relatie als familieleven te beschermen. Bij de toepassing van het vermoeden wordt geen onderscheid gemaakt tussen heteroseksuele en homoseksuele relaties. Zo erkende het EHRM in het arrest *Gas en Dubois/Frankrijk* dat familieleven bestond tussen een kind en de vrouwelijke partner van diens moeder onder meer krachtens de beschermenswaardige partnerrelatie waarbinnen het kind geboren was.<sup>397</sup> *In casu* waren de moeder en haar partner een geregistreerd partnerschap aangegaan, woonden ze reeds ettelijke jaren samen en voedden ze in de gezinswoning gezamenlijk het kind op.<sup>398</sup> Eindigt de beschermenswaardige partnerrelatie tussen de ouder en de zorgouder dan heeft dit niet automatisch de beëindiging van het familieleven tussen het kind en de (zorg)ouder tot gevolg.<sup>399</sup>

---

(49) 82-83; F. SUDRE, "Rapport introductif. La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale" in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, (11) 19; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr. 22; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 54, 33-34; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 649, 474.

<sup>396</sup> EHRM 21 juni 1988, *Berrehab/Nederland*, § 21; commissieverslag *Berrehab*, nr. 72; commissieverslag *Keegan*, nrs. 48-49; EHRM 27 oktober 1994, *Kroon/Nederland*, § 30.

<sup>397</sup> EHRM 15 maart 2012, *Gas en Dubois/Frankrijk*, § 37; zie ook in die zin: EHRM 7 mei 2013, *Boeckel en Gessner-Boeckel/Duitsland*, § 27.

<sup>398</sup> EHRM 15 maart 2012, *Gas en Dubois/Frankrijk*, § 9-13.

<sup>399</sup> Gehuwden: EHRM 21 juni 1988, *Berrehab/Nederland*, § 21; Feitelijke samenwoners: EHRM 26 mei 1994, *Keegan/Ierland*, § 45; C. J. FORDER, "Commentaar op art. 8 EVRM, par. 1" in *SDU Commentaar EVRM, Deel 1- materiële bepalingen*, Den Haag, SDU Uitgevers 2013, (534) 541; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 576; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale - droit au mariage - protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité*

Wordt een kind geboren zonder dat een bestendige partnerrelatie voorhanden is, dan moet het EHRM andere elementen aanhalen die bewijzen dat de band met het kind daadwerkelijk wordt beleefd. Zo overwoog het Hof in het arrest *Yousef/Nederland* dat bij gebrek aan een beschermenswaardige partnerrelatie de sporadische contacten tussen een kind en zijn vader alsook het feit dat ze kort hadden samengewoond, aantoonde dat de tussen hen bestaande relatie familielevens uitmaakte.<sup>400</sup> Ook in het arrest *Lebbink/Nederland* was er geen sprake van een partnerrelatie zodat het Hof verwees naar de biologische band tussen de vader en het kind en de beperkte opvoedingstaken die de vader had waargenomen, teneinde hun relatie als familielevens te beschermen (cf. nr. 108).<sup>401</sup>

Uit deze arresten vloeit voort dat de kwalificatie van de partnerrelatie als familielevens niet noodzakelijk is om de verticale relatie tussen een (zorg)ouder en zijn kind als familielevens te kwalificeren.

101. Kinderen die daarentegen niet worden geboren binnen een beschermenswaardige partnerrelatie van hun ouder, maar wel in dit kader worden opgevoed kunnen eveneens een band van familielevens onderhouden met de nieuwe partner of echtgenoot van hun ouder die als zorgouder optreedt.

Bij de beoordeling van deze verticale relatie tussen het kind en de zorgouder verwijst het EHRM in de arresten *Söderbäck/Zweden* en *Chepelev/Rusland* onder meer naar de beschermenswaardige partnerrelatie van de moeder en haar nieuwe echtgenoot ingevolge hun huwelijk.<sup>402</sup> Deze verwijzing is op zich evenwel niet voldoende om de relatie tussen het kind en de nieuwe echtgenoot als familielevens te beschermen. Zo wordt ook verwezen naar de opvoedende rol van de nieuwe echtgenoot en het feit dat de betrokkenen samenwoonden (cf. nrs. 98 en 105). Ook in het arrest *Kuijper/Nederland* is de huwelijkse relatie van de vader en zijn nieuwe

---

(bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr. 26; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nrs. 53-54, 32-34.

<sup>400</sup> EHRM 5 november 2002, *Yousef/Nederland*, § 51.

<sup>401</sup> EHRM 1 juni 2004, *Lebbink/Nederland*, § 38-40.

<sup>402</sup> EHRM 28 oktober 1998, *Söderbäck/Zweden*, § 9 *juncto* § 33; EHRM 26 juli 2007, *Chepelev/Rusland*, § 11 *juncto* § 29.

echtgenote niet voldoende om de relatie tussen zijn kind en deze nieuwe echtgenote die als zorgouder optreedt te beschermen als familielevens.<sup>403</sup> Daarbij is het onverschillig of de beschermenswaardige partnerrelatie van de ouder een homoseksuele of heteroseksuele relatie is.<sup>404</sup>

**§ 2. Analyse: impact van de beschermenswaardige horizontale partnerrelatie is geen noodzakelijke, maar wel een voldoende voorwaarde voor familielevens tussen (zorg)ouder en het kind geboren binnen de relatie**

102. Opdat een horizontale partnerrelatie een determinerende factor zou zijn bij de beoordeling van de relatie tussen (zorg)ouder en kind is vereist dat deze horizontale relatie beschermenswaardig is in de zin van art. 8 EVRM. Het maakt hierbij niet uit of het gaat om partners van gelijk dan wel verschillend geslacht (cf. *Gas en Dubois/Frankrijk, X. e.a./Oostenrijk*).

Het bestaan van een beschermenswaardige horizontale partnerrelatie tussen ouder en zorgouder is geen noodzakelijke voorwaarde om te kunnen besluiten tot een beschermenswaardige relatie tussen (zorg)ouder en kind (cf. *Yousef/Nederland, Lebbink/Nederland, Boyle/Verenigd Koninkrijk, Marckx/België, Bronda/Italië, Kuijper/Nederland*). In voorkomend geval worden andere elementen zoals de biologische band, de (beperkte) opvoedende rol van de (zorg)ouder of een samenwoning met het kind in aanmerking genomen.

Het bestaan van een beschermenswaardige partnerrelatie is daarentegen wel een voldoende voorwaarde om te besluiten tot familielevens tussen (zorg)ouders en hun kind in de zin van art. 8 EVRM. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt immers dat een dergelijke partnerrelatie een vermoeden van familielevens schept tussen het kind geboren binnen die relatie en de partners. Voornamelijk, maar niet uitsluitend, voor vaders is dit vermoeden van belang (cf. *Berrehab/Nederland, Keegan/Ierland, Kroon/Nederland, Gas en Dubois/Frankrijk*). Het betreft evenwel een vermoeden dat weerlegbaar is wanneer wordt bewezen dat een daadwerkelijke beleving van de familieband ontbreekt. Dit bewijs wordt niet

---

<sup>403</sup> EHRM 3 maart 2005, *Kuijper/Nederland*.

<sup>404</sup> EHRM 19 februari 2013, *X. e.a./Oostenrijk*, § 10 *juncto* § 96.

automatisch geleverd wanneer de partnerrelatie ophoudt te bestaan doordat de partners uit de echt scheiden of uit elkaar gaan (cf. *Berrehab/Nederland, Keegan/Ierland*). Daarnaast toont de rechtspraakanalyse ook aan dat het bestaan van een beschermenswaardige partnerrelatie tussen de zorgouder en ouder één van de elementen vormt om de relatie tussen de zorgouder en het kind, dat niet geboren is binnen de beschermenswaardige partnerrelatie maar louter binnen dit kader wordt opgevoed, als familielevens te kwalificeren (cf. *Söderbäck/Zweden, Kuijper/Nederland, X. e.a./Oostenrijk*). In een dergelijke opvoedingssituatie vormt de beschermenswaardige partnerrelatie tussen de zorgouder en ouder van het kind met andere woorden geen voldoende voorwaarde om de relatie tussen het kind en de zorgouder als familielevens te beschermen.

### **AFDELING 3. Samenwoning**

#### **§ 1. Overzicht van rechtspraak**

103. Aanvankelijk moest het Hof zich buigen over het belang van de samenwoning van ouders met hun kind bij de beoordeling van hun verticale relatie als familielevens. In het arrest *Berrehab/Nederland* had de vader nooit samengewoond met het kind, maar zorgde de impact van de partnerrelatie en de toewijding van de vader jegens het kind voor de kwalificatie van hun relatie als familielevens.<sup>405</sup> Ook in de arresten *Keegan/Ierland* en *Kroon/Nederland* hadden de vader en het kind op geen enkel ogenblik samengewoond. Desalniettemin werd hun relatie door het EHRM als familielevens aangemerkt gelet op de impact van de beschermenswaardige horizontale partnerrelatie en de opvoedende rol die de vader waarnam jegens het kind.<sup>406</sup> Deze arresten tonen aan dat samenwoning geen

---

<sup>405</sup> EHRM 21 juni 1988, *Berrehab/Nederland*, § 21.

<sup>406</sup> EHRM 26 mei 1994, *Keegan/Ierland* § 6 *juncto* § 45; EHRM 27 oktober 1994, *Kroon/Nederland*, § 15 *juncto* § 30; zie ook: D. COESTER-WALTJEN, "The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. I – The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, (49) 82-85; F. SUDRE, "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale – droit au mariage – protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), nr. 26.



noodzakelijke voorwaarde is om de relatie tussen een vader en zijn kind als familieleden in de zin van art. 8 EVRM te kwalificeren.

Ook in de verhouding tussen een moeder en haar kind is samenwoning niet noodzakelijk op voorwaarde dat de moeder op een andere wijze haar toewijding toont jegens het kind door bijvoorbeeld geregelde contacten te onderhouden.<sup>407</sup> Dientengevolge heeft de feitelijke scheiding van een kind en zijn ouder(s) door een vrijwillige beslissing of opgelegde maatregel niet noodzakelijk de beëindiging van het tussen hen bestaande familieleden tot gevolg.<sup>408</sup> Zo stelde het Hof in het arrest *Olsson/Zweden* dat de plaatsing van een kind in een pleeggezin krachtens een jeugdbeschermingsmaatregel de natuurlijke familieband met zijn ouders en broers en zussen niet beëindigt.<sup>409</sup> Ook een vader die slechts sporadisch contact heeft met zijn kind door toedoen van de moeder of om persoonlijke redenen, verliest niet zijn familieleden met het kind.<sup>410</sup> Evenmin is dit het geval wanneer de ouder en het kind worden gescheiden tengevolge van een gevangenisstraf of de voltrekking van een uitzettingsbevel.<sup>411</sup> Slechts door buitengewone omstandigheden kan het familieleden ophouden te bestaan.<sup>412</sup> Een dergelijke buitengewone omstandigheid betreft het jarenlange seksueel

---

<sup>407</sup> EHRM 8 januari 2013, AK. en L./Kroatië, nr. 37956/11, § 52 (hierna: 'EHRM 8 januari 2013, AK. en L./Kroatië'); F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 576.

<sup>408</sup> EHRM 21 juni 1988, Berrehab/Nederland, § 21 (de onderlijning is een toevoeging van de auteur): "... hence, from the moment of the child's birth and by the very fact of it, there exists between him and his parents a bond amounting to "family life", even if the parents are not then living together." ; zie daarover onder andere: C. J. FORDER, "Commentaar op art. 8 EVRM, par. 1" in *SDU Commentaar EVRM, Deel 1- materiële bepalingen*, Den Haag, SDU Uitgevers 2013, (534) 548-549; R. A. LAWSON en H. G. SCHERMERS, *Leading cases of the European Court of Human Rights*, Maklu, Antwerpen, 1997, (commentaar bij arrest Marckx/België), nr. 8, 80; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnelen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 53, 32-33; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 649, 474.

<sup>409</sup> EHRM 24 maart 1988, *Olsson/Zweden*, serie A – 130, § 59; zie ook: EHRM 16 februari 2016, nr. 72850/14, Soares De Melo/Portugal.

<sup>410</sup> EHRM 19 februari 1996, nr. 23218/94, Gül/Zwitserland, § 33-43; Commissieverslag Söderbäck/Zweden, nr. 36.

<sup>411</sup> EHRM 7 augustus 1996, nr. 21794/93, C./België, § 25.

<sup>412</sup> C. J. FORDER, "Commentaar op art. 8 EVRM, par. 1" in *SDU Commentaar EVRM, Deel 1- materiële bepalingen*, Den Haag, SDU Uitgevers 2013, (534) 548-549; N. GALLUS, "Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev.dr.ULB* 2005, (13) 22; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnelen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 56, 35.

misbruik door een vader van zijn dochter, waarvoor hij strafrechtelijk werd veroordeeld en het land werd uitgezet.<sup>413</sup>

104. Vervolgens diende het EHRM zich uit te spreken over het belang van de samenwoning om de relatie te beoordelen tussen een kind en een verder familielid door wie het werd opgevoed, en met wie het kind dus een biologische band had.

In het arrest *Marckx/België* aanvaardde het EHRM familielevens tussen een kleinkind en zijn grootmoeder wegens de biologische band tussen beiden en de opvoedende rol van de grootmoeder.<sup>414</sup> Daarbij werd geen gewag gemaakt van de samenwoning van de betrokkenen. Slechts in het arrest *Bronda/Italië* vermeldde het Hof dat het kleinkind gedurende een beperkte periode had samengewoond met de grootouders teneinde hun relatie als familielevens te kwalificeren (cf. nr. 93).<sup>415</sup> Uit de feiten van het arrest kan worden afgeleid dat het een samenwoning van vijf jaar betrof, zijnde vanaf de geboorte in 1984 tot de plaatsing van het kleinkind in een kindertehuis in 1989.<sup>416</sup> Dat de samenwoning van de betrokkenen evenwel geen noodzakelijke voorwaarde vormt, werd met zoveel woorden geformuleerd in het arrest *Kruskic/Kroatië*. In dat arrest stelde het Hof dat *"While cohabitation is not a prerequisite, as close relationships created by frequent contact also suffice, relations between a child and its grandparents with whom it had lived for a time will normally be considered to fall within that category."*<sup>417</sup>

Eenzelfde formulering kan worden teruggevonden bij de beoordeling van de relatie tussen een oom en zijn neef. In het commissieverslag bij de zaak *Boyle/Verenigd Koninkrijk* stelde de Commissie dat *"cohabitation is however not a prerequisite for the maintenance of family ties which are to*

---

<sup>413</sup> EHRM 10 april 2006, nr. 14474/03, Cömert/Denemarken (decision as to the admissibility).

<sup>414</sup> EHRM 13 juni 1979, *Marckx/België*, § 45.

<sup>415</sup> EHRM 9 juni 1998, *Bronda/Italië*, § 51: *"That principle applies, too, in cases like the present one in which the Court is concerned with the relations between a child and its grandparents, with whom it had lived for a time...."*

<sup>416</sup> Commissieverslag *Bronda/Italië*, nr. 16 *juncto* nr. 28.

<sup>417</sup> EHRM 25 november 2014, *Kruskic/Kroatië*, § 108; zie ook: EHRM 2 november 2010, nr. 14565/05, *Nistor/Roemenië*, § 71 en § 89-93 (wel samengewoond § 9); EHRM 30 januari 2015, nr. 107/10, *Manuello en Nevi/Italië*, § 50-53 (niet samengewoond § 8).

*fall within the scope of the concept of "family life". Cohabitation is a factor amongst many others, albeit often an important one, to be taken into account when considering the existence or otherwise of family ties".*<sup>418</sup>

105. Tot slot moest het Hof oordelen over de relatie tussen een (zorg)ouder en een kind waarbij geen biologische en evenmin een juridische band tussen beiden bestond. Zo aanvaardde het EHRM in het arrest *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk* het bestaan van familielevens tussen een vrouw-naar-man transeksueel en een kind. Daartoe was onder meer de samenwoning van de betrokkenen samen met de opvoedende rol van de zorgouder doorslaggevend (cf. nrs. 98 en 109).<sup>419</sup> Het Hof vermeldde niet uitdrukkelijk de duur van de samenwoning, maar uit de feiten van het arrest kan worden afgeleid dat het kind sinds zijn geboorte bij de moeder en haar transseksuele partner woonde. Het betrof met andere woorden een samenwoning van vijf jaar.<sup>420</sup> Bij de beoordeling van de relatie tussen de nieuwe echtgenoot van de moeder en haar kind verwees het EHRM in de arresten *Söderbäck/Zweden* en *Chepelev/Rusland* uitdrukkelijk naar de samenwoning van beiden en de duurtijd ervan om hun relatie als familielevens aan te merken. Op het ogenblik dat de nieuwe echtgenoot de toelating tot adoptie verkreeg woonde hij respectievelijk zes en half jaar en drie jaar samen met het kind.<sup>421</sup> Evenwel was de samenwoning op zich geen voldoende voorwaarde om de band met het kind als familielevens te beschouwen, aangezien het Hof ook de opvoedende rol van de partner aanhaalde (cf. nr. 109).<sup>422</sup> De adoptie formaliseerde vervolgens de feitelijke familiebanden die

---

<sup>418</sup> ECRM rapport d. d. 9 februari 1993, Boyle/Verenigd Koninkrijk, nr. 43.

<sup>419</sup> EHRM 22 april 1997, X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk, § 36-37; zie ook: Commissieverslag X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk, nr. 54.

<sup>420</sup> EHRM 22 april 1997, X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk, § 12.

<sup>421</sup> EHRM 28 oktober 1998, Söderbäck/Zweden, § 33: "... *the child had been living... with her adoptive father since she was eight months old. ... Thus when the adoption was granted by the District Court in December 1989, de facto family ties had existed... between him and M. for six and a half years. The adoption consolidated and formalised those ties.*"; EHRM 26 juli 2007, Chepelev/Rusland, § 29: "...*They had been living together for almost three years by the time the adoption was granted (from the time A. was two years and five months till she became five years and two months old), and A. had regarded him as her father. Thus, when the adoption was granted by the District Court, "de facto" family ties had existed between A. and S.A. for a considerable time. ...*"

<sup>422</sup> EHRM 28 oktober 1998, Söderbäck/Zweden, § 33: "... *Moreover, the child had been living with her mother since her birth and with her adoptive father since she was eight months old (see paragraph 9 above). He had taken part in the care of M., who*

tussen de nieuwe echtgenoot en het kind bestonden.<sup>423</sup> Het EHRM oordeelde in het arrest *Kuijper/Nederland* in dezelfde zin met betrekking tot de toelating tot adoptie verkregen door de nieuwe echtgenote van de vader van het kind. *In casu* verwees het Hof naar de samenwoning van de betrokkenen en de opvoedende rol van de nieuwe echtgenote jegens het kind.<sup>424</sup> Ook bij de beoordeling van de relatie tussen een kind en de lesbische partner van zijn moeder haalde het EHRM in de arresten *Gas en Dubois/Frankrijk* en *X. e.a./Oostenrijk* de samenwoning van de betrokkenen aan en de feitelijk opvoedende rol van de lesbische partner teneinde hun relatie als familielevens te beschouwen (cf. nr. 109).<sup>425</sup>

Inzake de verhouding tussen pleegzorgers en het kind dat ze hebben opgevangen nam het EHRM in het arrest *Moretti en Benedetti/Italië* de vroegere samenwoning in acht om hun relatie als familielevens aan te merken, alsook de feitelijke opvoedende rol van de pleegzorgers (cf. nr. 109).<sup>426</sup> Met betrekking tot de samenwoning benadrukte het Hof dat de betrokkenen tijdens de eerste belangrijke levensfasen van het kind hadden samengewoond en dit gedurende negentien maanden.<sup>427</sup> Ook bij de beoordeling van de relatie tussen echtgenoten en het kind geboren uit een draagmoeder op wie ze een beroep hadden gedaan, vormde in de arresten *Menesson/Frankrijk* en *Labassee/Frankrijk* onder meer de samenwoning van de betrokkenen en het feit dat de man een biologische band met het kind had, een van de doorslaggevende elementen om hun relatie als

---

*regarded him as her father (see paragraph 14 above). ...* ; EHRM 26 juli 2007, Chepelev/Rusland, § 29.

<sup>423</sup> EHRM 28 oktober 1998, Söderbäck/Zweden, § 33: " *...The adoption consolidated and formalised those ties (see paragraph 14 above).* "; EHRM 26 juli 2007, Chepelev/Rusland, § 29.

<sup>424</sup> EHRM 3 maart 2005, *Kuijper/Nederland*: " *On 28 December 1988 Mr Z. married his new partner, Mrs Janssen, who was born in 1966, with whom he and X had cohabited since September 1985. Two children were born out of their marriage.* "

<sup>425</sup> EHRM 15 maart 2012, *Gas en Dubois/Frankrijk*, § 37 *juncto* § 9-13; EHRM 19 februari 2013, *X. e.a./Oostenrijk*, § 96; zie ook: EHRM 7 mei 2013, *Boeckel en Gessner-Boeckel/Duitsland*, § 27.

<sup>426</sup> EHRM 27 april 2010, *Moretti en Benedetti/Italië*, § 48-51.

<sup>427</sup> EHRM 27 april 2010, *Moretti en Benedetti/Italië*, § 49: " *La Cour note que dans le cas d'espèce les requérants ont accueilli A., âgée d'un mois, dans leur famille. Pendant dix - neuf mois, les requérants ont vécu avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie.* "

familieleven te kwalificeren.<sup>428</sup> Eenzelfde besluit werd gemaakt in het arrest *Nazarenko/Rusland* om de relatie tussen een man, die ten onrechte meende de biologische vader van het kind van zijn echtgenote te zijn, en het kind zelf als familielevens te beschouwen.<sup>429</sup> Op dezelfde gronden aanvaardde het EHRM aanvankelijk in het arrest *Paradiso en Campanelli/Italië* het bestaan van familielevens tussen echtgenoten en een kind dat op hun vraag geboren werd uit een draagmoeder en met wie ze geen biologische band hadden. Er werd immers gebruik gemaakt van een vreemde eicel- en zaaddonor. Het Hof benadrukte dat de samenwoning tijdens de eerste belangrijke levensfasen van het kind had plaatsgevonden.<sup>430</sup> *In casu* hadden de man en vrouw gedurende zes maanden samengewoond met het kind en dit vanaf het ogenblik dat het drie maanden oud was. Bovendien had de vrouw voorafgaand aan deze periode nog enkele weken doorgebracht met het kind. Deze korte duurtijd weerhield het Hof er niet van om de relatie als familielevens aan te merken. Het EHRM stelde uitdrukkelijk dat *"Although that period was in itself relatively short, the Court considers that the applicants had acted as parents towards the child and concludes that there existed a de facto family life between the applicants and the child."*<sup>431</sup> De Grote Kamer hervormde evenwel dit arrest en was van oordeel dat de samenwoning van een te korte duur was om de relatie van de echtgenoten met het kind als familielevens te beschermen. Bovendien had geen van beiden een biologische band met het kind en was een onwettige situatie tot stand gebracht door het kind naar Italië te brengen.<sup>432</sup>

---

<sup>428</sup> EHRM 26 juni 2014, *Menesson/Frankrijk*, § 45 (eiceldonor): *"Or il est certain en l'espèce que les premiers requérants s'occupent comme des parents des troisième et quatrième requérantes depuis leur naissance, et que tous les quatre vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la « vie familiale » dans son acception habituelle. Cela suffit pour établir que l'article 8 trouve à s'appliquer dans son volet « vie familiale ».*; EHRM 26 juni 2014, *Labassee/Frankrijk*, § 37 (eiceldonor)

<sup>429</sup> EHRM 16 juli 2015, *Nazarenko/Rusland*, § 57-58.

<sup>430</sup> EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 69: *"... Accordingly, the Court must take the de facto family ties into account. In this connection, it notes that the applicants had shared with the child the first important stages of his young life: six months in Italy, from the child's third month of life. ..."*

<sup>431</sup> EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 69.

<sup>432</sup> EHRM Gr. Ch. 24 januari 2017, *Paradiso en Campanelli/Italië*, nr. 25358/12 , § 148-158.

## **§ 2. Analyse: samenwoning is noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor familielevens tussen (zorg)ouder en kind**

106. De samenwoning van de (zorg)ouder en het kind is geen noodzakelijke voorwaarde om hun relatie als familielevens in de zin van art. 8 EVRM te beschermen. Ook zonder samenwoning is de kwalificatie als familielevens mogelijk, voor zover de relatie daadwerkelijk beleefd wordt (cf. *Lebbink/Nederland*, *Keegan/Ierland*, *Kroon/Nederland*, *Boyle/Verenigd Koninkrijk*, *Kruskic/Kroatië*). Bijgevolg heeft een feitelijke scheiding van de (zorg)ouder en het kind niet automatisch tot gevolg dat het tussen hen bestaande familielevens ophoudt te bestaan. Het gaat dan zowel om een vrijwillige beslissing tot feitelijke scheiding ingevolge bijvoorbeeld een (echt)scheiding van de partners (cf. *Berrehab/Nederland*, *Keegan/Ierland*), als om een onvrijwillige feitelijke scheiding ingevolge bijvoorbeeld een jeugdbeschermingsmaatregel (cf. *Olsson/Zweden*, *Soares de Melo/Portugal*), persoonlijke problemen (cf. *Söderbäck/Zweden*) of door toedoen van derden (cf. *Nazarenko/Rusland*, *Gül/Zwitserland*). Slechts door buitengewone omstandigheden kan het familielevens tussen een (zorg)ouder en kind ophouden te bestaan. In dit kader speelt de wil van de (zorg)ouder een rol in zoverre hij door eigen handelen het familielevens met het kind kan verbreken (cf. kindermisbruik - *Cömert/Denemarken*).

De samenwoning van de (zorg)ouder en het kind is evenmin een voldoende voorwaarde om hun relatie als familielevens te kwalificeren. Andere criteria moeten worden vervuld, zoals onder meer de aanwezigheid van een biologische band (cf. *Johnston/Ierland*, *Bronda/Italië*, *Kruskic/Kroatië*) of de feitelijke opvoedende rol van de (zorg)ouder (cf. *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*, *Söderbäck/Zweden*, *Kuijper/Nederland*, *Gas en Dubois/Frankrijk*), of het feit dat een beschermenswaardige partnerrelatie met de ouder voorligt (cf. nr. 100 - *Söderbäck/Zweden*, *Chepelev/Rusland*, *Kuijper/Nederland*, *Gas en Dubois/Frankrijk*).

107. Een samenwoning van de (zorg)ouder en het kind moet aan geen specifieke vereisten beantwoorden om mee in rekening te worden gebracht bij de beoordeling van hun relatie. Zo moet de samenwoning niet ononderbroken zijn (cf. *Olsson/Zweden*, *Gül/Zwitserland*, *C./België*).

Evenmin moet ze aan een bepaalde duurtijd voldoen zoals wordt aangetoond door de rechtspraak van het EHRM. Zo werd aanvankelijk bij de beoordeling van de relatie tussen een kind en een (zorg)ouder, ongeacht of een biologische band tussen beiden bestond, de duurtijd eerder vaag vermeld (cf. *Bronda/Italië, X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*). Nadien verwoordde het Hof steeds nauwkeuriger de duurtijd van de samenwoning (cf. *Söderbäck/Zweden, Chepelev/Rusland, Paradiso en Campanelli/Italië*) zonder evenwel een bepaalde duurtijd voorop te stellen. De samenwoning van het kind en de (zorg)ouder moet niet actueel van aard zijn (cf. *Bronda/Italië, Moretti en Benedetti/Italië, Nazarenko/Rusland*). Het volstaat dat de betrokkenen vroeger hebben samengewoond. Tevens blijkt uit de rechtspraak van het EHRM dat geen formele invulling wordt gegeven aan het begrip samenwonen. Voor het Hof volstaat een feitelijke samenwoning van de betrokkenen zonder dat enige administratieve vereisten moeten worden nageleefd.

#### **AFDELING 4. Opvoedende rol in hoofde van de (zorg)ouder**

##### **§ 1. Overzicht van rechtspraak**

108. Aanvankelijk omschreef het Hof de opvoedende rol van de moeder om haar relatie met het kind als familieleven te kwalificeren eerder vaag. Zo werd in het arrest *Marckx/België* overwogen dat de moeder voortdurend voor haar kind gezorgd had sinds de geboorte.<sup>433</sup> Ook inzake de relatie tussen een kind en zijn biologische vader die een beschermenswaardige partnerrelatie met de moeder had, werd diens opvoedende rol niet vermeld in het arrest zelf<sup>434</sup> of slechts zeer vaag.<sup>435</sup> Zo werd de opvoedende rol van de vader in het arrest *Berrehab/Nederland* toegelicht in het commissieverslag (cf. nr. 95),<sup>436</sup> en verwees het EHRM in het arrest *Keegan/Ierland* in algemene bewoordingen naar het bezoek van de vader aan zijn kind een dag na de bevalling en naar diens aanstelling als voogd over zijn kind. Slechts wanneer de biologische vader geen

<sup>433</sup> EHRM 13 juni 1979, *Marckx/België*, § 31.

<sup>434</sup> Zie onder meer: EHRM 21 juni 1988, *Berrehab/Nederland*.

<sup>435</sup> EHRM 18 december 1986, *Johnston/Ierland*, § 71 en § 75; EHRM 26 mei 1994, *Keegan/Ierland*, § 6-9.

<sup>436</sup> Commissieverslag *Berrehab*, nr. 72.

beschermenswaardige partnerrelatie met de moeder had, gaf het EHRM een opsomming van handelingen weer waaruit bleek dat de man in kwestie zich als de vader van het kind had gedragen. Van belang was dat hij engagement had getoond naar het kind toe.<sup>437</sup> In het arrest *Lebbink/Nederland* bleek dit engagement onder meer uit zijn aanwezigheid bij de geboorte, het feit dat hij gedurende zes maanden als toeziende voogd had opgetreden, dat hij geregeld de moeder en het kind had bezocht, dat hij een paar keer oppas was geweest en de pampers van het kind had ververst en dat hij gecontacteerd werd over de hoorproblemen van zijn dochter.<sup>438</sup>

In de recente arresten *Menesson/Frankrijk* en *Labassee/Frankrijk* gaf het EHRM evenwel geen overzicht meer van de precieze handelingen gesteld door de biologische vader bij de opvoeding van zijn kind om de band tussen de vader en het kind als familielevens te kwalificeren. Telkenmale overwoog het Hof in algemene bewoordingen dat de concrete situatie aantoonde dat de biologische vader die samen met zijn echtgenote beroep had gedaan op een draagmoeder, zich gedragen had als de ouder van het kind met wie hij samenwoonde.<sup>439</sup>

Eenzelfde vaststelling geldt voor de beoordeling van de relatie tussen een kind en diens oom en tante. In de verhouding tussen een tante en haar nichtje was het EHRM in het arrest *Marckx/België* van oordeel dat het om beschermenswaardig familielevens ging, aangezien onder meer uit de hoorzittingen bleek dat daadwerkelijke banden bestonden tussen beiden.<sup>440</sup> De opvoedende rol van de tante als zorgouder werd met andere woorden niet uitdrukkelijk weergegeven. In het arrest *Boyle/Verenigd Koninkrijk* somde het EHRM daarentegen wel zeer nauwkeurig de feitelijke handelingen op die de opvoedende rol van de oom als zorgouder bewezen en die toelieten te besluiten dat familielevens bestond tussen de oom en zijn neefje. Zo woonden ze niet ver van elkaar en verbleef het neefje vaak tijdens

---

<sup>437</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 652, 479.

<sup>438</sup> EHRM 1 juni 2004, *Lebbink/Nederland*, § 38-39.

<sup>439</sup> EHRM 26 juni 2014, *Menesson/Frankrijk*, § 45 (eiceldonor); EHRM 26 juni 2014, *Labassee/Frankrijk*, § 37 (eiceldonor).

<sup>440</sup> EHRM 13 juni 1979, *Marckx/België*, § 46: "...Besides, there is nothing to prove the absence of actual relations between Alexandra and her grandmother before the latter's death; in addition, the information obtained at the hearings suggests that Alexandra apparently has such relations with an aunt."



weekends bij zijn oom. Ook werd benadrukt dat de oom een aanzienlijke tijd met zijn neefje had doorgebracht en dat hij een goede vaderfiguur was. Hij had immers zijn neefje bezocht in het ziekenhuis na de geboorte, hij verzorgde hem vrijwillig om de moeder rust te gunnen, hij maakte daguitstapjes met zijn neefje en leerde hem fietsen.<sup>441</sup> Wat betreft de opvoedende rol van grootouders als element ter beoordeling van de relatie met hun kleinkind toont de rechtspraak inzake art. 8 EVRM aan dat het EHRM daaraan nooit een precieze invulling heeft gegeven. Zo overwoog het Hof in het arrest *Marckx/België* dat grootouders een belangrijke rol kunnen spelen in het familieleven van het kind.<sup>442</sup> Welke rol de grootmoeder *in casu* evenwel precies vervulde werd niet vermeld. Integendeel, het Hof aanvaardde het bestaan van familieleven tussen grootmoeder en kleinkind omdat het niet bestaan van een feitelijke relatie niet bewezen werd.<sup>443</sup> Ook in de daaropvolgende arresten *Bronda/Italië, L./Finland* of *Kruskic/Kroatië* wijdde het Hof niet uit over de specifieke opvoedende handelingen van de grootouders. Het Hof overwoog in meer algemene bewoordingen dat het wederzijds genieten van elkaars gezelschap een fundamenteel element uitmaakte van het recht op familieleven van de betrokkenen.<sup>444</sup>

109. Bij de beoordeling van de relatie tussen een (zorg)ouder en een kind die niet verbonden zijn door een biologische band vormt de opvoedende rol van de zorgouder telkenmale een beoordelingselement, zij het dat het EHRM over de concrete draagwijdte van deze rol eerder vaag blijft. Zo gaf het Hof in het arrest *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk* een vage invulling aan de opvoedende rol van een vrouw-naar-man transseksueel om diens relatie met het kind van zijn partner als familieleven te kwalificeren. Het EHRM overwoog dat de vrouw-naar-man transseksueel zich in elk opzicht had gedragen als de vader van het kind sinds de geboorte en dat hij betrokken

---

<sup>441</sup> Commissieverslag Boyle, nr. 44 *juncto* nrs. 18-20.

<sup>442</sup> EHRM 13 juni 1979, *Marckx/België*, § 45.

<sup>443</sup> EHRM 13 juni 1979, *Marckx/België*, § 46: "... Besides, there is nothing to prove the absence of actual relations between Alexandra and her grandmother before the latter's death..."; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 655, 483.

<sup>444</sup> EHRM 9 juni 1998, *Bronda/Italië*, § 51; EHRM 27 april 2000, nr. 25651/94, *L./Finland*, § 101 (hierna: 'EHRM 27 april 2000, *L./Finland*'); zie ook EHRM 2 november 2010, nr. 14565/05, *Nistor/Roemenië*, § 71 en § 89-93; EHRM 30 januari 2015, nr. 107/10, *Manuello en Nevi/Italië*, § 8 *juncto* § 53.

was geweest gedurende de hele bevruchtingsbehandeling.<sup>445</sup> In het commissieverslag werd een verdere invulling gegeven aan deze opvoedende rol door te overwegen dat hij het kind had verzorgd en emotioneel en financieel had gesteund.<sup>446</sup> Ook in de daaropvolgende arresten *Söderbäck/Zweden*, *Chepelev/Rusland* en *Kuijper/Nederland* bleef het EHRM vaag over de concrete draagwijdte van de opvoedende rol die de nieuwe echtgenoot van de moeder resp. de nieuwe echtgenote van de vader waarnam jegens het kind. Toch werd *in casu* het bestaan van familieleden aanvaard.<sup>447</sup> De arresten *Gas en Dubois/Frankrijk* en *X. e.a./Oostenrijk* tonen aan dat de opvoedende rol van de vrouwelijke partner van de moeder, ongeacht of zij toestemde in de verwekking van het kind, eveneens vaag wordt omschreven. Zo werd in het arrest *Gas en Dubois/Frankrijk* verwezen naar de concrete omstandigheden van de zaak, en was er in het arrest *X. e.a./Oostenrijk* sprake van een gezamenlijk zorgdragen voor het kind.<sup>448</sup>

Slechts bij de beoordeling van de relatie tussen pleegzorgers en het kind dat ze hebben opgevangen, gaf het EHRM meer duiding aan het feit dat de pleegzorgers zich in elk opzicht als de ouders van het kind hadden gedragen.<sup>449</sup> Zo verwees het EHRM naar een geheel van feitelijke handelingen die de pleegzorgers tijdens de samenwoning gesteld hadden en waardoor ze de sociale ontwikkeling van het kind hadden bevorderd (cf. nr. 94). In de daaropvolgende arresten *Menesson/Frankrijk* en *Labassee/Frankrijk* bleef het Hof wederom vaag aangaande de opvoedende rol van een vrouw die samen met haar echtgenoot beroep had gedaan op

---

<sup>445</sup> EHRM 22 april 1997, *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*, § 37: "... has acted as Z's father in every respect since the birth (see paragraphs 14-16 above)."

<sup>446</sup> Commissieverslag *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*, nr. 54.

<sup>447</sup> Nieuwe echtgenoot: EHRM 28 oktober 1998, *Söderbäck/Zweden*, § 33: "He had taken part in the care of M., who regarded him as her father (see paragraph 14 above)."; Commissieverslag *Söderbäck/Zweden*, nr. 44; EHRM 26 juli 2007, *Chepelev/Rusland*, § 29; nieuwe echtgenote: EHRM 3 maart 2005, *Kuijper/Nederland*.

<sup>448</sup> EHRM 15 maart 2012, *Gas en Dubois/Frankrijk*, § 37: "Toutefois, force est de constater que l'examen in concreto de la situation des requérantes permet de conclure à la présence d'une « vie familiale » aux sens de l'article 8 de la Convention."; EHRM 19 februari 2013, *X. e.a./Oostenrijk*, § 96: "... His mother and her partner care for him jointly."; zie ook in die zin: EHRM 7 mei 2013, *Boeckel en Gessner-Boeckel/Duitsland*, § 27: "...The Court notes that the applicants live together in a registered civil partnership and are raising the child L. together."

<sup>449</sup> EHRM 27 april 2010, *Moretti en Benedetti/Italië*, § 50: "Ces éléments suffisent à la Cour pour dire ... que les requérants se comportaient à tous égards comme ses parents ... ."

een draagmoeder, om haar relatie met het kind geboren uit de draagmoeder en met wie ze geen biologische band had als familieleden te beschouwen. Telkenmale was daarvoor de samenwoning met het kind en het feit dat de vrouw zich als de moeder van het kind had gedragen doorslaggevend (cf. nr. 105).<sup>450</sup> Ook wanneer geen van beide echtgenoten een biologische band had met het kind geboren uit de draagmoeder overwoog het EHRM dat hun relatie familieleden uitmaakte aangezien beide echtgenoten zich als de ouders van het kind hadden gedragen door het ouderlijk gezag gedurende een bepaalde tijd uit te oefenen.<sup>451</sup> Deze uitspraak werd evenwel hervormd door de Grote Kamer die van oordeel was dat geen familieleden voorhanden was tussen de echtgenoten en het kind aangezien ze niet door een biologische band waren verbonden, ze slechts voor een korte periode hadden samengewoond en het kind op onwettige wijze naar Italië was gebracht.<sup>452</sup> Ook in het arrest *Nazarenko/Rusland* werd een vage omschrijving gehanteerd van de opvoedende rol om de relatie tussen een kind en een man wiens juridisch vaderschap met succes was betwist aangezien hij foutief meende de biologische vader van het kind te zijn, als familieleden te kwalificeren. Volgens het Hof was er sprake van een beschermenswaardig familieleden tussen beiden aangezien de man gedurende meer dan vijf jaar het kind had verzorgd en opgevoed in de overtuiging dat hij de biologische vader was.<sup>453</sup>

## **§ 2. Analyse: de opvoedende rol is noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor familieleden tussen (zorg)ouder en kind**

110. Het vervullen van een opvoedende rol in hoofde van de (zorg)ouder is geen noodzakelijke voorwaarde om diens relatie met het kind als

---

<sup>450</sup> EHRM 26 juni 2014, *Menesson/Frankrijk*, § 45 (eiceldonor); EHRM 26 juni 2014, *Labassee/Frankrijk*, § 37 (eiceldonor).

<sup>451</sup> EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli/Italië*, § 69: "...although the applicants had had, at least initially, parental responsibility for the child, as shown by the request for suspension of parental responsibility... the Court considers that the applicants had acted as parents towards the child...".

<sup>452</sup> EHRM Gr. Ch. 24 januari 2017, *Paradiso en Campanelli/Italië*, nr. 25358/12, § 148-158.

<sup>453</sup> EHRM 16 juli 2015, *Nazarenko/Rusland*, § 58: "...Having no doubts about his paternity of A., the applicant raised her and provided care for her for more than five years. ...".

familieleven aan te merken. Zoals blijkt uit de rechtspraak van het EHRM worden nu eens de opvoedende handelingen van de (zorg)ouder vaag of zelfs niet vermeld (cf. *Keegan/Ierland*, *Berrehab/Nederland*, *Marckx/België*, *Bronda/Italië*, *Söderbäck/Zweden*, *Gas en Dubois/Frankrijk*, *Menesson/Frankrijk*) en dan weer zeer specifiek (cf. *Lebbink/Nederland*, *Boyle/Verenigd Koninkrijk*, *Moretti en Benedetti/Italië*).

De opvoedende rol van de (zorg)ouder is ook geen voldoende voorwaarde om de relatie tussen de (zorg)ouder en het kind als familieleven te beschermen. De opvoedende rol is een element dat de daadwerkelijke beleving van de verticale relatie kan aantonen in samenhang met onder andere de samenwoning van de betrokkenen (cf. *Marckx/België*, *X., Y. en Z./verenigd Koninkrijk*, *Gas en Dubois/Frankrijk*, *Menesson/Frankrijk*) of de aanwezigheid van een biologische band met het kind (cf. *Boyle/Verenigd Koninkrijk*, *Bronda/Italië*).

111. Is een opvoedende rol voorhanden dan moet deze aan geen bepaalde vereisten voldoen. Zo moet ze geen bepaalde handelingen omvatten en evenmin actueel van aard zijn (cf. *Nazarenko/Rusland*, *Boyle/Verenigd Koninkrijk*), om als beoordelingselement in overweging te worden genomen.

## **AFDELING 5. Tussenbesluit**

### **§ 1. Ontstaan**

112. De verticale relatie tussen een (zorg)ouder en een kind maakt slechts beschermenswaardig familieleven uit voor zover ze daadwerkelijk beleefd wordt.<sup>454</sup> De rechtspraak van het EHRM tot op vandaag toont aan dat de daadwerkelijke beleving van de relatie tussen (zorg)ouder en kind wordt bewezen door naar een geheel van elementen te verwijzen zoals onder meer de biologische band tussen (zorg)ouder en kind (cf. *Bronda/Italië*), de

---

<sup>454</sup> N. GALLUS, "Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev.dr.ULB* 2005, (13) 21-22; F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 575-576; F. SUDRE, "Rapport introductif. La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale" in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, (11) 20-23.

beschermenswaardige partnerrelatie van de ouder en zorgouder waarbinnen het kind wordt opgevoed (cf. *Söderbäck/Zweden, Kuijper/Nederland, X.e.a./Oostenrijk*), hun samenwoning (cf. *Gas en Dubois/Frankrijk, Johnston/Ierland*), of de opvoedende rol van de zorgouder (cf. *X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*). Daarbij vormen geen van deze elementen (cf. *Marckx/België, Lebbink/Nederland, Bronda/Italië, Johnston/Ierland, Söderbäck/Zweden, Boyle/Verenigd Koninkrijk, Moretti en Benedetti/Italië, Kuijper/Nederland, Labassee/Frankrijk*) noodzakelijke of voldoende voorwaarden op zich om de daadwerkelijke beleving van familieleven in de verticale relatie te bewijzen.

De daadwerkelijke beleving wordt daarentegen wel vermoed aanwezig te zijn wanneer het kind wordt geboren binnen een beschermenswaardige partnerrelatie. Het gaat dan om een weerlegbaar vermoeden dat voornamelijk, maar niet uitsluitend, voor vaders van belang is (cf. *Berrehab/Nederland, Keegan/Ierland, Kroon/Nederland, Gas en Dubois/Frankrijk*). Uit de rechtspraak blijkt tevens dat het EHRM niet uitsluitend reeds bestaand familieleven tussen een (zorg)ouder en kind beschermt, maar ook een voorgenomen familieleven op grond van relaties die zich potentieel tussen hen (opnieuw) kunnen ontwikkelen (cf. *Todorova/Italië, Lebbink/Nederland, D. en R./België, Pini e.a./Roemenië*).

## **§ 2. Beëindiging**

113. De beëindiging van de partnerrelatie heeft niet automatisch tot gevolg dat het vermoeden van familieleven tussen de (zorg)ouder en het kind wordt weerlegd (cf. *Berrehab/Nederland, Keegan/Ierland*). De bescherming van de horizontale partnerrelatie en de verticale relatie tussen (zorg)ouder en kind staan immers los van elkaar. Evenmin zorgt de beëindiging van de samenwoning tussen (zorg)ouder en kind ervoor dat het tussen hen bestaande familieleven automatisch ophoudt te bestaan (cf. *Olsson/Zweden, Berrehab/Nederland, Moretti en Benedetti/Italië*). Dit familieleven kan slechts worden beëindigd door toedoen van buitengewone omstandigheden, zoals het jarenlange seksueel misbruik van het kind door de (zorg)ouder (cf. *Cömert/Denemarken*).

## **HOOFDSTUK 4. Besluit**

### **AFDELING 1. Familieleven**

114. Uit de rechtspraakanalyse vloeit voort dat een horizontale relatie tussen twee partners van hetzelfde of verschillende geslacht familieleven in de zin van art. 8 EVRM uitmaakt voor zover de relatie wordt gekenmerkt door een voldoende mate van bestendigheid doordat ze daadwerkelijk wordt beleefd (cf. *Kroon/Nederland, Schalk en Kopf/Oostenrijk*) of de wil daartoe bestaat in hoefde van de partners wanneer hen een daadwerkelijke beleving wordt verhinderd (cf. *Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*; nr. 88). Ook de verticale relatie tussen een (zorg)ouder en kind wordt als familieleven beschermd voor zover ze daadwerkelijk wordt beleefd door de betrokkenen (cf. *Söderbäck/Zweden, Bronda/Italië*) of de betrokkenen de wil hebben om hun relatie (opnieuw) te beleven maar dit hen wordt belet (cf. *D. en R./België*; nr. 112). Niettegenstaande meerderjarige kinderen buiten het toepassingsgebied van dit onderzoek vallen, past het voor de volledigheid te vermelden dat in beginsel de banden tussen ouders en meerderjarige kinderen niet als familieleven worden beschermd, tenzij wanneer naast nauwe emotionele banden ook andere elementen aanwezig zijn die op een zekere afhankelijkheid duiden (cf. *Emonet/Zwitserland*).

De analyse toont aan dat bij het ontstaan en het onderhouden van familieleven de wil van de betrokkenen een belangrijke rol speelt. Een zorgouder of ouder kan immers door zijn eigen handelen een beschermenswaardige relatie onderhouden (cf. *Berrehab/Nederland*) of opbouwen met een kind (cf. *Chepelev/Rusland, Kuijper/Nederland*) zodat deze als familieleven in de zin van art. 8 EVRM wordt beschermd. Ook partners kunnen door hun handelen een beschermenswaardige partnerrelatie tot stand brengen (cf. *Johnston/Ierland, Oliari e.a./Italië*). Omgekeerd kan het familieleven tussen twee partners en tussen een (zorg)ouder en kind ook worden beëindigd doordat een daadwerkelijke beleving van de familieband ontbreekt door het eigen handelen van de betrokkenen. Zo beëindigt bijvoorbeeld een echtscheiding familieleven tussen partners en zorgt misbruik van zijn opvoedingspositie door de (zorg)ouder ervoor dat hij het

familieleven met het kind doorbreekt (cf. *Cömert/Denemarken*). De ouder of zorgouder kan daarnaast ook door eigen toedoen zijn relatie met het kind verzwakken, in welk geval het EHRM bij de bescherming van familieleven mogelijks voorrang geeft aan de relatie van het kind met de zorgouder (cf. *zorgouder voorrang: Söderbäck/Zweden, Chepelev/Rusland, Kuijper/Nederland*) resp. ouder (cf. *ouder voorrang: Mandet/Frankrijk*).

## **AFDELING 2. Partner**

115. Een 'partner' is een meerderjarige persoon die met een andere persoon van hetzelfde of verschillende geslacht een daadwerkelijk beleefde relatie onderhoudt of wenst te onderhouden maar daartoe verhinderd wordt tegen zijn wil, en dit ongeacht of de betrokkenen samenwonen of hebben samengewoond (cf. *Kroon/Nederland, Vallianatos/Griekenland, X., Y. en Z./Verenigd*), een kind geboren wordt en/of opgevoed wordt binnen hun relatie (cf. *Oliari e.a./Italië, Schalk en Kopf/Oostenrijk, Gas en Dubois/Frankrijk, Johnston/Ierland*) dan wel ze een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm zijn aangegaan zoals een huwelijk of geregistreerd partnerschap (cf. *Berrehab/Nederland*), menen te zijn aangegaan (cf. *Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*), of verhinderd worden aan te gaan (cf. *Schalk en Kopf/Oostenrijk, Oliari e.a./Italië, Johnston/Ierland, X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*).

In het kader van dit proefschrift kan evenwel zowel een meerderjarige als een minderjarige persoon als 'partner' worden gekwalificeerd omdat de huidige stand van het Belgische recht zich daar niet tegen verzet. Zo kan bv. een huwelijk in beginsel slechts worden aangegaan door partners die minstens achttien jaar oud zijn (art. 144 BW). Van deze minimumleeftijdsvereiste kan evenwel ontheffing worden verleend door de familierechtbank voor zover gewichtige redenen voorhanden zijn (art. 145 BW).<sup>455</sup>

---

<sup>455</sup> zie onder andere: P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1551-1555, 464-465; P. SENAËVE, "Art. 144 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1990; P. SENAËVE, "Art. 145 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1990.

### **AFDELING 3. Kind**

116. Een 'kind' is een minderjarige persoon die een daadwerkelijk beleefde relatie onderhoudt of tegen zijn wil wordt verhinderd om een dergelijke relatie te onderhouden met zijn juridische ouder (cf. *Berrehab/Nederland, AK. en L./Kroatië*) en/of met een al dan niet biologisch verwante man of vrouw (cf. *Gas en Dubois/Frankrijk, Bronda/Italië*) die eventueel het kind heeft verwekt (cf. *Lebbink/Nederland, Boyle/Verenigd Koninkrijk, Söderbäck/Zweden*) of heeft toegestemd in zijn verwekking (cf. *Menesson/Frankrijk, X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk, X. e.a./Oostenrijk*) en waarbij een daadwerkelijke beleefde relatie is ontstaan met het kind ingevolge onder meer diens opvoedende rol (cf. *Söderbäck/Zweden, Kuijper/Nederland, Boyle/Verenigd Koninkrijk*) of het feit dat de betrokkenen samenwonen (cf. *Chepelev/Rusland, Johnston/Ierland*) of hebben samengewoond (cf. *Bronda/Italië, Nistor/Roemenië, Nazarenko/Rusland*). Daarbij is het irrelevant of het kind geboren wordt binnen een (on)gelijkslachtige beschermenswaardige partnerrelatie (cf. *Keegan/Ierland, Kroon/Nederland*) of opgevoed wordt binnen een dergelijke relatie (cf. *Lebbink/Nederland, Marckx/België, Chepelev/Rusland*).

In het kader van dit proefschrift is een kind in beginsel een minderjarige persoon omdat het voorwerp van dit onderzoek het ouderlijk gezag betreft dat uitsluitend geldt voor minderjarigen. Evenwel moet worden opgemerkt dat in de context van het recht op levensonderhoud een kind ook meerderjarig kan zijn. De ouderlijke onderhoudsplicht eindigt immers niet automatisch wanneer het kind meerderjarig wordt, maar loopt door totdat het kind zijn opleiding voltooid heeft (cf. nr. 331).

### **AFDELING 4. Zorgouder**

117. In het licht van de eerder gegeven omschrijving van het begrip 'zorgouder' (cf. nr. 48) en de rechtspraakanalyse van art. 8 EVRM, kan worden besloten dat het EHRM onder andere de volgende personen reeds als 'zorgouder' heeft erkend: grootouders, ooms en tantes, de nieuwe partner of echtgenoot van de ouder die het kind niet geadopteerd heeft, de voormalige



juridische vader van het kind die tevens foutief meende diens biologische vader te zijn. Al deze personen hebben gemeen dat ze ongeacht hun geslacht of seksuele geaardheid met een kind een daadwerkelijk beleefde band onderhouden door de aanwezigheid van een geheel van elementen zoals de al dan niet actuele opvoedende rol jegens het kind (cf. *Nazarenko/Rusland, X. e.a./Oostenrijk, Chepelev/Rusland*), in combinatie met onder meer een biologische verwantschap met het kind (cf. *Kruskic/Italië, Nistor/Roemenië, Manuello en Nevi/Italië, Marckx/België, Boyle/Verenigd Koninkrijk*), een al dan niet actuele samenwoning met het kind (cf. *Nazarenko/Rusland, Bronda/Italië*) of een beschermenswaardige partnerrelatie met de ouder (cf. *Söderbäck/Zweden, Kuijper/Nederland*). Aangezien niet uitsluitend reeds bestaand familieleven wordt beschermd, wordt ook de persoon die de intentie heeft om een daadwerkelijk beleefde familieband met het kind te vestigen maar daartoe verhinderd wordt tegen zijn wil als zorgouder beschouwd.

## **AFDELING 5. Ouder**

118. De rechtspraakanalyse inzake het recht op familieleven laat toe te besluiten dat een 'ouder' een persoon is die ongeacht zijn geslacht of seksuele geaardheid een daadwerkelijk beleefde familieband onderhoudt met een kind:

- ofwel ingevolge de aanwezigheid van een biologische afstammingsband met het kind door de bevalling (cf. *Marckx/België*), de verwekking (cf. *Johnston/Ierland, Lebbink/Nederland*), of de toestemming in de verwekking met gebruik van eigen gameten (cf. man: *Menesson/Frankrijk*, man: *Labassee/Frankrijk*);
- ofwel ingevolge het feit dat de persoon heeft toegestemd in de verwekking van een kind samen met de biologische ouder via gebruik van eicel- of zaaddonoren (eiceldonor: *Menesson/Frankrijk, Labassee/Frankrijk*, zaaddonor: *Gas en Dubois/Frankrijk, X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk*);
- ofwel ingevolge de aanwezigheid van een juridische afstammingsband met zijn al dan niet biologisch verwant kind (cf. *C./België, AK en L./Kroatië, Berrehab/Nederland*);

én voor zover die persoon in elk van de voornoemde drie situaties bovendien of een beschermenswaardige partnerrelatie heeft met de moeder binnen welke relatie het kind wordt geboren (cf. *Keegan/Ierland, Gas en Dubois/Frankrijk*), en/of samenwoont met het kind zelf (cf. *Johnston/Ierland, Gas en Dubois/ Frankrijk, Labassee/Frankrijk*), en/of die het kind opvoedt (cf. *Kroon/Nederland, Mennesson/Frankrijk, Johnston/Ierland*) of heeft opgevoed (cf. *Lebbink/Nederland*).

Merk op dat ook de persoon die aan deze voorwaarden voldoet maar tegen zijn wil verhinderd wordt om een daadwerkelijk beleefde familieband met het kind te onderhouden in de EHRM-rechtspraak als 'ouder' wordt beschouwd (cf. *Nylund/Finland, Keegan/Ierland, Todorova/Italië*).

## **DEEL II. Nood aan wetgevend optreden**

119. Vooreerst wordt in dit deel het arrest van het toenmalige Arbitragehof d.d. 8 oktober 2003 ontleed waarin het Hof oordeelt dat het aan de wetgever is om te bepalen wanneer het ouderlijk gezag, in het belang van het kind, tot andere personen die geen juridische afstammingsband met het kind hebben, kan worden uitgebreid (titel 1). Vervolgens wordt het advies van de Raad van State geanalyseerd. Dit advies kwam tot stand naar aanleiding van verschillende in de Kamer ingediende wetsvoorstellen en amendementen tot invoering van een stief- of zorgouderschap in het Burgerlijk Wetboek (titel 2). Tot slot wordt de rechtspositie van de zorgouder in Nederland, Engeland, Frankrijk en Duitsland in krachtlijnen weergegeven (titel 3).

### **TITEL 1. Arrest van het (toenmalige) Arbitragehof d. d. 8 oktober 2003**

#### **HOOFDSTUK 1. Antecedenten**

120. Twee vrouwen wonen samen als paar van 1984 tot 17 september 1994. Tijdens deze samenwoning wordt bij één van de vrouwen een kind verwekt via kunstmatige inseminatie, een bevruchtingsmethode waarover beide partijen het eens zijn. Op dat ogenblik bestond de wet op de medisch begeleide voortplanting van 6 juli 2007 nog niet. Na de beëindiging van hun relatie in 1994 sluiten beide vrouwen een overeenkomst waarin ze bepalen dat aan de juridische moeder het recht van materiële bewaring van het kind toekomt en aan haar voormalige partner een ruim omgangsrecht. Naar analogie met de destijds geldende regelgeving inzake ouderlijk gezag komt bij ouders die niet samenleven immers de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag en het recht van materiële bewaring, tezamen aangeduid met de term 'hoederecht', toe aan één ouder (art. 374 oud BW), terwijl de andere ouder een omgangsrecht of bezoekrecht krijgt. In een vonnis van 16 maart 1995 neemt de jeugdrechtbank te Antwerpen akte van deze overeenkomst. Nadat door de wet van 13 april 1995 de gezamenlijke

uitoefening van het ouderlijk gezag door beide ouders als het basissysteem wordt vooropgesteld,<sup>456</sup> vraagt de moeder in een verzoekschrift van 19 februari 2002 een wijziging van de overeenkomst aan voornoemde jeugdrechtbank. Beide vrouwen komen hierbij opnieuw tot een overeenkomst en verzoeken de jeugdrechtbank in hoofdorde om de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag en, in ondergeschikte orde, om de gezamenlijke uitoefening van het recht van materiële bewaring.

121. De jeugdrechtbank te Antwerpen stelt de volgende prejudiciële vraag aan het (toenmalige) Arbitragehof:<sup>457</sup>

*"of de artikelen 371 en volgende van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden in zover het ouderlijk gezag enkel kan worden toegekend aan personen die met een kind een afstammingsband hebben."*

## **HOOFDSTUK 2. Juridische analyse**

### **AFDELING 1. Gelijkheidstest**

122. Teneinde te besluiten tot een schending van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel voert het Hof een gelijkheidstest door. Deze gelijkheidstest bestaat in beginsel uit vijf toetsingscriteria die evenwel niet steeds allemaal worden aangewend. Vaak beperkt het Hof zich tot de criteria die relevant zijn voor de feiten van het voorliggende geval.<sup>458</sup>

#### **§ 1. Vergelijkbaarheidstoets**

123. De vergelijkbaarheidstoets doet dienst als toetsingsingang. Bij deze toets onderzoekt het Hof of er sprake is van een ongelijke behandeling van vergelijkbare categorieën personen, dan wel van een gelijke behandeling van

---

<sup>456</sup> Wet 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, BS 24 mei 1995 (i. w. tr. 3 juni 1995).

Zie daarover uitgebreid: P. SENAËVE, *Co-ouderschap en omgangsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 285p.

<sup>457</sup> Jeugdrb. Antwerpen 3 oktober 2002, RW 2002-03, 1188, noot T. ROBERT.

<sup>458</sup> D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nr. 635, 250.

verschillende categorieën personen.<sup>459</sup> *In casu* wordt de ongelijke behandeling aangeklaagd van twee categorieën minderjarigen, zijnde minderjarigen met een vastgestelde afstammingsband jegens twee personen, die beiden titularis van het ouderlijk gezag zijn en minderjarigen die slechts jegens één persoon een vastgestelde afstammingsband hebben, maar die op duurzame wijze geleefd hebben met deze persoon en een derde die samen voor het onderhoud van het kind instaan. In geval van scheiding van het paar of overlijden van de juridische ouder zou deze laatste categorie van minderjarigen elk recht op verzorging, daaronder begrepen het recht op onderhoud en bescherming van de persoon die het heeft opgevoed (i.e. de derde) kunnen verliezen.<sup>460</sup>

Volgens de Ministerraad is de categorie van personen die met een minderjarige een afstammingsband heeft, evenwel niet vergelijkbaar met de categorie van personen die geen dergelijke band heeft, aangezien een afstammingsband talrijke juridische gevolgen met zich meebrengt.<sup>461</sup>

Het (toenmalige) Arbitragehof verwerpt deze exceptie van niet-vergelijkbaarheid door zich te baseren op de *ratio legis* van het ouderlijk gezag. Het Hof overweegt dat *“de noodzaak om de verantwoordelijkheid inzake de bescherming en de socialisatie van kinderen toe te vertrouwen aan personen die bekwaam zijn om die verantwoordelijkheid op te nemen, maakt de juridische relaties die elk kind onderhoudt met diegenen die het opvoeden zeer vergelijkbaar.”*<sup>462</sup> Bijgevolg kunnen beide categorieën minderjarigen met elkaar worden vergeleken.

## **§ 2. Rechtvaardigingstoets**

124. Om een discriminatie te kunnen vaststellen tussen de vergelijkbare categorieën minderjarigen moet het Hof aan de hand van de

---

<sup>459</sup> A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, nr. 456, 504-505; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nr. 636, 251; P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nr. 208, 103.

<sup>460</sup> Arbitragehof 8 oktober 2003, nr. 134/2003, AA 2003, 1647; BS 19 januari 2004 (uittreksel); EJ 2003, 134, noot P. SENAËVE; NJW 2004, afl. 57, 80, noot RDC; RTDF 2004, afl. 1, 185, noot J. RENCHON; RW 2003-04, 1016, noot T. ROBERT; RW 2003-04, 1016, noot V. VERLINDEN; TJK 2004, 39, noot T. ROBERT.

<sup>461</sup> Zie overweging B.3.1.

<sup>462</sup> Zie overweging B.3.2.

rechtvaardigingstoets nagaan of de ongelijke behandeling kan worden verantwoord. Deze rechtvaardigingstoets bestaat uit vier deelttoetsen.<sup>463</sup>

#### A. Doeltoets

125. Vooreerst moet het doel worden vastgesteld dat met de ongelijke behandeling wordt beoogd. Vereist is dat het om een wettig of geoorloofd doel gaat dat zijn grondslag vindt in het algemeen belang.<sup>464</sup> *In casu* wordt met de toekenning van ouderlijk gezag de bescherming van minderjarigen beoogd die vanwege hun kwetsbaarheid en fysieke en mentale onrijpheid een specifieke zorg moeten genieten en een bijzondere bescherming moeten verkrijgen.<sup>465</sup>

#### B. Objectiviteitstoets

126. Vervolgens is het belangrijk dat het criterium van onderscheid een objectief en algemeen karakter heeft.<sup>466</sup> Volgens het (toenmalige) Arbitragehof berust de verschillende behandeling op een objectief en algemeen criterium, namelijk de aanwezigheid van een juridische afstammingsband tussen de minderjarige en de persoon die hem opvoedt.<sup>467</sup>

#### C. Pertinentietoets

127. Het criterium van onderscheid moet naast algemeen en objectief tevens pertinent zijn om het beoogde doel te bereiken. Het moet met andere woorden gaan om een doeltreffend onderscheid.<sup>468</sup> Volgens het Hof is de bestaande regeling van het ouderlijk gezag met de verschillende behandeling van minderjarigen al naargelang de aan- of afwezigheid van een juridische

---

<sup>463</sup> D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nr. 644, 255.

<sup>464</sup> D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nrs. 645-646, 255.

<sup>465</sup> Zie overweging B.2.

<sup>466</sup> A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, nr. 456, 506; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nrs. 654-655, 258-259; P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, nrs. 211-213, 106; L.-P. SUETENS, "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof" in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Kluwer, Antwerpen, 1991, (97) 105-106.

<sup>467</sup> Zie overweging B.2. en B.6.

<sup>468</sup> D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nrs. 658-659, 260-261.

afstammingsband met hun opvoeder, niet dienend om het recht op bescherming en welzijn te verzekeren van minderjarigen die worden opgevoed door hun juridische ouder en een derde.<sup>469</sup> In geval van scheiding van het paar of overlijden van de juridische ouder zouden deze minderjarigen immers elk recht op verzorging, hieronder begrepen het recht op onderhoud en op bescherming van de persoon die het heeft opgevoed, kunnen verliezen.<sup>470</sup> Voor dit verschil in behandeling bestaat geen redelijke verantwoording.<sup>471</sup>

#### D. Proportionaliteitstoets

128. Omdat het criterium van onderscheid niet pertinent is, ligt een ongerechtvaardigd verschil in behandeling van minderjarigen voor. Een onderzoek naar de proportionele verhouding tussen de ongelijke behandeling en het doel dringt zich dan ook niet meer op.<sup>472</sup> De proportionaliteitstoets is om die reden overbodig.

## **AFDELING 2. Oordeel van het Hof**

129. Volgens het Hof wordt de categorie van minderjarige kinderen die slechts één ouder hebben ten aanzien van wie de juridische afstamming vaststaat, maar die op duurzame wijze geleefd hebben binnen een gezin dat wordt gevormd door die ouder en een derde die beiden instaan voor het onderhoud van het kind, verschillend worden behandeld zonder toelaatbare verantwoording van de categorie van kinderen met een dubbele afstammingsband, aangezien deze minderjarige kinderen "*... ingeval van scheiding van het paar en in het bijzonder in geval van overlijden van de ouder die een afstammingsband met het kind had, elk recht op verzorging, hieronder begrepen het recht op onderhoud en op bescherming van de persoon die het heeft opgevoed, kunnen verliezen.*" (ov. B.6-7). Omdat de getoetste bepalingen van de artikelen 371 tot 387*bis* BW evenwel niet naar analogie kunnen worden toegepast op de situatie waarin minderjarigen

---

<sup>469</sup> Zie overweging B.4-B.6.

<sup>470</sup> Zie overweging B.6.

<sup>471</sup> Zie overweging B.7.: "*Daaruit volgt dat die categorie van kinderen zonder toelaatbare verantwoording verschillend wordt behandeld.*"

<sup>472</sup> D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, nr. 666, 264.

worden opgevoed door hun ouder en een derde, kunnen deze niet als discriminerend worden beschouwd (ov. B.7) maar is sprake van een wetgevende lacune.<sup>473</sup>

Met een dergelijk injunctief arrest wil het Hof de wetgever aansporen tot handelen.<sup>474</sup> Het (toenmalige) Arbitragehof overweegt uitdrukkelijk dat *“het aan de wetgever [staat] om te preciseren in welke vorm, onder welke voorwaarden en volgens welke procedure het ouderlijk gezag, in het belang van het kind, zou kunnen worden uitgebreid tot andere personen die geen afstammingsband met het kind hebben, aangezien de bepalingen van de artikelen 371 tot 387bis van het Burgerlijk Wetboek niet als dusdanig, naar analogie, op de in B.1 beschreven situatie kunnen worden toegepast.”*<sup>475</sup> Op deze manier wordt voorkomen dat de bodemrechter, in afwachting van een wetgevend optreden, zelf bepaalde bestanddelen van het ouderlijk gezag zou toekennen aan een persoon zonder juridische afstammingsband met de minderjarige.<sup>476</sup>

Tot op vandaag is nog geen allesomvattende wetgevende oplossing aangereikt. Wel werd gedeeltelijk aan de vastgestelde lacune tegemoetgekomen door de openstelling van adoptie voor gelijkslachtige

---

<sup>473</sup> Zie overweging B.7.: *“...aangezien de bepalingen van de artikelen 371 tot 387bis van het Burgerlijk Wetboek niet als dusdanig, naar analogie, op de in B.1 beschreven situatie kunnen worden toegepast.”*; zie ook: T. ROBERT, “Afstamming als exclusieve grondslag van ouderlijk gezag: geen toelaatbare verantwoording, maar niet discriminerend” (noot onder Arbitragehof 8 oktober 2003), *RW* 2003-04, nr. 5, (1017) 1017; T. ROBERT, “Naar een afstammingsloos gezag (?)” (noot onder Arbitragehof 8 oktober 2003), *TJK* 2004, nr. 11, (40) 42.

<sup>474</sup> D. RIBES, “Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative”, *Rev. Belge de droit const.* 1999, (237) 264-272; voor een weergave van dergelijke arresten zie V. VERLINDEN, “Lacunes in de wetgeving: wat doet het Arbitragehof (niet)?” (noot onder Arbitragehof 8 oktober 2003), *RW* 2003-04, nr. 7, (1018) 1019-1020.

<sup>475</sup> Zie overweging B.7.

<sup>476</sup> T. ROBERT, “Afstamming als exclusieve grondslag van ouderlijk gezag: geen toelaatbare verantwoording, maar niet discriminerend” (noot onder Arbitragehof 8 oktober 2003), *RW* 2003-04, nr. 6, (1017) 1017-1018; T. ROBERT, “Naar een afstammingsloos gezag (?)” (noot onder Arbitragehof 8 oktober 2003), *TJK* 2004, nr. 11, (40) 41; P. SENAEVE, “Naar een wettelijk statuut voor de lesbische meemoeder?” (noot onder Arbitragehof 8 oktober 2003), *EJ* 2003, nr. 12, (135) 139; zie in algemene zin: P. POPELIER, “Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever”, *RW* 2006-07, nr. 23, (243) 250; nr. 58, (243) 259.



koppels via de wet van 18 mei 2006<sup>477</sup> en door de invoering van het meemoederschap via de wet van 5 mei 2014<sup>478</sup>, zoals gerepareerd door de wet van 18 december 2014.<sup>479</sup>

## **TITEL 2. Advies van de Raad van State inzake zorgouderschap d. d. 7 oktober 2005**

130. Naar aanleiding van verschillende wetsvoorstellen en amendementen tot invoering van een stiefouderschap of adoptie door paren van hetzelfde geslacht in het Burgerlijk Wetboek, allen ingediend in navolging van het arrest van het toenmalige Arbitragehof, werd de Raad van State verzocht advies uit te brengen. In wat volgt wordt eerst een synthese gegeven van de ingediende wetsvoorstellen en amendementen (hoofdstuk 1) om vervolgens het advies van de Raad van State te duiden (hoofdstuk 2).

### **HOOFDSTUK 1. Synthese van de ingediende wetsvoorstellen en amendementen**

131. In totaal werden vier wetsvoorstellen en daaraan gekoppelde amendementen ter advies voorgelegd aan de Raad van State, zijnde het wetsvoorstel (Verherstraeten e.a.) tot aanvulling van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake het zorgouderschap, het wetsvoorstel tot invoering van het zorgouderschap in het Burgerlijk Wetboek, het wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde adoptie door koppels van gelijk geslacht toe te laten en de daarbij bestaande amendementen nrs. 1-23 en het wetsvoorstel (Wathelet) teneinde het zorgouderschap in het

---

<sup>477</sup> Wet 18 mei 2006 tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, teneinde de adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken, *BS* 20 juni 2006 (i. w. tr. 30 juni 2006).

<sup>478</sup> Wet 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder, *BS* 7 juli 2014 (i. w. tr. 1 januari 2015).

<sup>479</sup> Wet 18 december 2014 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van internationaal privaatrecht, het Consulaire Wetboek, de wet van 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder en de wet van 8 mei 2014 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met het oog op de invoering van de gelijkheid tussen mannen en vrouwen bij de wijze van naamsoverdracht aan het kind en aan de geadopteerde, *BS* 23 december 2014 (i. w. tr. 1 januari 2015).

Burgerlijk Wetboek op te nemen.<sup>480</sup> Deze wetsvoorstellen en amendementen worden hierna toegelicht aan de hand van de daarin beoogde opvoedingssituatie (afdeling 1), de voorgestelde oplossingen ter omkadering van deze opvoedingssituatie (afdeling 2) en de rechtsgevolgen van deze oplossingen (afdeling 3).

## **AFDELING 1. Beoogde opvoedingssituatie**

132. De bestudeerde wetsvoorstellen en amendementen beogen de volgende drie meest voorkomende feitelijke situaties waarin kinderen kunnen worden opgevoed.<sup>481</sup>

In een eerste opvoedingssituatie wordt het kind opgevoed door twee volwassen personen die niet zijn juridische ouders zijn. Het gaat dan om de situatie dat beide juridische ouders, of de enige juridische ouder, niet meer zelf het kind willen opvoeden, dan wel om de situatie dat een paar van gelijk geslacht samen een kind willen opvoeden en waarbij ze beroep op een derde hebben gedaan om het kind te verwekken.<sup>482</sup>

In een tweede opvoedingssituatie wordt het kind opgevoed door twee volwassen personen van wie één iemand zijn juridische ouder is. Deze situatie omvat twee verschillende feitenconstellaties. In een eerste feitenconstellatie is het kind geboren uit een eerdere heteroseksuele relatie van zijn juridische ouder, en wordt het na de relatiebreuk van zijn juridische

---

<sup>480</sup> Wetsvoorstel (Verherstraeten e.a.) tot aanvulling van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake het zorgouderschap, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 51-393/001 (hierna: 'wetsvoorstel nr. 393/1'); Wetsvoorstel tot invoering van het zorgouderschap in het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer*, 2003-04, nr. 51-815/001 (hierna: 'wetsvoorstel nr. 815/1'); Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde adoptie door koppels van gelijk geslacht toe te laten, *Parl. St. Kamer*, 2003-04, nr. 51-664/001 (hierna: 'wetsvoorstel nr. 664/1') en daarbij bestaande amendementen nrs. 1-23, *Parl. St. Kamer*, 2004-05, nrs. 51-664/002 tot 005 (hierna 'amendementen nr. x'); Wetsvoorstel (Wathelet) teneinde het zorgouderschap in het Burgerlijk Wetboek op te nemen, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1958/001 (hierna: 'wetsvoorstel nr. 1958/1').

<sup>481</sup> Advies Raad van State bij het wetsvoorstel tot aanvulling van het Burgerlijk Wetboek, met bepalingen inzake het zorgouderschap, *Parl. St. Kamer* 2004-2005, nr. 51-393/002, nrs. 49-50 (hierna: 'Adv. RvS.'): Het gaat om de meest voorkomende situaties zonder exhaustief te willen zijn. De combinaties van situaties is immers groot.

<sup>482</sup> Het gaat dan meestal om de situatie van draagmoederschap bij mannelijke paren al kan niet worden uitgesloten dat ook lesbische paren beroep doen op deze procedure; Wetsvoorstel nr. 664/1.

ouders opgevoed door één van hen samen met een andere persoon als al dan niet gehuwd paar van gelijk geslacht.<sup>483</sup> In een tweede feitenconstellatie wordt het kind opgevoed binnen een gelijkslachtige relatie nadat het verwekt werd op natuurlijke of kunstmatige wijze door de juridische ouder met toestemming van zijn partner van hetzelfde geslacht.<sup>484</sup> Het gaat dan voornamelijk om paren van gelijk geslacht waarvan de vrouw die bevallen is automatisch de juridische moeder van het kind is.

In een derde opvoedingssituatie wordt het kind opgevoed door meerdere volwassen personen waaronder zijn twee juridische ouders die elk samen met hun partner van hetzelfde geslacht een gezin wensten te stichten en om die reden bij elkaar een kind hebben verwekt via medisch begeleide voortplanting of door geslachtsgemeenschap.<sup>485</sup>

## **AFDELING 2. Voorgestelde oplossingen**

133. Om de band tussen het kind en de persoon door wie hij wordt opgevoed en die noch zijn biologische noch zijn juridische ouder is in rechte te omkaderen wordt in de bestudeerde wetsvoorstellen gebruik gemaakt van de volgende twee statussen, namelijk adoptie (§ 1) en stiefouderschap (§ 2).

### **§ 1. Adoptie**

134. Ter omkadering van de eerste opvoedingssituatie werd een wetsvoorstel ingediend dat beoogde de adoptie open te stellen voor paren van gelijk geslacht onder dezelfde voorwaarden als paren van ongelijk geslacht. Volgens de indieners van dit wetsvoorstel is de uitsluiting van paren van gelijk geslacht uit de definitie van 'samenwonenden' en 'adoptant' in art. 343 BW immers discriminatoir (zie inzake adoptie supra nrs. 9-13).<sup>486</sup>

---

<sup>483</sup> Wetsvoorstel nr. 1958/1, 5 (partner); wetsvoorstel nr. 393/1, 5 (partner of familielid); wetsvoorstel nr. 815/1, 4-6 (partner).

<sup>484</sup> Wetsvoorstel nr. 1958/1, 5; wetsvoorstel nr. 815/1, 4-6; zie ook: amendementen nrs. 16 en 20 op wetsvoorstel nr. 664/1.

<sup>485</sup> zie vorige voetnoot.

<sup>486</sup> Wetsvoorstel nr. 664/1, 3.

## **§ 2. Stiefouderschap**

135. Ter omkadering van de tweede en derde opvoedingssituatie werd door drie wetsvoorstellen en bijhorende amendementen voorgesteld om de status van stiefouderschap<sup>487</sup> in te voeren. Het betreft een nieuwe status die moet worden onderscheiden van een adoptie aangezien geen afstammingsband met het kind wordt gevestigd. In alle bestudeerde wetsvoorstellen wordt de invoering van het stiefouderschap verantwoord op grond van de huidige realiteit waarbij steeds meer kinderen worden opgevoed in verschillende gezinsvormen die niet in rechte worden erkend.<sup>488</sup>

## **AFDELING 3. Rechtsgevolgen**

### **§ 1. Adoptie**

136. Door de vestiging van een adoptieve afstammingsband verkrijgen de adoptanten dezelfde rechten en plichten als de juridische ouders van het kind. Bijgevolg ontstaat in hunnen hoofde het titularisschap van het ouderlijk gezag, maar bijvoorbeeld ook een onderhoudsplicht en erfrecht.<sup>489</sup>

### **§ 2. Stiefouderschap**

137. In alle bestudeerde wetsvoorstellen en amendementen wordt door de status van stiefouderschap niet het titularisschap maar de uitoefening van een deel<sup>490</sup> of het hele<sup>491</sup> ouderlijk gezag toegekend, alsook wordt een onderhoudsplicht gevestigd jegens het kind krachtens de bijzondere ouderlijke onderhoudsplicht van art. 203 BW,<sup>492</sup> of krachtens de gemeenrechtelijke onderhoudsplicht van de artikelen 205 tot 207 BW.<sup>493</sup>

---

<sup>487</sup> Bij de verdere bespreking van het advies zal de term worden gebruikt zoals deze door de Raad van State wordt gebezigd (cf. nr. 139).

<sup>488</sup> Wetsvoorstel nr. 1958/1, 4; wetsvoorstel nr. 393/1, 4-5; wetsvoorstel nr. 815/1, 4-5; amendementen nrs. 16 en 20 op wetsvoorstel nr. 664/1.

<sup>489</sup> Adv. RvS., nr. 19, 24-27.

<sup>490</sup> Wetsvoorstel nr. 1958/1, 9 en 12; wetsvoorstel nr. 393/1, 8 en wetsvoorstel nr. 815/1, 9.

<sup>491</sup> Wetsvoorstel nr. 1958/1, 6-7; wetsvoorstel nr. 393/1, 8; amendementen nrs. 16 en 20 op wetsvoorstel nr. 664/1.

<sup>492</sup> Wetsvoorstel nr. 1958/1, 11 en 13; wetsvoorstel nr. 815/1, 9; wetsvoorstel nr. 393/1, 9.

<sup>493</sup> Wetsvoorstel nr. 1958/1, 11 en 13; amendementen nrs. 15-23 op wetsvoorstel nr. 664/1.

Andere rechtsgevolgen worden daarentegen op zeer verschillende wijze geregeld. Zo wordt bijvoorbeeld slechts in één wetsvoorstel en twee amendementen een wettelijk erfrecht toegekend in elkaars nalatenschap aan het kind en de persoon door wie hij wordt opgevoed.<sup>494</sup>

## **HOOFDSTUK 2. Het eigenlijke advies**

138. Alvorens het advies van de Raad van State over 'stiefouderschap' inhoudelijk te bespreken (afdeling 2), wordt hierna eerst het begrip 'stiefouder' of 'stiefouderschap' toegelicht zoals omschreven door de Raad van State (afdeling 1). Deze begripsomschrijving is noodzakelijk om vervolgens de draagwijdte van het advies te kunnen duiden (afdeling 3), mede in het licht van de rechtspraak van het EHRM.

### **AFDELING 1. Begripsomschrijving 'stiefouder' of 'stiefouderschap'**

139. In de geanalyseerde wetsvoorstellen en amendementen worden verschillende termen gehanteerd waarmee soms maar niet steeds, eenzelfde situatie wordt aangeduid. Om evenwel duidelijkheid te brengen in de gehanteerde terminologie en om de vergelijking van de wetsvoorstellen en amendementen vlotter te laten verlopen, heeft de Raad van State het begrip 'stiefouder' of 'stiefouderschap' uitdrukkelijk omschreven in haar advies.

Hiermee wordt verwezen naar situaties "*waarin een bijzondere band ontstaat of in feite of rechte neigt te ontstaan tussen een kind en de persoon die ofwel gehuwd is, ofwel wettelijk of feitelijk samenwoont met een van zijn ouders, of ook nog zich samen met een van zijn ouders werkelijk om een kind heeft bekommerd, [...] ongeacht het geslacht van de ouder en van die echtgenoot, van die wettelijk samenwonende of van die feitelijk samenwonende, zonder dat die persoon de vader of moeder is van het kind.*"<sup>495</sup> Met deze term benoemt de Raad situaties die in de bestudeerde

---

<sup>494</sup> Wetsvoorstel nr. 1958/1, 7 (met name wanneer het kind één juridische ouder heeft); amendement nrs. 16 en 20 op wetsvoorstel nr. 664/1.

<sup>495</sup> Adv. RvS. nr. 1, 4; zie bv. wetsvoorstel nr. 393/1 waar ook familieleden de status van stiefouderschap kunnen verwerven.

wetsvoorstellen en amendementen werden gekwalificeerd als 'zorgouderschap', 'voogdij' en 'meeouderschap'.

## **AFDELING 2. Inhoud**

140. De inhoudelijke bespreking van het advies bestaat uit twee delen, zijnde een algemeen juridische context (§ 1) waarin de Raad de relevante rechtsregels en beginselen weergeeft op basis waarvan ze de wetsvoorstellen en amendementen zal beoordelen, en een toepassing van deze rechtsregels en beginselen op de ingediende wetsvoorstellen en amendementen. In het kader van deze toepassing formuleert de Raad vervolgens specifieke aandachtspunten waarmee de wetgever rekening moet houden bij de uitwerking van een regeling voor stiefouders (§ 2).

### **§ 1. Algemeen juridische context**

141. De hogere rechtsregels en beginselen die relevant zijn voor de beoordeling van de wetsvoorstellen en amendementen zijn het recht op eerbiediging van het familieleven in de zin van art. 8 EVRM, de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie in de zin van art. 14 EVRM, het belang van het kind zoals beschermd door art. 3.1 IVRK en de overeenstemmende bepalingen van de Grondwet. De keuze voor deze beginselen en rechtsregels als beoordelingscriteria wordt als volgt verantwoord.

Inzake het recht op eerbiediging van familieleven verwijst de Raad eerst naar de rechtspraak van het EHRM waarin feitelijke relaties tussen een kind en zijn stiefouder als familieleven in de zin van art. 8 EVRM worden gekwalificeerd. Bijgevolg vallen deze relaties onder de werkingssfeer van het EVRM zodat dit een bescherming door de wetgever impliceert.<sup>496</sup>

Vervolgens overweegt de Raad dat ook het toenmalige Arbitragehof in zijn arrest d. d. 8 oktober 2003 de wetgever heeft aangespoord tot een wetgevend optreden (cf. nr. 129),<sup>497</sup> zij het dat bij een wetgevend initiatief rekening moet worden gehouden met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. Bijgevolg moet, aldus de Raad, de wetgever een

---

<sup>496</sup> Adv. RvS., nr. 30, 42 en nr. 47, 60.

<sup>497</sup> Adv. RvS., nr. 31, 42 e.v.

algemene regeling uitwerken die niet beperkt mag zijn tot de vrouwelijke partner van de moeder die gezamenlijk met haar vóór de geboorte een gezinsproject heeft opgezet en een duurzame band met het kind heeft opgebouwd (zoals dit ten grondslag lag aan het arrest van het toenmalige Arbitragehof, cf. *supra* nrs. 120 e.v.). Ook gelijkaardige situaties waarin een kind een duurzame band ontwikkelt na de geboorte met een andere persoon dan zijn ouder moeten worden omkaderd vanuit het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel.<sup>498</sup> Dat de regeling een algemene draagwijdte moet hebben blijkt bovendien uit de woordkeuze in het arrest zelf waarin wordt gesproken van ‘*elke persoon*’ zonder juridische afstammingsband die samen met de ouder het minderjarige kind opvoedt, waarbij wordt benadrukt dat het kind ‘*op duurzame wijze*’ geleefd heeft binnen het gezin en niet noodzakelijk vanaf de geboorte.<sup>499</sup>

Tot slot overweegt de Raad dat bij de uitwerking van een regeling ter omkadering van de voornoemde opvoedingssituaties het belang van het kind zoals beschermd door artikel 3.1 IVRK het determinerende criterium moet vormen. Niettegenstaande het belang van het kind in beginsel het best gediend is wanneer het door zijn ouders wordt opgevoed met wie het een juridische afstammingsband heeft, moeten vanuit ditzelfde belang situaties waarin kinderen gescheiden leven van hun ouders juridisch worden omkaderd.<sup>500</sup> Bovendien is het belang van het kind ook nauw verbonden met het recht op eerbieding van het familieleven in hoofde van het kind en het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

Een samenlezing van het geheel van deze rechtsregels en beginselen noopt tot een wetgevend optreden omdat anders bepaalde kinderen zouden worden gediscrimineerd tegenover andere kinderen.<sup>501</sup>

## **§ 2. Specifieke aandachtspunten**

142. Via een toepassing van de zojuist besproken rechtsregels en beginselen op de ingediende wetsvoorstellen en amendementen, heeft de

---

<sup>498</sup> Adv. RvS., nr. 32, 45 en nr. 47, 60.

<sup>499</sup> Adv. RvS., nr. 32, 45.

<sup>500</sup> Adv. RvS., nr. 43, 56-57, nr. 45, 58.

<sup>501</sup> Adv. RvS., nr. 47, 61-62.

Raad een aantal specifieke aandachtspunten opgesomd die de wetgever in acht moet nemen bij de uitwerking van een regeling voor stiefouders.

Ten eerste vereisen de bevoegdheden die aan de stiefouder worden toegekend (cf. nr. 137 – ouderlijk gezag, onderhoudsplicht), dat in de status van stiefouderschap de vereisten voor adoptie worden opgenomen, minstens dat het ontbreken of afzwakken van deze vereisten grondig wordt verantwoord.<sup>502</sup> Wordt voorzien in een procedure tot toekenning van het stiefouderschap dan moet deze bovendien op tegenspraak verlopen wegens het belang van het rechterlijk debat.<sup>503</sup>

Ten tweede moeten in het licht van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel de rechtsgevolgen van het stiefouderschap worden gewettigd, niettegenstaande de wetgever terzake een grote beoordelingsbevoegdheid heeft.<sup>504</sup> Zo moet worden onderzocht of sommige reeds van kracht zijnde bepalingen niet moeten worden gewijzigd ingevolge de status van het stiefouderschap, dan wel van rechtswege toepasselijk moeten zijn op de stiefouder of het kind.<sup>505</sup> Ook moeten de verschillende rechtsgevolgen tussen het stiefouderschap en de regeling voor adoptie (bv. inzake erfrecht) worden gewettigd.<sup>506</sup> Dit geldt eveneens voor de beëindigingsgronden van het stiefouderschap en de adoptie. Zo kan bijvoorbeeld een adoptie uitsluitend worden beëindigd omwille van het belang van het kind, terwijl het stiefouderschap ook door omstandigheden zoals de wil van de betrokkenen kan worden beëindigd.<sup>507</sup>

Hierbij aansluitend moet ten derde het lot van het stiefouderschap worden bepaald na een echtscheiding of beëindiging van de wettelijke en feitelijke samenwoning van de ouder en de stiefouder, waarbij volgens de Raad het ontstaan van opeenvolgende stiefoudersschappen niet kan worden uitgesloten.<sup>508</sup> Eveneens moet bij het overlijden van de ouder de verhouding

---

<sup>502</sup> Adv. RvS., nr. 64, 74-75.

<sup>503</sup> Adv. RvS., nr. 68, 76.

<sup>504</sup> Adv. RvS., nr. 65, 75.

<sup>505</sup> Adv. RvS., nrs. 66-67, 75-76.

<sup>506</sup> Adv. RvS., nrs. 75-76, 79-80.

<sup>507</sup> Adv. RvS., nr. 69, 77.

<sup>508</sup> Adv. RvS., nr. 72, 78.



van het stiefouderschap worden uitgeklaard ten aanzien van de voogdij over het kind krachtens art. 389 BW.<sup>509</sup>

Ten vierde moet een regeling worden uitgewerkt om de geschillen tussen de stiefouder en ouder of tussen opeenvolgende stiefouders te beslechten.<sup>510</sup> In dit kader overweegt de Raad bovendien dat een rechterlijke toetsing wanneer zich problemen voordoen bij de uitoefening van de rechten en plichten door de stiefouder, onvoldoende kan zijn in sommige situaties. Bijgevolg wordt voorgesteld om een ontzetting van het stiefouderschap of herroeping van het stiefouderschap in te voeren, waarbij ook het kind daarom moet kunnen verzoeken voor zover het daartoe in staat is en zijn belangen een optreden vereisen.<sup>511</sup>

Ten vijfde moet meer algemeen de verhouding van het stiefouderschap met reeds bestaande statussen waarbij ouderlijke rechten worden verleend, zoals ouderlijk gezag, adoptie of pleegvoogdij, worden uitgeklaard. Zo moeten bijvoorbeeld verschillen tussen het stiefouderschap en deze statussen worden verantwoord.<sup>512</sup>

### **AFDELING 3. Draagwijdte**

143. De concrete inhoudelijke draagwijdte van het advies van de Raad van State wordt bepaald door de omschrijving van het begrip 'stiefouder' of 'stiefouderschap' (cf. nr. 139). Daarmee benoemt de Raad concreet bijzondere banden tussen een kind:<sup>513</sup>

- 1° geboren uit een eerdere relatie van zijn juridische ouder en de nieuwe partner van zijn juridische ouder ongeacht diens geslacht en ongeacht het statuut van hun relatie;
- 2° geboren binnen de relatie van zijn juridische moeder en haar vrouwelijke partner, ongeacht het statuut van hun relatie;

---

<sup>509</sup> Adv. RvS., nr. 73, 78-79 en nr. 79, 81-82.

<sup>510</sup> Adv. RvS., nr. 72, 78 en nr. 80, 82-83.

<sup>511</sup> Adv. RvS., nrs. 70-71, 77-78.

<sup>512</sup> Adv. RvS., nr. 77, 81 en nrs. 81-82, 83-85.

<sup>513</sup> Zie ook in die zin: T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 99, 96.

- 3° en de persoon die zich samen met de juridische ouder bekommert om de opvoeding van het kind.

144. Het advies van de Raad van State heeft uitsluitend betrekking op deze specifieke opvoedingssituaties waarin telkenmale een kind wordt opgevoed door zijn juridische ouder samen met een persoon die noch zijn juridische noch zijn biologische ouder is. Ook het EHRM heeft dergelijke opvoedingssituaties reeds als familielevens in de zin van art. 8 EVRM beschermd. Zo kwalificeert het EHRM de relatie tussen een kind en de nieuwe partner van zijn ouder (1°) als familieleven ongeacht diens geslacht of seksuele geaardheid (*Söderbäck/Zweden, Chepelev/Rusland* – cf. nr. 98; *X. e.a./Oostenrijk, Kuijper/Nederland* – cf. nr. 94). Het EHRM aanvaardt eveneens het bestaan van familielevens tussen een kind en de vrouwelijke partner van de moeder die in de verwekking heeft toegestemd (2°) (*Gas en Dubois/Frankrijk* – cf. nr. 94), alsook tussen een kind en andere personen die zich samen met de ouder(s) bekommeren om zijn opvoeding (cf. *Bronda/Italië, Boyle/Verenigd Koninkrijk* – cf. nr. 97). De uitgevoerde rechtspraakanalyse toont evenwel aan dat het EHRM nog verder gaat in de erkenning van opvoedingsrelaties als familielevens. Zo werd tevens de relatie tussen een kind en een vrouw-naar-man transseksueel die in diens verwekking had toegestemd als familieleven gekwalificeerd (*X., Y. en Z./Verenigd Koninkrijk* – cf. nr. 98), alsook de relatie tussen een vrouw en het kind geboren uit een draagmoeder op wie de vrouw en haar echtgenoot een beroep hadden gedaan (*Menesson/Frankrijk* en *Labassee/Frankrijk* – cf. nr. 94).

145. De feitelijke opvoedingssituaties die in dit proefschrift worden onderzocht (cf. nr. 3) betreffen de eerste en derde opvoedingssituatie van het advies van de Raad van State. Het gaat dan meer specifiek om de situatie dat het kind uit een eerdere relatie van zijn juridische ouder wordt opgevoed door zijn juridische ouder en diens nieuwe partner, ongeacht diens geslacht of seksuele geaardheid en ongeacht het statuut van hun relatie, dan wel om de situatie dat het kind wordt opgevoed door een persoon die zich om hem bekommert samen met zijn juridische ouder, en zodoende deze ouder helpt het kind op te voeden en te verzorgen, maar die niet de biologische en evenmin de juridische ouder van het kind is (bv. een familielid

- cf. nr. 3). In elk van deze situaties wordt de persoon die het kind feitelijk opvoedt zonder diens juridische of biologische ouder te zijn, aangeduid als 'zorgouder'. Zoals *supra* aangetoond, zijn de thans gehanteerde rechtsfiguren ter omkadering van dit feitelijk ouderschap zoals adoptie, pleegvoogdij, voogdij, provoogdij of pleegzorg ongeschikt om in de eerste en derde opvoedingssituatie de relatie tussen het kind en zijn zorgouder juridisch te omkaderen (cf. nrs. 4 e.v.). Een specifieke juridische omkadering van het feitelijk ouderschap is tevens vereist vanuit het belang van het kind dat wordt opgevoed door de zorgouder samen met zijn ouder(s). Zo heeft het kind er belang bij dat de opvoeding die de zorgouder verschaft beschermd wordt in rechte. Op deze manier wordt voorkomen dat het kind elk recht op verzorging ten aanzien van de zorgouder, daaronder begrepen het recht op onderhoud en bescherming, zou kunnen verliezen bij scheiding van het paar en in het bijzonder bij overlijden van de juridische ouder. Ook het toenmalige Arbitragehof oordeelde reeds in deze zin in zijn arrest d. d. 8 oktober 2003 (cf. nrs. 120-129). Tevens heeft het kind belang bij een wettelijke omkadering van het feitelijk ouderschap om te vermijden dat het volledig overgeleverd is aan de willekeur van de zorgouder. Vanuit de beschermingsgedachte van het kind die ook het IVRK kenmerkt, is de juridische verankering met andere woorden verantwoord (cf. nr. 352). Ook komt een dergelijke omkadering het belang van de zorgouder ten goede die zodoende zijn rol in de opvoeding van het kind erkend en afgebakend ziet in rechte (cf. nrs. 161-162).

De tweede door de Raad van State beoogde opvoedingssituatie wordt buiten beschouwing gelaten in dit proefschrift aangezien daaraan tegemoet wordt gekomen door de wet op het meemoederschap van 5 mei 2014, zoals gerepareerd door de wet van 18 december 2014. Ingevolge deze wetgeving kan een vrouw immers juridisch meemoeder worden van een kind, ofwel van rechtswege door haar huwelijk met de moeder op het ogenblik van de geboorte van het kind (art. 325/2 BW), ofwel door het kind te erkennen (art. 325/4 BW) ofwel op grond van een onderzoek van het meemoederschap (art. 325/8 BW).

### TITEL 3. Een blik over de grenzen

146. In alle bestudeerde rechtsstelsels is een specifieke regeling voor zorgouders ontwikkeld. De toenmalige wetgevende oplossingen waren immers ook in deze landen ontoereikend om het feitelijk tot stand gekomen familieleven tussen een kind en zijn zorgouder juridisch te erkennen en te beschermen. In alle bestudeerde rechtsstelsels vormde het belang van het kind hierbij het uitgangspunt.<sup>514</sup>

147. Zo kunnen in Nederland de zorgouder en de ouder samen de rechter verzoeken om een gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag (art. 1:253t NBW). De zorgouder wordt dan titularis van het ouderlijk gezag.<sup>515</sup>

Ook in Engeland kan de zorgouder titularis worden van ouderlijk gezag (ENG: '*parental responsibility*')<sup>516</sup> door een *parental responsibility agreement* (hierna: *PRA*) te sluiten met de ouder(s) van het kind die titularis zijn van het ouderlijk gezag (s 4A(1)(a) Children Act 1989, hierna: CA 1989).<sup>517</sup> Weigert de ouder een overeenkomst te sluiten dan kan de zorgouder de rechtbank verzoeken om een *parental responsibility order*

---

<sup>514</sup> **Nederland:** Memorie van Toelichting, TK 1993-94, 23714/3, 1-2; Notitie leefvormen in het familierecht, TK 1994-95, 22700/5, 5, 15-16; Nota naar aanleiding van het verslag, TK 1995-96, 23714/6, 3-4, 6; Nota naar aanleiding van het verslag, TK 1996-97, 23714/11, 2-3 en 4;

**Duitsland:** Kinderrechteverbesserungsgesetz (KindRVerBG) 11 november 1999, BT-Drucksache 14/2096, 8; Gesetzentwurf Lebenspartnerschaftsgesetz 4 juli 2000, BT-Drucksache 14/3751, 39 en 45;

**Frankrijk:** Assemblée Nationale, rapport 7 juni 2001 relative à l'autorité parentale par M. DOLEZ, nr. 3117, 47-49 (hierna: 'rapport DOLEZ'); Sénat, rapport 14 november 2001 relative à l'autorité parentale par L. BETEILLE, nr. 71, 16 (hierna: 'rapport BETEILLE'); Cass. 16 april 2008, nr. 07-11.273, *Bull. civ.*, I, n°106;

**Engeland:** Memorandum BAAF to Adoption and Children Bill, ov. 14.1 STEP-PARENT, zie <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200001/cmselect/cmadopt/431/1050102.htm>;

<sup>515</sup> Zie onder andere: ASSER/DE BOER, *1\* Personen- en familierecht*, 2010, nr. 839f; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253t NBW, aant. 1.1 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016); S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 131, 234-235.

<sup>516</sup> Zie nr. 59: Zoals vermeld wordt in dit proefschrift ook voor Engeland de term 'ouderlijk gezag' gehanteerd in plaats van 'ouderlijke verantwoordelijkheden' omwille van de duidelijkheid en uniformiteit.

<sup>517</sup> F. BURTON, *Family law*, Routledge, Londen, 2015, 314; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 411-412; J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 368.

(hierna: *PRO*) (s 4A(1)(b) CA 1989).<sup>518</sup> Ook via een verzoek om een *child arrangement order* (hierna: *CAO*) (s 12(2) CA1989), *special guardianship order* (hierna: *SGO*) (s 14A ev. CA 1989) of *emergency protection order* (hierna: *EPO*) (s 44(1) CA 1989) kan de zorgouder ouderlijk gezag verkrijgen. Een *CAO* vervangt sinds de Children and Families Act 2014 de vroegere '*contact orders*' en '*residence orders*'. Bijgevolg kan een rechter middels een *CAO* bepalen met wie het kind contact zal onderhouden (i.e. de '*contact order*'), in welk geval hij ouderlijk gezag aan deze persoon *kan* toekennen. Op die manier kan de zorgouder dus titularis van ouderlijk gezag worden. De rechter kan in een *CAO* ook bepalen bij wie het kind zal wonen (i.e. de '*residence order*') na een relatiebreuk tussen de ouder en de zorgouder, in welk geval de begunstigde van deze *order* steeds ouderlijk gezag verkrijgt voor de duur ervan. Bijgevolg kan de rechter in de *CAO* stipuleren dat een kind nu eens zal wonen bij zijn ouder en dan bij zijn zorgouder.<sup>519</sup> Meer specifiek gaat het dan om wat onder het oude recht als een '*shared residence order*' werd aangeduid. Is de zorgouder begunstigde van een dergelijke *order* dan wordt hij titularis van het ouderlijk gezag voor de duur van de *order*.<sup>520</sup> Een *SGO* is bedoeld om een meer permanente status te verschaffen aan meerderjarige personen, verwanten of derden, die een kind opvoeden dat niet kan terugkeren naar zijn ouders en dat voordeel heeft bij een standvastige gezins-, en opvoedingssituatie. Enerzijds biedt een *SGO* meer verregaande bescherming dan een *CAO* die bepaalt bij wie het kind zal wonen. Het toegekende ouderlijk gezag wordt immers voor de duur van de *order* alleen uitgeoefend door de *special guardian* en dit met uitsluiting van de andere titularissen van het ouderlijk gezag (s 14C (1) CA

---

<sup>518</sup> S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT, "Introduction: Parental Responsibility-Law, Issues and Themes" in S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford, Hart Publishing, 2009, (1) 7.

<sup>519</sup> Merk op dat indien het kind twee ouders heeft zij allicht zullen wensen dat het kind bij hen woont, en niet bij de zorgouder.

<sup>520</sup> F. BURTON, *Family law*, Routledge, Londen, 2015, 387-397; G. DOUGLAS, "The changing concept of 'family' and challenges for family law in England and Wales" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. II – The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, (22) 32-33; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 492 e.v. (zie voor '*shared residence orders*' vnl. 501 en 510-511, en voor '*contact orders*' vnl. 512 e.v.); S. HARRIS-SHORT en J. MILES, *Family Law Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford UP, 2011, 684; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12.022, 273.

1989). Anderzijds is een *SGO* minder verregaand dan een adoptie omdat de juridische afstammingsbanden van het kind met zijn familie niet worden verbroken.<sup>521</sup> De zorgouder kan tevens verzoeken om een *EPO* voor zover hij aantoonde dat het kind in gevaar is wanneer het niet gaat wonen in een accommodatie ter beschikking gesteld door de zorgouder zelf of omgekeerd wanneer het kind niet in zijn huidige woonplaats blijft. Wordt de *order* toegewezen dan verkrijgt de zorgouder een beperkt ouderlijk gezag.<sup>522</sup> In beginsel beschikt een zorgouder in Engeland dus over verschillende mogelijkheden om titularis van het ouderlijk gezag te worden. Niettegenstaande wordt meestal gebruik gemaakt van een *PRA* of *PRO*, welke maatregelen om die reden werden ingevoerd, alsook van een *CAO* met een '*shared residence*' waarin de zorgouder wordt aangeduid als de persoon bij wie het kind zal wonen.<sup>523</sup> Via een *CAO* kan de zorgouder immers het titularisschap van het ouderlijk gezag verkrijgen als hij geen beroep kan doen op de andere mogelijkheden.

De zorgouder kan zowel in Nederland als in Engeland het titularisschap van het ouderlijk gezag verkrijgen. Dit kan worden verklaard doordat beide landen gemengd dualistische systemen zijn. In dergelijke systemen valt het titularisschap van het ouderlijk gezag niet noodzakelijk samen met de vestiging van een juridische afstammingsband. Bijgevolg kunnen ook personen zonder juridische afstammingsband titularis zijn van het ouderlijk gezag, of kan omgekeerd alleen een juridische afstammingsband worden gevestigd zonder het titularisschap van het ouderlijk gezag, alsook kan ouderlijk gezag in bepaalde gevallen wel samenvallen met de vestiging van een juridische afstammingsband (cf. nrs. 168-169).<sup>524</sup>

---

<sup>521</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 413 en 744 e.v.; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 730-740; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 15.011, 399-402.

<sup>522</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 628; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 583-589.

<sup>523</sup> F. BAILEY, "Blended families (part one)", *PCB* 2016, (260) 262-264; L. LESTIENNE-SAUVÉ, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Parijs, LGDJ, 2013, nr. 65, 53.

<sup>524</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 988-989, 734-735.

148. In Frankrijk kan de zorgouder de uitoefening van het ouderlijk gezag verkrijgen doordat de ouders als titularissen van dit gezag hem de uitoefening ervan geheel of ten dele overdragen.<sup>525</sup> Naast deze klassieke overdracht waarbij de ouders de overgedragen bevoegdheden nadien niet meer zelf kunnen uitoefenen, kunnen zij ook via een gedeelde overdracht de uitoefening van het ouderlijk gezag delen met de zorgouder, voor zover de opvoeding van het kind dit vereist (art. 377-1 Cc – “*pour les besoins d'éducation de l'enfant*”).<sup>526</sup> Met deze voorwaarde heeft de wetgever het delen van slechts een gedeelte van het ouderlijk gezag juridisch en feitelijk onmogelijk gemaakt. Alle bestanddelen van het ouderlijk gezag zijn immers noodzakelijk om de opvoeding van het kind te voltooien. Bijgevolg heeft een gedeelde overdracht steeds betrekking op het volledige ouderlijk gezag zodat de ouders en de zorgouder dezelfde bevoegdheden uitoefenen.<sup>527</sup> Tot slot kan de rechter ook beslissen tot een gedwongen overdracht van de uitoefening van het geheel of een deel van het ouderlijk gezag aan de zorgouder, en dit bij desinteresse van de ouders of wanneer zij zich in de onmogelijkheid bevinden om het gezag zelf uit te oefenen (art. 377, tweede lid Cc).<sup>528</sup> Deze laatste overdracht wordt evenwel door zorgouders niet of nauwelijks gebruikt om het kind te helpen opvoeden, mede gelet op de toepassingsvoorwaarden van deze rechtsfiguur.<sup>529</sup> Om die reden zal bij de

---

<sup>525</sup> A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Parijs, LGDJ, 2010, nr. 482, 250; A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, Parijs, Montchrétien, 2014, nrs. 1146 en 1148, 455-457; P. COURBE, *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2008, nr. 1082, 495; A. GOUTTENOIRE, “Autorité parentale: exercice” in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 234.190 e.v., (969) 1020 e.v.; C. NEIRINCK, “Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation”, *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010); zie ook: *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, rapport présenté par J. LEONETTI, oktober 2009, (hierna: ‘Rapport LEONETTI’), (1) 66-67.

<sup>526</sup> P. COURBE, *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2008, nr. 1082, 495; P. COURBE en A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2013, nrs. 1354-1357, 506-507; A. GOUTTENOIRE, “Autorité parentale: exercice” in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 234.231 e.v., (969) 1025 e.v.; Rapport LEONETTI, (1) 67-69.

<sup>527</sup> C. NEIRINCK, “Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation”, *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 130-131.

<sup>528</sup> Zie onder andere: A. GOUTTENOIRE, “Autorité parentale” in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 234.211-234.216, (969) 1021-1023; C. NEIRINCK, “Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation”, *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 34.

<sup>529</sup> V. DEPADT-SEBAG, “La reconnaissance juridique des tiers des beaux-parents: entre adoption simple et délégation-partage”, *Rec. Dalloz* 2011, 2494 e.v.; L. LESTIENNE-SAUVÉ, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Parijs, LGDJ, 2013, nrs.

hiernavolgende rechtsvergelijkende analyses voor Frankrijk voornamelijk de klassieke overdracht en de gedeelde overdracht worden toegelicht en slechts in beperkte mate de gedwongen overdracht. Ook in Duitsland verkrijgt de zorgouder als echtgenoot of geregistreerde partner van de ouder van het kind van rechtswege de uitoefening van een '*kleines Sorgerecht*', bestaande uit een medebeslissingsrecht in dagelijkse opvoedingsaangelegenheden (D: '*Mitsorgerecht*'), alsook een '*Notvertretungsrecht*' (§ 1687b BGB, § 9 LPartG).<sup>530</sup>

In Frankrijk en Duitsland verkrijgt de zorgouder slechts de uitoefening van het ouderlijk gezag. Dit vindt zijn verklaring in het feit dat beide landen monistische systemen zijn. In dergelijke systemen impliceert het titularisschap van het ouderlijk gezag de vestiging van een juridische afstammingsband. Bijgevolg kan een persoon zonder juridische afstammingsband uitsluitend de uitoefening van het ouderlijk gezag verkrijgen (cf. nrs. 168-169).<sup>531</sup>

#### **TITEL 4. Besluit**

149. In het huidige Belgische recht ontbreekt vooralsnog een specifieke regeling om het familieleven dat tot stand is gekomen tussen een kind en zijn zorgouder juridisch te beschermen. De huidige gezagsinstellingen over minderjarigen zijn in dit verband ontoereikend. Het (toenmalige) Arbitragehof oordeelde in zijn arrest d. d. 8 oktober 2003 dat het aan de wetgever toekomt om te bepalen in welke vorm, onder welke voorwaarden en volgens welke procedure het ouderlijk gezag in het belang van het kind kan toekomen aan andere personen dan juridische ouders van het kind. Ook

---

90-101, 70-78; Sénat, "Les documents de travail du Sénat – Le statut du beau-parent" in *Série Législation Comparée*, april 2009, n° LC 196, 30p; rapport LEONETTI, (1) 65-69.

<sup>530</sup> HENNEMANN, "§ 1687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten" in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage, München, 2012, nr. 1; D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nr. 760, 339; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, 67 e.v.; B. VEIT, "§ 1687b BGB", in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nrs. 7-10; zie voor een recent gevoerd onderzoek met cijfers: T. HELMS, *Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen (Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag)*, München, C. H. Beck, 2016, 58 e.v.

<sup>531</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 990-992, 735-736.



de Raad van State veronderstelt in advies nr. 51-393/002 van 7 oktober 2005 dat een wettelijke tussenkomst voortvloeit uit het recht op familielevens zoals beschermd door art. 8 EVRM dat ook van toepassing is op feitelijke relaties, zoals tussen een zorgouder en een kind. Bijgevolg rust op de Belgische Staat de positieve verplichting om dienaangaande maatregelen te nemen. De Nederlandse, Engelse, Duitse en Franse wetgever hebben ter zake reeds actie ondernomen en hebben een specifieke regeling uitgewerkt teneinde het familielevens tussen een zorgouder en een kind te beschermen. Hierbij vormt het belang van het kind telkens het uitgangspunt van de regeling. Op welke wijze precies invulling moet worden gegeven aan dit wetgevend optreden wordt in de delen IV en V onderzocht, nadat eerst in het deel III twee criteria worden uitgewerkt die daarbij als uitgangspunten zullen worden aangewend, met name het recht op familielevens en het belang van het kind en van de zorgouder.



### **DEEL III. Uitgangspunten**

150. Bij de uitwerking van een statuut voor zorgouders worden in dit proefschrift en om de reeds in deel II uiteengezette redenen (*supra* nr. 149) twee uitgangspunten gehanteerd, namelijk het begrip 'familieleven' in de zin van art. 8 EVRM enerzijds en het belang van het kind en van de zorgouder anderzijds. In dit deel worden deze uitgangspunten nader toegelicht. Eerst wordt een omschrijving gegeven van het begrip 'familieleven' zoals beschermd door art. 8 EVRM (titel 1), waarbij de vraag centraal staat wanneer sprake is van beschermenswaardig familieleven in de relatie tussen zorgouder en kind. Het antwoord op deze vraag is immers cruciaal bij de toekenning van een zorgouderschapsstatuut (cf. *infra* nr. 164 e.v.). Vervolgens worden het belang van het kind en het belang van de zorgouder zoveel als mogelijk geobjectiveerd aan de hand van elementen die constitutief zijn voor beide belangen. Een objectivering vereenvoudigt immers de concrete invulling van deze belangen in het kader van het zorgouderschapsstatuut (cf. *infra* nrs. 164 e.v. en 285 e.v.).

#### **TITEL 1. Familieleven in de zin van art. 8 EVRM**

151. Er is sprake van beschermenswaardig familieleven in de zin van art. 8 EVRM tussen de zorgouder en het kind, voor zover hun relatie daadwerkelijk beleefd wordt (cf. nr. 112). Deze daadwerkelijke beleving vloeit ingevolge de rechtspraak van het EHRM voort uit een geheel van feitelijke elementen zoals onder meer de biologische band tussen de zorgouder en het kind (cf. *Bronda/Italië*), hun samenwoning (cf. *Chepelev/Rusland*), het feit dat het kind wordt opgevoed binnen de beschermenswaardige partnerrelatie van de ouder en zorgouder (cf. *Söderbäck/Zweden*, *Kuijper/Nederland*, *X. e.a./Oostenrijk*), of de opvoedende rol van de zorgouder (cf. *Boyle/Verenigd Koninkrijk*, *X. e.a./Oostenrijk*). Geen van deze elementen vormt evenwel een voldoende voorwaarde op zich om beschermenswaardig familieleven tot stand te brengen. Onder daadwerkelijk beleefd familieleven moet ook begrepen

worden potentieel familieleden dat zich nog tussen de zorgouder en het kind kan ontwikkelen (cf. *Todorova/Italië, D. en R./België, Pini e.a./Roemenië*).

## **TITEL 2. Belang van het kind en belang van de zorgouder**

152. Bij de uittekening van een statuut voor zorgouders moet het belang van het kind én het belang van de zorgouder als uitgangspunten in aanmerking worden genomen en dit om de volgende redenen.

Krachtens artikel 3.1 IVRK moet in alle beslissingen met betrekking tot kinderen het belang van het kind als een eerste overweging (ENG: '*a primary consideration*') in acht worden genomen (art. 3.1 IVRK). Ook de buitenlandse wetgevers hebben bij de uitwerking van een specifieke regeling voor zorgouders het belang van het kind als uitgangspunt gehanteerd (cf. nr. 146). Aangezien het zorgouderschapstatuut de opvoeding van het kind tot voorwerp heeft, speelt het belang van het kind in deze context een belangrijke rol.

Daarbij komt dat zich de voorbije decennia een maatschappelijke evolutie heeft voltrokken waarbij de wil van het individu centraal is komen te staan. Deze evolutie is mede ingegeven vanuit de opkomst van mensenrechten in verschillende verdragen na de Tweede Wereldoorlog (bv. EVRM) (cf. nr. 270).<sup>532</sup> Het individualisme wordt ook weerspiegeld in het familierecht zoals onder meer bij de verwekking van kinderen<sup>533</sup> of het

---

<sup>532</sup> D. LUYTEN en S. EGGERMONT, in D. LUYTEN, H. VAN CROMBRUGGE en K. EMMERY (eds.), *Het gezin in Vlaanderen 2.0: over het eigene van gezinnen en gezinsbeleid*, Antwerpen, Garant, 2017, (77) 101 e.v.; zie daarover uitgebreid: J.-L. RENCHON, "Le droit de la personne et de la famille: de l'indisponibilité à l'autodétermination?" in D. HEIRBAUT en G. MARTYN (eds.), *Napoleons Nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België*, Mechelen, Kluwer, 2005, 99 e.v. zie specifiek 114-121 met voorbeelden; J.-L. RENCHON, "Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille" in A. WIJFFELS (eds.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Brussel, Bruylant, 2005, 269 e.v., zie vnl. nrs. 23-31 met voorbeelden vanaf nrs. 32 e.v.; F. SWENNEN, "Contractualisation of family law", *Familie & Recht* 2013, juli-september, DOI: 10.5553/FenR/000008.

<sup>533</sup> Zoals bijvoorbeeld de vestiging van een afstammingsband in het kader van de wet medisch begeleide voortplanting van 6 juli 2007 op basis van de toestemming in de verwekking van het kind; zie ook wet meemoederschap bv. art. 325/9 BW.

aangaan en verbreken van familierelaties.<sup>534</sup> De wil van de zorgouder om het kind op te voeden staat eveneens centraal in het kader van de bestudeerde opvoedingssituaties (cf. nrs. 48 en 271). Naast het belang van het kind dient met andere woorden ook rekening te worden gehouden met het belang van de zorgouder. Evenwel heeft het individualisme tot gevolg dat 'de familie' geen allesomvattende structuur meer is, maar een plaats waar verschillende individuele belangen elkaar ontmoeten en desgevallend kunnen botsen (cf. nr. 341).<sup>535</sup> De functie van het recht bestaat er dan in om een evenwicht te bereiken tussen de verschillende betrokken belangen.<sup>536</sup> Bij de toekenning en invulling van het zorgouderschapstatuut moet ook een evenwicht worden bereikt tussen het belang van het kind en het belang van de zorgouder. Om die reden worden in wat volgt beide belangen geobjectiveerd zodat een concrete belangenafweging mogelijk is bij de verdere uitwerking van het statuut.

## **HOOFDSTUK 1. Belang van het kind**

### **AFDELING 1. Situering**

153. Het belang van het kind kan zowel in internationale als nationale regelgeving worden teruggevonden. Op internationaal niveau bepaalt art. 3.1 IVRK dat in alle maatregelen met betrekking tot kinderen genomen door

---

<sup>534</sup> zie de opkomst van diverse samenlevingsvormen naast het huwelijk, alsook het hoge aantal echtscheidingen (cf. nr. 2); A.-M. CASTRÉN en E. D. WIDMER, "Insiders and outsiders in stepfamilies: adults' and children's views on family boundaries", *Current Sociology* 2015, vol. 63/1, (35) 36; M. GODELIER, "Systèmes de parenté, formes de famille. Quelques problèmes contemporaines qui se posent en Europe occidentale et en Euro-Amérique", *La revue lacanienne* 2010/3, n°8, (37) 43-48, via <http://www.cairn.info/revue-la-revue-lacanianne-2010-3-page-37.htm>; C. HERBRAND en N. GALLUS, "La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie: évolutions, enjeux et régulation" J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, (313) 315-316; J. SOSSON, "Filiation, origines, parentalité" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 2, (5) 6-7.

<sup>535</sup> N. GALLUS, "Les fondements et la représentation juridique de la parenté" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, nr. 8, 11 -12.

<sup>536</sup> N. GALLUS, "Les fondements et la représentation juridique de la parenté" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, nr. 22, 20.

openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn, rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen het belang van het kind een eerste overweging (ENG: 'a primary consideration') vormt.<sup>537</sup> Hoewel enige tijd discussie bestond omtrent de rechtstreekse werking van art. 3.1 IVRK waarbij het Hof van Cassatie in twee arresten de rechtstreekse werking ontkende,<sup>538</sup> kan tegenwoordig worden aangenomen dat mede gelet op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in afstammingszaken waarbij het Hof zich rechtstreeks op dit belang baseert<sup>539</sup>, wel sprake is van een rechtstreekse werking.<sup>540</sup> Uit de formulering van art.

---

<sup>537</sup> S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag, Kluwer, 1999, 91; M. FREEMAN, "Article 3. The Best Interests of the Child" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS en M. VERHEYDE (eds.), *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 1-5;

*Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Unicef, 1998, (37) 40-41; S. PARKER, "The best interests of the child – principles and problems" in P. ALSTON (ed.), *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994, (26) 27-29; D. VAN HERSTRAETEN, "De l'intérêt de l'enfant en justice" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, (41) 51.

<sup>538</sup> Cass. 4 november 1999, RW 2000-01, noot A. VANDAELE, 232 en TJK, 2000, 62.

<sup>539</sup> zie onder andere: Arbitragehof 8 oktober 2003, nr. 134/2003; GwH 16 december 2010, nr. 144/2010; GwH 3 februari 2011, nr. 20/2011; GwH 6 april 2011, nr. 54/2011; GwH 31 mei 2011, nr. 96/2011; GwH 3 mei 2012, nr. 61/2012; GwH 12 juli 2012, nr. 93/2012; GwH 12 juli 2012, nr. 94/2012; GwH 9 augustus 2012, nr. 103/2012; GwH 7 maart 2013, nr. 29/2013; GwH 7 maart 2013, nr. 30/2013; GwH 28 maart 2013, nr. 46/2013; GwH 9 juli 2013, nr. 105/2013; GwH 9 juli 2013, nr. 96/2013; GwH 17 oktober 2013, nr. 139/2013; GwH 5 december 2013, nr. 165/2013; GwH 29 januari 2014, nr. 16/2014; GwH 20 maart 2014, nr. 46/2014; GwH 17 juli 2014, nr. 118/2014; GwH 25 september 2014, nr. 139/2014; GwH 9 oktober 2014, nr. 145/2014; GwH 19 maart 2015, nr. 38/2015; GwH 2 juli 2015, nr. 102/2015; GwH 2 juli 2015, nr. 101/2015; GwH 24 september 2015, nr. 126/2015, [www.grondwettelijkhof.be](http://www.grondwettelijkhof.be).

<sup>540</sup> S. BENKHELIFA en H. RIAD, "Art. 22bis Grondwet: directe werking ook voor kinderen zonder papieren?", TJK 2013, afl. 3, (267) 271-275 met verwijzing naar rechtspraak; A. ALEN en W. PAS, "De directe werking van het VN-verdrag inzake de rechten van het kind" in *Kinderrechtengids*, deel I, 1.1, 1994, nrs. 15-17: Volgens deze auteurs moet niet worden nagegaan of het IVRK rechtstreekse werking heeft of niet, maar moet worden nagegaan of een bepaalde verdragsbepaling in meer of mindere mate rechtstreekse werking heeft op basis van de ruime of enge beleidsruimte die aan de overheid wordt toegelaten inzake de naleving van deze bepaling. Daarbij zijn voornamelijk de bewoordingen van de verdragsbepaling van groot belang.; P. LEMMENS, "De rechten van het kind als grondrechten in de Belgische rechtsorde" in W. VANDENHOLE (ed.), *Kinderrechten in België*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (37) 42-46: Deze auteur sluit zich aan bij de voornoemde stelling van ALEN en PAS. De traditionele criteria voor het bestaan van rechtstreekse werking, met name dat het de bedoeling was van de opstellers van het Verdrag om rechtstreekse werking toe te kennen aan de betrokken verdragsbepaling (i.e. subjectieve voorwaarde) en dat deze bovendien voldoende duidelijk en precies omschreven is (i.e. objectieve voorwaarde) zijn niet alleen moeilijk te hanteren, maar

3.1 IVRK vloeit voort dat in het kader van de belangenafweging specifieke aandacht moet uitgaan naar het belang van het kind doordat het niet op marginale, maar op volledige wijze moet worden getoetst. Evenwel vormt het belang van het kind geen absoluut criterium, zodat desgevallend andere belangen kunnen voorgaan.<sup>541</sup> Volgens de officiële Nederlandse vertaling van het Verdrag moet het belang van het kind daarentegen niet 'een', maar 'de' eerste overweging vormen. Bijgevolg zou de rechter maar met andere belangen, bv. van de zorgouder en de ouder(s), rekening kunnen houden voor zover dit het belang van het kind niet schaadt.<sup>542</sup> Een dergelijke vertaling en zienswijze stroken evenwel niet met de authentieke Engelse versie van het Verdrag, zoals *supra* vermeld, waarin sprake is van 'a primary consideration'.<sup>543</sup> Tevens werd ook in de voorbereidende werken bij art. 3.1 IVRK duidelijk overwogen dat het belang van het kind niet steeds moet primeren en dat in bepaalde zaken anderen (bv. zorgouder, maatschappij,

---

ook betwist. Tevens wekt de objectieve voorwaarde de verkeerde indruk dat geen verplichting rust op de Staat wanneer het een relatief vage verdragsbepaling betreft.; A. VANDAELE, "De directe werking van het kinderrechtenverdrag" in *Kids-codex. Boek I*, 2014, (11) 15-17; A. VANDAELE, "De directe werking van *capita selecta* uit het internationaal verdrag inzake de rechten van het kind" in *Kinderrechtengids*, deel I, 1.1, 2003, nr. 25 e.v.; *contra*: G. VERSCHULDEN, "Het belang van het kind in het toekomstige afstammingsrecht: considerans voor de wetgever, niet voor de rechter", *T.Fam.* 2013, (98) 99.

<sup>541</sup> P. ALSTON, "The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights" in P. ALSTON (ed.), *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994, (1) 12-13; In andere bepalingen van het IVRK is daarentegen wel sprake van "the paramount consideration" (art. 21 IVRK); S. PARKER, "The best interests of the child – principles and problems" in P. ALSTON (ed.), *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994, (26) 28; zie daarover ook: M. FREEMAN, "Article 3. The Best Interests of the Child" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS en M. VERHEYDE (eds.), *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 5-9.

<sup>542</sup> H. VAN BOCKRIJCK, "Het juridisch kader en de toepassing in de rechtspraak, inclusief knelpunten op sociaal en fiscaal vlak" in CBR (ed.), *Verblijfsregeling*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (13) 18; H. VAN BOCKRIJCK, "Deel IV. Twee jaar toepassing van de wet van 18 juli 2006 inzake het verblijfsco-ouderschap en de uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen" in P. SENAEEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (193) 196; zie specifiek over dit verschil tussen 'a' en 'the': M. FREEMAN, "Article 3. The Best Interests of the Child" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS en M. VERHEYDE (eds.), *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 60-64, zie vnl. 60-61.

<sup>543</sup> P. SENAEEVE en H. VAN BOCKRIJCK, "De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang", *EJ* 2006, nr. 41, (117) 129.

ouders) gelijkwaardige of hogere belangen kunnen hebben.<sup>544</sup> In het kader van de belangenafweging vormt het belang van het kind met andere woorden een zeer gewichtige overweging naast de andere belangen, waaraan een passend gewicht moet worden toegekend.<sup>545</sup>

Anders dan het IVRK bevat het EVRM daarentegen geen bepaling waarin wordt verwezen naar het belang van het kind. Desalniettemin hanteert het EHRM veelvuldig dit begrip in haar rechtspraak met betrekking tot het recht op familielevens van art. 8 EVRM,<sup>546</sup> zodat dit artikel verbonden is met art. 3.1 IVRK.<sup>547</sup> In sommige arresten verwijst het EHRM zelfs uitdrukkelijk naar art. 3.1 IVRK.<sup>548</sup> Deze rechtspraak toont aan dat het EHRM een primordiale waarde toekent aan het belang van het kind in de vorming van zijn oordeel zonder het evenwel steeds en absoluut voorrang te verlenen op andere betrokken belangen.<sup>549</sup>

---

<sup>544</sup> UN Doc. E/CN.4/1989/48, para. 121: "With regard to the revised text as contained in document E/CN.4/1989/WG.1/WP.2, a number of delegations questioned whether the best interests of the child should be the primary consideration in all actions. It was generally noted that there were situations in which the competing interests, inter alia, of justice and of the society at large should be of at least equal, if not, greater importance than the interests of the child."; zie daarover: S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, Den Haag, 1999, 91.

<sup>545</sup> D. REYNAERT, "Het belang van het kind. Zoektocht naar een lading voor de vlag", *TJK* 2007, (203) 203-204; P. SENAËVE en H. VAN BOCKRIJCK, "De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang", *EJ* 2006, nr. 41, (117) 129.

<sup>546</sup> Zie onder andere: EHRM 9 juni 1998, Bronda/Italië, nr. 40/1997/824/1030, § 62: 'special weight'; EHRM 9 mei 2006, C./Finland, § 54: 'particular importance'; EHRM 6 juli 2010, Neulinger en Shuruk/Zwitserland, nr. 41615/07, § 134: 'the primary consideration'; EHRM 29 januari 2013, nr. 25704/11, Lombardo/Italië, § 84 'intérêts supérieurs de l'enfant' en § 91; zie evenwel : EHRM 5 november 2002, Yousef/Nederland, § 73: 'the paramount consideration'.

<sup>547</sup> S. SAROLEA, "L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme" in *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Brussel, Bruylant, 2016, (107) 112-113.

<sup>548</sup> EHRM 28 juni 2007, Wagner/Luxemburg, § 41; EHRM 6 juli 2010, Neulinger en Shuruk/Zwitserland, nr. 41615/07, § 49-50.

<sup>549</sup> C. J. FORDER, "Commentaar op art. 8 EVRM, par. 1" in *SDU Commentaar EVRM, Deel 1- materiële bepalingen*, Den Haag, SDU Uitgevers 2013, (534) 553-555; R. GEORGE, "The child's welfare in a European perspective" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. III – Family Law in a European perspective*, Cheltenham, Elgar, 2016, (209) 216-217; G. GONZALEZ, "La valorisation apparente de certains intérêts" in F. SUDRE (ed.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, (226) 236; S. SAROLEA, "L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la



Op nationaal niveau vormt art. 22bis Gw de weerspiegeling van art. 3.1 IVRK.<sup>550</sup> Krachtens art. 22bis Gw vormt het belang van het kind 'de' eerste overweging die de rechter in acht moet nemen bij elke beslissing die een kind aangaat.<sup>551</sup> Zoals *supra* reeds toegelicht, suggereert een dergelijke formulering dat de rechter bij de belangenafweging een bijzondere aandacht moet schenken aan het belang van het kind, zonder dit belang absolute voorrang te geven. Ook in het Belgische personen- en familierecht speelt het belang van het kind een grote rol. Zo hanteren een aantal wettelijke bepalingen inzake ouderlijk gezag en afstamming dit begrip als toetsingscriterium voor de rechter.<sup>552</sup> Bovendien neemt de invloed van het belang van het kind nog verder toe via de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof met betrekking tot het afstammingsrecht, zoals *supra* vermeld.<sup>553</sup> Zo oordeelt het Hof in verschillende arresten dat het belang van het kind vereist dat het absoluut karakter van bepaalde gronden van niet-ontvankelijkheid, zoals deugdelijk bezit van staat, en het absoluut karakter van bepaalde termijnen, zoals de korte vervaltermijn van één jaar voor een kind ouder dan tweeëntwintig jaar om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten, en die de vestiging of betwisting van een juridische

---

Cour européenne des droits de l'homme" in L. BARNICH e.a. (eds.), *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Brussel, Bruylant, 2016, (107) 113; G. WILLEMS, *Le droit de la personne et de la famille au prisme de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Louvain-La-Neuve, 2014, nrs. 175-176, 105-106 (onuitg. doctoraatsthesis UCL): deze auteur spreekt van 'la prééminence de l'intérêt de l'enfant'; zie inzake de techniek van de belangenafweging: O. MARTELLY, "L'indifférenciation progressive dans le choix des outils de résolution des conflits de droits" in F. SUDRE (ed.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, (202) 205-209.

<sup>550</sup> Zie onder andere: K. HERBOTS en J. PUT, "De grondwettelijke verankering van kinderrechten", *TJK* 2010, (9) 11-13; 18

<sup>551</sup> Zie onder andere weigering van een persoonlijk contact wegens strijdigheid met het belang van het kind: Gent 7 februari 2005, *NJW* 2006, 36, noot G. VERSCHULDEN; Jeugdrb. Brussel 28 mei 1999, *RTDF* 2000, 455; zie inzake draagmoederschap en de vaststelling van de vaderlijke afstammingsband omwille van het belang van het kind: Rb. Brussel 6 april 2010, *RTDF* 2010, 1164; Luik 6 september 2010, *Act.dr.fam.* 2011, 159; zie inzake een vaderlijke erkenning en de toetsing aan het belang van het kind: Rb. Luik 16 mei 2008, *RTDF* 2009, 214.

<sup>552</sup> Zie onder meer de artikelen 302, 319 (erkenning), 322 (onderzoek naar het vaderschap), 329bis, §2 (erkenning toestemming), 344-1 BW (adoptie), 373-374 (ouderlijk gezag) en 375bis BW (recht op persoonlijk contact).

<sup>553</sup> Zie voetnoot 545; zie daarover uitgebreid: P. SENAËVE, "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht (2014-2016)" in *Themis Personen- en familierecht nr. 98*, Brugge, die Keure, 2017, nrs. 104-130, (1) 40-50, zie vnl. nr. 119; P. SENAËVE, "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht (2011-2013)" in *Themis Personen- en familierecht nr. 85*, Brugge, die Keure, 2014, nrs. 66-80, (1) 28-34.

afstammingsband verhinderen, als in strijd met artikel 22(*bis*)<sup>554</sup> van de Grondwet moeten worden beschouwd.

154. Noch het IVRK, noch het EVRM of de Belgische wetgeving of rechtspraak definiëren het belang van het kind. Doordat dit begrip ruim en vaag is brengt het enerzijds rechtsonzekerheid met zich mee, maar kan het anderzijds tijds- en contextgebonden worden ingevuld. Op deze manier kunnen maatschappelijke ontwikkelingen mee in overweging worden genomen en is maatwerk mogelijk in elk specifiek geval.<sup>555</sup>

## **AFDELING 2. Invulling**

155. Het zorgouderschapstatuut gaat uit van de *ratio legis* van het ouderlijk gezag zoals omschreven door het (toenmalige) Arbitragehof in zijn arrest d. d. 8 oktober 2003, zijnde de bescherming en socialisatie van minderjarige kinderen die nood daaraan hebben vanwege hun kwetsbaarheid

---

<sup>554</sup> Het belang van het kind zoals vooropgesteld in art. 3.1 IVRK en art. 22*bis* GW heeft uitsluitend betrekking op minderjarige kinderen, en kan bijgevolg uitsluitend in dergelijke zaken als grondrechtennorm worden ingeroepen (zie onder andere: P. SENAËVE, "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht (2014-2016)" in *Themis Personen- en familierecht* nr. 85, Brugge, die Keure, 2017, nrs. 129-130, (1) 51).

<sup>555</sup> zie onder andere: rapport Herijking Ouderschap, 2016, 34 e.v.; E. DE KEZEL, "Het begrip 'het belang van het kind'", *RW* 1998-99, nr. 5, (1163) 1164; C. DENOYELLE, "Beoordelingscriteria voor een verblijfsregeling – een persoonlijke kijk vanuit de praktijk" in *Verblijfsregeling*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (53) 55-56; H. LENTERS, "Resolution of family law conflicts concerning children and the interest of the child" in I. SAGEL-GRANDE, e.a. (ed.), *In the best interest of the child: conflict resolution for and by children and juveniles*, Amsterdam, Rozenberg, 2001, (9) 9; S. PARKER, "The best interests of the child – principles and problems" in P. ALSTON (ed.), *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994, (26) 26 met verwijzing naar omstandige rechtsleer dienaangaande in voetnoot 1; P. SENAËVE, "Het belang van het kind in het Belgische familierecht" in X (ed.), *Met het oog op het belang van het kind. Opstellen aangeboden aan professor mr. Madzy Rood – de Boer ter gelegenheid van haar emeritaat*, Deventer, Kluwer, 1988, nr. 11, (119) 126-127; D. VAN HERSTRAETEN, "De l'intérêt de l'enfant en justice" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, (41) 51-52; G. VERSCHULDEN, "Het belang van het kind in het afstammingsrecht", *TJK* 2005, nr. 3, (168) 168; J. WOLF, "The concept of the 'Best Interest' in Terms of the UN Convention on the Rights of the Child" in M. FREEMAN en P. VEERMAN (eds.), *The ideologies of children's rights*, Londen, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 125-133; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 857-858, 623; zie voor een ideologische discussie: M. FREEMAN, "Article 3. The Best Interests of the Child" in A. ALLEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS en M. VERHEYDE (eds.), *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 2-3 en 27-28 met verwijzing naar rechtsleer dienaangaande.

en hun fysieke en mentale onrijpheid.<sup>556</sup> De verwezenlijking van dit doel heeft de wetgever in beginsel en in eerste instantie opgedragen aan de juridische ouders van het kind.

Wanneer evenwel een zorgouder *de facto* het doel van het ouderlijk gezag verwezenlijkt door samen met de ouder voor de dagelijkse opvoeding en verzorging van het kind in te staan, vervult hij een feitelijke rol in het opvoedingsmilieu van het kind.<sup>557</sup> Het kind heeft bijgevolg belang bij de erkenning in rechte van de zorgouder middels een statuut omdat daarmee zijn socialisatie en verdere begeleiding tot aan zijn volwassenheid wordt verzekerd (§ 1), en meer algemeen de continuïteit in zijn opvoeding wordt gewaarborgd (§ 2). Het zorgouderschapstatuut beoogt immers de zorgouder in staat te stellen om de ouders te helpen met de opvoeding van het kind en zodoende met de verdere verwezenlijking van het doel van het ouderlijk gezag (cf. nr. 48).

### **§ 1. Socialisatie en begeleiding tot volwassenheid**

156. Het belang van het kind om te worden gesocialiseerd en tot volwassenheid te worden gebracht heeft meer algemeen betrekking op zijn belang om een opvoeding te genieten in de meest ruime zin van het woord. Het gaat dan om een goede materiële, emotionele en (psycho)sociale opvoeding opdat het kind zich volledig zou kunnen ontwikkelen. De materiële opvoeding omvat de dagelijkse middelen die het mogelijk maken voor een (zorg)ouder om een kind op te voeden zoals onder meer voedingsmiddelen, een woonruimte en inkomsten.<sup>558</sup> De emotionele en (psycho)sociale opvoeding kan worden omschreven als het ter beschikking stellen van een veilige fysieke en emotionele omgeving voor het kind, die door stabiliteit en continuïteit wordt gekenmerkt.<sup>559</sup> Een dergelijke omgeving

---

<sup>556</sup> Arbitragehof 8 oktober 2003, nr. 134/2003, ov. B.2; zie over het socialisatieproces: I. SAGEL-GRANDE, "Introduction: conflict resolution by and for children and Young people" in I. SAGEL-GRANDE (ed.), *In the best interest of the child. Conflict resolution for and by children and juveniles*, Amsterdam, Rozenberg, 2001, (1) 2.

<sup>557</sup> L. VANDEMEULEBROECKE, "4.1 De opvoedingssituatie in nieuw samengestelde gezinnen" in L. VANDEMEULEBROECKE, H. VAN CROMBRUGGE en J. GERRIS (eds.), *Gezinspedagogiek*, Antwerpen, Garant, 2007, (175) 176.

<sup>558</sup> E. DEWAMME en G. FASEUR, *Van drempel tot drempel. Kinderen in nieuw samengestelde gezinnen*, Leuven, Davidsfonds, 2009, 128 ev.

<sup>559</sup> G. VIGNERO, *De draad tussen ouder en kind. Voor een gewone en buitengewone opvoeding*, Antwerpen, Garant, 2015, 15, 20-21; zie ook in die zin en naar analogie:

stelt het kind in staat om zich emotioneel en (psycho)sociaal te ontwikkelen via contacten met anderen, aangezien het bij problemen steeds kan terugvallen op een veilige thuishaven met (meerdere) hechtingsfiguren. Zodoende vervullen de ouder en de zorgouder als hechtingsfiguren een belangrijke rol in de emotionele en (psycho)sociale ontwikkeling van het kind.<sup>560</sup> Het feit dat de zorgouder niet de biologische ouder is van het kind is daarbij niet relevant. Wetenschappelijk onderzoek heeft immers aangetoond dat het emotionele en psychologische welzijn van kinderen niet afhankelijk is van een biologische band met de persoon die hen opvoedt, maar wel van de kwaliteit van de feitelijke band met deze persoon en de mate waarin de kinderen aan hem of haar veilig gehecht zijn.<sup>561</sup>

157. Het kind heeft belang bij een dergelijke ruime opvoeding aangezien wetenschappelijk onderzoek een interactie aantoonde tussen de materiële en emotionele, (psycho)sociale componenten van de opvoeding van een kind. Zo lopen bijvoorbeeld kinderen die opgroeien in eenoudergezinnen een groter risico op gedragsproblemen en psychologische problemen tengevolge van sociale nadelen waarmee dergelijke gezinnen worden geconfronteerd. Alleenstaande ouders ondervinden immers meer financiële problemen omdat slechts één inkomen wordt genoten, wat veel stress veroorzaakt.<sup>562</sup> Ook

---

M. BOUVERNE-DE BIE en R. ROOSE, "Het belang van het kind of een vraag naar de legitimiteit van de jeugdbescherming en bijzondere jeugdbijstand", *TJK* 2007/4, nr. 25, (206) 212.

<sup>560</sup> S. GOLOMBOK, *Parenting. What really counts?*, Londen, Routledge, 2000, 63-71; E. H. M. EURELINGS-BONTEKOE en P. P. GOUDEMA, "The Role of Conflict Resolution in Children's Development: Implications for Later Life" in I. SAGEL-GRANDE, e.a. (ed.), *In the best interest of the child: conflict resolution for and by children and juveniles*, Amsterdam, Rozenberg, 2001, (37) 38-40; G. VIGNERO, *De draad tussen ouder en kind. Voor een gewone en buitengewone opvoeding*, Antwerpen, Garant, 2015, 28-37, 44-60.

<sup>561</sup> Zie onder andere: S. GOLOMBOK, *Parenting. What really counts?*, Londen, Routledge, 2000, 101-103; zie specifiek onderzoek inzake de rol van de nieuwe vrouwelijke partner als 'moeder' van het kind: L. H. GANONG en M. COLEMAN, *Stepfamily relationships. Development, dynamics, and intervention*, New York, Kluwer Academic/plenum, 2004, 110 met verwijzing naar onderzoek aldaar; zie over de vraag of biologische ouder het recht hebben om hun kind op te voeden, en dus voorrang moeten hebben bij het opnemen van opvoedingsverantwoordelijkheden: H. VAN CROMBRUGGE, *Ouders in soorten*, Antwerpen, Maklu, 2009, 33-50.

<sup>562</sup> S. GOLOMBOK, *Parenting. What really counts?*, Londen, Routledge, 2000, 6-7 (met verwijzing naar onderzoek van Ferri, McLanahan & Sandefur), en 9-10; M. M. SWEENEY, "Remarriage and stepfamilies: strategic sites for family scholarship in the 21st century", *Journal of Marriage and Family* 2010/72, (667) 673 met verwijzing naar onderzoek van Morrison & Ritualo, 2000; zie voor een voorbeeld: E. DEWAMME en G.

ontbreekt in deze gezinnen soms de nodige sociale steun waarmee wordt bedoeld op een netwerk van vrienden en familieleden op wie de ouder kan terugvallen tijdens de opvoeding van het kind.<sup>563</sup> Is het eenoudergezin ontstaan na scheiding dan bestaat bovendien de kans dat het kind geconfronteerd werd en/of wordt met conflicten tussen de ouders. Tengevolge van deze conflictueuze relatie is de ouder vaak onderhevig aan emotionele stress waardoor hij of zij minder in staat is om zijn of haar oudertaak te vervullen.<sup>564</sup> De verschillende componenten van de opvoeding van een kind kunnen met andere woorden niet los van elkaar worden gezien en moeten in het belang van het kind als een geheel worden beschouwd.<sup>565</sup>

Uit een samenlezing van het belang van het kind in art. 3 IVRK met de andere bepalingen uit het IVRK blijkt bovendien dat ook de opstellers van het IVRK rekening hebben gehouden met deze verschillende componenten van de opvoeding van een kind.<sup>566</sup> Zo behoren de materiële, emotionele en (psycho)sociale componenten tot het belang van het kind ingevolge de artikelen 5, 18 en 27 IVRK. Krachtens deze bepalingen moet de (zorg)ouder immers het kind begeleiden in de uitoefening van zijn rechten en is hij verantwoordelijk voor diens opvoeding, waarbij de (zorg)ouder overeenkomstig zijn eigen financiële mogelijkheden, het kind goede levensomstandigheden moet verschaffen zodat het zich sociaal, fysiek, mentaal en spiritueel kan ontwikkelen.<sup>567</sup>

---

FASEUR, *Van drempel tot drempel. Kinderen in nieuw samengestelde gezinnen*, Leuven, Davidsfonds, 2009, 121 ev.

<sup>563</sup> S. GOLOMBOK, *Parenting. What really counts?*, Londen, Routledge, 2000, 10 met verwijzing naar onderzoek van Weinraub; zie voor een verband met de gehanteerde opvoedingsstijl: G. W. HOLDEN, *Parenting. A dynamic perspective*, Thousand Oaks, Sage, 2015, 135.

<sup>564</sup> S. GOLOMBOK, *Parenting. What really counts?*, Londen, Routledge, 2000, 13.

<sup>565</sup> N. PECNIK, "Towards a vision of parenting in the best interests of the child" in *Parenting in contemporary Europe: a positive approach*, Straatsburg, Council of Europe, 2007, (15) 18-20; J. WOLF, "The concept of the 'Best Interest' in Terms of the UN Convention on the Rights of the Child" in M. FREEMAN en P. VEERMAN (eds.), *The ideologies of children's rights*, Londen, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, (125) 126.

<sup>566</sup> S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, Den Haag, 1999, 90; J. WOLF, "The concept of the 'Best Interest' in Terms of the UN Convention on the Rights of the Child" in M. FREEMAN en P. VEERMAN (eds.), *The ideologies of children's rights*, Londen, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, (125) 126-127.

<sup>567</sup> E. ASBJORN, "Article 27. The Right to an Adequate Standard of Living" in *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, nrs. 1-5, 1-2; G. KAMCHEDZERA, "Article 5. The Child's Right

## § 2. Continuïteit in de opvoeding

158. Het kind heeft belang op continuïteit in zijn opvoeding. Deze continuïteit omvat drie aspecten.

Een eerste aspect betreft de invloed van de familiestructuur op het welzijn van het kind. Met de term 'familiestructuur' wordt in menswetenschappelijke studies uitdrukking gegeven aan verschillende variabelen die de opvoedingscontext van een kind bepalen, zoals onder meer het aantal aanwezige kinderen en het aantal aanwezige (zorg)ouders. Wetenschappelijk onderzoek toont aan dat de familiestructuur het opvoedingsgedrag van (zorg)ouders beïnvloedt.<sup>568</sup> Zijn er bijvoorbeeld vier kinderen in een gezin aanwezig dan kan een (zorg)ouder geneigd zijn om een strengere opvoedingsstijl te hanteren. Ook kan het opvoedingsgedrag verschillen al naargelang de leeftijd en het karakter van de kinderen. Veranderingen in deze familiestructuur kunnen het evenwicht binnen de familierelaties verstoren, met stress en conflicten tot gevolg.<sup>569</sup> Het kind heeft dan ook belang bij de toekenning van een statuut aan de zorgouder aangezien op die manier de nieuw ontstane familiestructuur in rechte wordt erkend, wat zorgt voor stabiliteit en continuïteit in zijn opvoeding. Binnen dit kader is het tevens van cruciaal belang dat de zorgouder niet tracht in de plaats te treden van de ouder(s) van het kind. Op die manier creëert de zorgouder loyaliteitsproblemen in hoofde van het kind dat immers een existentiële band met zijn beide ouders heeft. Een dergelijk handelen van de zorgouder zal zijn aanvaarding door het kind bemoeilijken. Deze kwestie rijst voornamelijk, maar niet uitsluitend, wanneer het kind twee ouders heeft en de zorgouder samen met één van hen het kind opvoedt na bijvoorbeeld een

---

to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, nr. 36, 21-22; N. PECNIK, "Towards a vision of parenting in the best interests of the child" in *Parenting in contemporary Europe: a positive approach*, Straatsburg, Council of Europe, 2007, (15) 22-23.

<sup>568</sup> G. W. HOLDEN, *Parenting. A dynamic perspective*, Thousand Oaks, Sage, 2015, 144; zie ook: S. L. BROWN, W. D. MANNING en J. B. STYKES, "Family structure and child well-being: integrating family complexity", *Journal of Marriage and Family* 2015/77, 177-190, zie vnl. 179-180; R. JEANNIN en K. VAN LEEUWEN, "Opvoeding van meerdere kinderen in hetzelfde gezin" in K. VAN LEEUWEN en H. VAN CROMBRUGGE (eds.), *Gezinnen in soorten*, Antwerpen, Garant, 2012, (38) 48.

<sup>569</sup> M. M. SWEENEY, "Remarriage and stepfamilies: strategic sites for family scholarship in the 21st century", *Journal of Marriage and Family* 2010/72, (667) 674.

relatiebreuk of overlijden van de andere ouder.<sup>570</sup> Ook de opstellers van het IVRK hadden een dergelijke zienswijze voor ogen, wat blijkt uit de artikelen 5 en 18 IVRK.<sup>571</sup> Overeenkomstig deze bepalingen zijn ouders immers de eerste opvoedingsverantwoordelijken van hun kind dat ze moeten begeleiden in de uitoefening van diens rechten. Dit sluit evenwel niet uit dat ook andere personen dan ouders verantwoordelijk kunnen zijn voor het kind, gelet op de formulering van art. 5 IVRK<sup>572</sup> en het doel van deze bepaling waarbij de juridische verhouding tussen het kind en de persoon die voor hem verantwoordelijk is irrelevant is (cf. nr. 324).<sup>573</sup> Niettegenstaande zorgouders dus ook voor de continuïteit in de opvoeding van het kind kunnen zorgen, moet voor ogen worden gehouden dat de ouders van het kind daarvoor als eerste de verantwoordelijkheid dragen (cf. nr. 172). Bijgevolg vervult de zorgouder slechts een bijkomstige en ondersteunende rol ten aanzien van de ouder(s) van het kind (cf. nr. 320).

Een tweede aspect betreft de positie van de verschillende gezinsleden en hun onderlinge interactie. Door de komst van de zorgouder ontstaan immers nieuwe posities die een plaats en ruimte moeten krijgen binnen het gezin.<sup>574</sup> Dit proces is cruciaal om de complexiteit van de gezinsrelaties en de daarmee gepaard gaande stress te reduceren,<sup>575</sup> alsook

---

<sup>570</sup> M. BEAGUE, "Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées?", *JDJ* 2007, n° 268, (3) 6-8; C. MERTENS, "Kinderen in nieuwsamengestelde gezinnen", *Rondom Gezin* 1998/19, (101) 104-105; E. SPRUIJT, "Opvoeden en scheiding van de ouders" in K. VAN LEEUWEN en H. VAN CROMBRUGGE (eds.), *Gezinnen in soorten*, Antwerpen, Garant, 2012, (137) 147.

<sup>571</sup> zie daarover onder andere: S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, Den Haag, 1999, 295, 302-303, 305; G. KAMCHEDZERA, "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 1-40.

<sup>572</sup> S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, Den Haag, 1999, 121-122; G. KAMCHEDZERA, "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, nr. 36, 21-22 en nr. 41, 24.

<sup>573</sup> P. ALSTON, "The legal framework of the convention on the rights of the child" in *United Nations Bulletin of Human Rights: the rights of the child* 91/2, 1992, (1) 14.

<sup>574</sup> C. MERTENS, "Kinderen in nieuwsamengestelde gezinnen", *Rondom Gezin* 1998/19, (101) 104.

<sup>575</sup> H. VAN CROMBRUGGE, "Van huwelijksgezin naar opvoedingsbelofte. Over de institutionalisering van ouders als opvoeders" in H. COLPIN en H. VAN CROMBRUGGE

omdat wetenschappelijk onderzoek aantoont dat onduidelijkheid over de gezinssamenstelling bij de verschillende gezinsleden nefast is voor hun onderlinge hechting. Het gezin zal dan zwakker functioneren.<sup>576</sup> De daaruit voortvloeiende instabiliteit binnen het gezin heeft dan weer een negatieve invloed op het emotionele en psychologische welzijn van het kind.<sup>577</sup>

Een derde aspect houdt verband met de door de zorgouder gehanteerde opvoedingswaarden- en principes. Ook hier moet de zorgouder continuïteit nastreven door dezelfde waarden en principes te hanteren als de ouder van het kind. Een plotse wijziging in de waardekoers is immers nefast voor de ouder, wiens eigen positie ten aanzien van het kind daardoor op losse schroeven wordt gezet, alsook voor het kind zelf, wiens gevoel van veiligheid daardoor wordt aangetast. Het kind ervaart een wijziging in de waardebeleving als een affectief losgelaten worden.<sup>578</sup> Door dezelfde opvoedingswaarden- en principes te hanteren voorkomt de zorgouder bovendien voortdurende conflicten met de ouder van het kind, wat volgens wetenschappelijk onderzoek zijn band met het kind ten goede komt.<sup>579</sup>

159. Het belang van het kind op continuïteit in zijn opvoeding vloeit voort uit de behoefte aan een bepaald verwachtingspatroon en een zekere houvast in zijn leven. Omgaan met wijzigende situaties en het aanleren van flexibiliteit is een leerproces dat in hoofde van het kind nog niet is voltooid. Voor hem is continuïteit (en voorspelbaarheid) in de opvoeding een wezenlijk element.<sup>580</sup> De zorgouder speelt in dit continuïteitsproces een

---

(eds.), *Gezinnen en gezinspedagogiek. Geboeid door verscheidenheid*, Antwerpen, Garant, 2007, (19) 30-31.

<sup>576</sup> M. M. SWEENEY, "Remarriage and stepfamilies: strategic sites for family scholarship in the 21st century", *Journal of Marriage and Family* 2010/72, (667) 672 met verwijzing naar onderzoek van Brown & Manning, 2009 en Stewart, 2005.

<sup>577</sup> M. M. SWEENEY, "Remarriage and stepfamilies: strategic sites for family scholarship in the 21st century", *Journal of Marriage and Family* 2010/72, (667) 674 met verwijzing naar onderzoek van onder andere Bulanda & Manning, 2008; Cavanagh, Crissey & Raley, 2008.

<sup>578</sup> E. DEWAMME en G. FASEUR, *Van drempel tot drempel. Kinderen in nieuw samengestelde gezinnen*, Leuven, Davidsfonds, 2009, 122-124.

<sup>579</sup> T. M. JENSEN en M. O. HOWARD, "Perceived stepparent-child relationship quality: a systematic review of stepchildren's perspectives", *Marriage and family review* 2015/april, (1) 48 met verwijzing naar onderzoek van Jensen & Shafer, 2013.

<sup>580</sup> C. DENOYELLE, "Beoordelingscriteria voor een verblijfsregeling – een persoonlijke kijk vanuit de praktijk" in *Verblijfsregeling*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (53) 55-56; E. C. MALIA, "Balancing family members' interests regarding stepparent rights and obligations: a social policy challenge", *Family relations* 2005/54, (298) 306 met



vooraanstaande rol aangezien hij actief mee de opvoeding van het kind waarneemt en zodoende voorkomt dat diens socialisatieproces wordt verbroken.

## **HOOFDSTUK 2. Belang van de zorgouder**

### **AFDELING 1. Situering**

160. Het belang van de zorgouder kan als dusdanig niet worden teruggevonden in een internationaal verdrag of nationale regelgeving. Niettegenstaande dit gegeven vloeit uit de rechtspraak van het EHRM inzake het recht op familieleven voort dat de rechter dit belang mee in overweging neemt bij de vorming van zijn oordeel (cf. nrs. 90 e.v.).<sup>581</sup>

### **AFDELING 2. Invulling**

#### **§ 1. Opvoedende rol**

161. De zorgouder vervult de rol van feitelijke ouder doordat hij de juridische ouder(s) helpt het kind op te voeden onder andere door het kind dagelijkse zorgen te verstrekken (cf. nrs. 48 en 171). Het betreft met andere woorden een wilsbepaalde opvoedingssituatie.<sup>582</sup> Bijgevolg heeft de zorgouder er belang bij dat zijn feitelijk opvoedende rol juridisch verankerd wordt door de toekenning van een statuut. Bovendien kan de zorgouder zijn opvoedende rol maar met succes vervullen voor zover hij door alle betrokkenen wordt erkend.<sup>583</sup> Het komt voor dat de toekenning van het zorgouderschapstatuut dit proces van erkenning kan bevorderen. Middels het zorgouderschapstatuut wordt immers de opvoedingspositie van de

---

verwijzing naar onderzoek van Amato, 2000; G. VIGNERO, *De draad tussen ouder en kind. Voor een gewone en buitengewone opvoeding*, Antwerpen, Garant, 2015, zie vnl. 22 ev.

<sup>581</sup> zie onder andere: EHRM 28 oktober 1998, Söderbäck/Zweden, § 33; EHRM 26 juli 2007, Chepelev/Rusland, § 29; EHRM 9 juni 1998 Bronda/Italië, § 62.

<sup>582</sup> zie ook in die zin: Verslag namens de subcommissie familierecht, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 393/003, 26 (uiteenzetting door professor HEYVAERT).

<sup>583</sup> L. VANDEMEULEBROECKE, "4.1 De opvoedingssituatie in nieuw samengestelde gezinnen" in L. VANDEMEULEBROECKE, H. VAN CROMBRUGGE en J. GERRIS (eds.), *Gezinspedagogiek*, Antwerpen, Garant, 2007, (175) 183.

zorgouder afgebakend wat bevorderend werkt voor de erkenning door het kind. In hoefde van het kind moet rekening worden gehouden met een eventuele rouwperiode die het heeft doorgemaakt na een scheiding van zijn ouders of overlijden van een van hen. Kinderen die een dergelijke gebeurtenis niet verwerkt hebben, zijn niet in staat om de zorgouder te erkennen.<sup>584</sup> Tevens toont wetenschappelijk onderzoek aan dat ook de zorgouder belang heeft bij een duidelijke afbakening van zijn positie in de opvoeding van het kind middels het statuut. Onduidelijkheid over zijn opvoedingspositie veroorzaakt bij de zorgouder immers stress (i.e. 'parenting stress').<sup>585</sup>

## **§ 2. Erkenning van de eigenheid van de opvoedende rol**

162. Tevens van belang voor de zorgouder is dat de *eigenheid* van zijn opvoedende rol wordt erkend.<sup>586</sup> Deze eigenheid wordt voornamelijk weerspiegeld door de tijdelijkheid, wederkerigheid en diversiteit ervan.<sup>587</sup> De tijdelijkheid houdt verband met het ontstaan van de relatie tussen zorgouder en kind die zich slechts ontwikkelt na verloop van een bepaalde tijd. Bovendien dragen zowel de zorgouder als het kind een eigen voorgeschiedenis met zich mee op het ogenblik dat ze met elkaar worden geconfronteerd. Wederkerigheid is een ander kenmerk van de opvoedende rol van de zorgouder aangezien deze rol slechts kan worden opgenomen wanneer de zorgouder daartoe de wil koestert en het kind deze rol aanvaardt. De opvoedende taak van de zorgouder wordt daarnaast ook gekenmerkt door een grote mate van diversiteit. Kinderen groeien immers op in zeer verscheiden situaties waarin de verhoudingen tussen ouder(s), kind en zorgouder niet steeds gelijk zijn. De opvoedende rol van de zorgouder kan dan ook niet onder één noemer worden gevat. Bijgevolg zal

---

<sup>584</sup> C. MERTENS, "Kinderen in nieuw samengestelde gezinnen", *Rondom gezin* 19/1998, (101) 103-104.

<sup>585</sup> D. SHAPIRO, "Stepparents and parenting stress: the roles of gender, marital quality, and views about gender", *Family Process* 2014, vol. 53/1, (97) 98 met verwijzing naar onderzoek van Sweeney, 2010.

<sup>586</sup> J. SOSSON, "Filiation, origines, parentalité" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2013, (5) 5-33; zie ook in die zin: E. C. MALIA, "Balancing family members' interests regarding stepparent rights and obligations: a social policy challenge", *Family relations* 2005/54, (298) 309.

<sup>587</sup> S. CAP en J. SOSSON, "La place juridique du tiers au lien de filiation" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 28, (267) 301-302.

slechts recht worden gedaan aan de eigenheid van de opvoedende rol voor zover met het zorgouderschapsstatuut de rol wordt erkend die de zorgouder daadwerkelijk waarneemt in de opvoeding.

Bovendien vervult de zorgouder een opvoedende rol die bijkomstig en ondersteunend is aan deze van de ouders, zoals *supra* vermeld (cf. nr. 158).

### **HOOFDSTUK 3. Afweging tussen belang van het kind en belang van de zorgouder**

163. Bij de uitwerking van het zorgouderschapsstatuut moet steeds een afweging worden gemaakt tussen het belang van het kind en het belang van de zorgouder die beiden gebaseerd zijn op het recht op familielevens van art. 8 EVRM. Stemmen beide belangen overeen dan rijst geen probleem.<sup>588</sup> Evenwel kunnen beide belangen ook in een conflictueuze verhouding tot elkaar staan (cf. nr. 152).<sup>589</sup> Daarbij kan worden gedacht aan gespannen verhoudingen tussen het kind en de zorgouder zodat een toekenning van het zorgouderschapsstatuut niet noodzakelijk het belang van het kind dient. In een dergelijke situatie rijst de vraag hoeveel waarde aan elk belang in de belangenafweging moet worden toegedicht, en hoe de belangenafweging moet worden doorgevoerd, zijnde *in concreto* of *in abstracto*.

Bij de beantwoording van de eerste vraag moet worden teruggesproken naar het IVRK en naar de rechtspraak van het EHRM inzake het recht op familielevens. Zoals *supra* toegelicht, toont deze rechtspraak duidelijk aan dat het belang van het kind in de belangenafweging een primordiale waarde geniet en dat daaraan een zeker gewicht moet worden toegekend zonder evenwel steeds en absoluut voorrang te krijgen op de andere betrokken belangen (cf. nr. 153). Ook uit de formulering van art. 22*bis*, vierde lid Gw blijkt dat bij de belangenafweging een bijzondere

---

<sup>588</sup> Zie bijvoorbeeld de arresten *Söderbäck/Zweden* en *Chepelev/Rusland*.

<sup>589</sup> G. GONZALEZ, "La valorisation apparente de certains intérêts" in F. SUDRE (ed.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, (226) 236-237: Deze auteur spreekt van een "un conflit intra-droit concernant l'article 8".

aandacht moet uitgaan naar het belang van het kind dat wegens zijn primordiaal karakter een voorrangspositie geniet (cf. nr. 153). Deze voorrangspositie impliceert dat steeds een volledige toetsing van het belang van het kind vereist is,<sup>590</sup> die zowel door de wetgevende, als door de uitvoerende en rechterlijke macht moet worden gerespecteerd.<sup>591</sup> Bij de uitwerking van een statuut voor zorgouders in de hiernavolgende delen IV en V wordt bijgevolg steeds een volledige, en geen marginale, toetsing van het belang van het kind doorgevoerd.

Wat de tweede vraag betreft, gebeurt de belangenafweging tussen de belangen van het kind en van de zorgouder bij de uitwerking van het statuut telkenmale *in abstracto*. Dit is eveneens het geval bij de regeling van het ouderlijk gezag, de pleegvoogdij, de voogdij, de provoogdij en de pleegzorg (cf. nrs. 14-39). De keuze voor een afweging van belangen *in abstracto* is voornamelijk ingegeven om redenen van rechtszekerheid, alsook om te voorkomen dat zich problemen van inconsistente en arbitraire afwegingen zouden voordoen wanneer steeds een concrete belangenafweging zou moeten worden doorgevoerd in het kader van elke specifieke opvoedingssituatie.<sup>592</sup> Steeds een afweging *in concreto* eisen zou voor de nodige vertraging kunnen zorgen, wat nefast is voor de opvoeding van het kind. Dit sluit evenwel niet uit dat in bepaalde situaties toch een belangenafweging *in concreto* mogelijk is door de rechter. Zo zal de rechter een belangenafweging *in concreto* doorvoeren wanneer hij wordt verzocht om de toekenning van het statuut in een individuele zaak (cf. *infra* nr. 278 e.v.), wanneer hij wordt verzocht om de wijzigingsovereenkomst van het statuut te homologeren (cf. *infra* nrs. 380-381) of wanneer hij wordt

---

<sup>590</sup> zie onder andere: S. MATTHÉ, *Familie recht als verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2016, nr. 541, 425; G. VERSCHULDEN, "Het belang van het kind in het toekomstige afstammingsrecht: considerans voor de wetgever, niet voor de rechter", *T.Fam.* 2013, (98) 98.

<sup>591</sup> zie onder andere: J. GERARDS, *EVRM. Algemene beginselen*, Den Haag, SDU, 2011, 193-199; S. SAROLEA, "L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme" in L. BARNICH e.a. (eds.), *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Brussel, Bruylant, 2016, (107) 109-110 en 113; zie over de belangenafweging in het algemeen: H. SURREL, "La détermination prétorienne du cadre d'examen des conflits de droits" in F. SUDRE (ed.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, 166-201.

<sup>592</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 1206, 890, voetnoot 3875.

verzocht om het statuut vervroegd te beëindigen (cf. *infra* nrs. 407 e.v.). Noch de belangenafweging *in concreto*, noch de belangenafweging *in abstracto* is evenwel eenvoudig te maken. Dit kan worden verklaard doordat het belang van het kind in familiezaken moeilijk te bepalen is. Zo staat het belang van het kind tegenover meerdere individuele belangen van andere betrokkenen,<sup>593</sup> in plaats van tegenover één algemeen maatschappelijk belang, en menen bovendien elk van de betrokkenen dat ze het belang van het kind tot uitdrukking brengen.<sup>594</sup>

---

<sup>593</sup> Bijvoorbeeld ouder(s), zorgouder.

<sup>594</sup> S. SAROLEA, "L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme" in L. BARNICH e.a. (eds.), *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Brussel, Bruylant, 2016, (107) 114; zie voor een oefening dienaangaande: N. DESMET, "De inschatting van het belang van het kind", *TJK* 2017, 50-55.



## **DEEL IV. Grondslag en toepassingsvoorwaarden**

164. In het vierde deel van dit proefschrift wordt eerst onderzocht of het gezagsrecht of afstammingsrecht als grondslag moet dienen voor de uitwerking van een statuut voor de zorgouder (titel 1). Vervolgens worden de voorwaarden toegelicht waaraan moet voldaan zijn om als zorgouder aanspraak te kunnen maken op het statuut (titel 2). Tot slot worden de wijzen geanalyseerd waarop een zorgouder het statuut kan verkrijgen (titel 3).

### **TITEL 1. Grondslag**

165. Om de vraag te beantwoorden of het gezagsrecht of het afstammingsrecht dienst moet doen als grondslag voor het zorgouderschapstatuut, wordt in wat volgt een rechtsvergelijkende analyse doorgevoerd. Onderzocht wordt welke buitenlandse wetgevers een beroep doen op het afstammingsrecht om de zorgouder in rechte te erkennen, en welke wetgevers een beroep doen op het gezagsrecht (hoofdstuk 1). Telkenmale wordt de *ratio* van deze keuze uiteengezet. Daarna worden onder andere de bevindingen uit dit eerste hoofdstuk aangewend om de keuze voor het gezagsrecht als grondslag voor de uitwerking van een zorgouderschapstatuut te duiden (hoofdstuk 2).

#### **HOOFDSTUK 1. Mogelijke aanknopingspunten**

166. Er bestaan twee mogelijke aanknopingspunten om de band tussen zorgouder en kind in rechte te erkennen. Een eerste aanknopingspunt betreft de vestiging van een oorspronkelijke of adoptieve afstammingsband tussen zorgouder en kind (afdeling 1). Een tweede aanknopingspunt zijn de specifieke regelingen voor zorgouders gebaseerd op de regeling van het ouderlijk gezag (i.e. het gezagsrecht) (afdeling 2).

## AFDELING 1. Afstammingsrecht

167. Geen van de bestudeerde buitenlandse rechtsstelsels heeft gekozen voor het afstammingsrecht als grondslag voor de specifieke regelingen waarmee de band tussen een zorgouder en kind in rechte wordt erkend. Er wordt niet geopteerd voor het afstammingsrecht om een aantal redenen.

Zo zijn alle buitenlandse wetgevers van oordeel dat behoudens een paar uitzonderingen, het oorspronkelijke afstammingsrecht zoveel als mogelijk moet aansluiten bij de biologische werkelijkheid.<sup>595</sup> In die opvatting is een beroep op het oorspronkelijke afstammingsrecht om de band tussen zorgouder en kind in rechte te erkennen problematisch. Bovendien wordt in alle bestudeerde rechtsstelsels het oorspronkelijke afstammingsrecht gekenmerkt door de idee dat een kind twee ouders heeft, die samen instaan voor zijn opvoeding.<sup>596</sup> Het afstammingsrecht laat dan ook niet toe om naast de twee ouders andere personen die het kind opvoeden in rechte te erkennen.<sup>597</sup> In deze context biedt een beroep op het adoptieve afstammingsrecht ter erkenning van de band tussen zorgouder en kind,

---

<sup>595</sup> **Frankrijk:** F. GRANET-LAMBRECHTS, "La filiation par procréation. Contexte et évolution" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 210.13, (641) 643 en nr. 210.31, 646; I. THÉRY en A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* (rapport de groupe de travail Filiation, origines, parentalité), 2014, 17-20, 29 e.v., 79 e.v (hierna: 'rapport THÉRY').

**Duitsland:** D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nr. 569 e.v., 252 e.v.

**Nederland:** Memorie van Toelichting, TK 1993-94, 23714/3, 2, 4; Nota naar aanleiding van het verslag, TK 1995-96, 23714/6, 2; Notitie leefvormen in het familierecht, TK 1994-95, 22700/5, 3-4, 5-6 en 9-10; Lijst van vragen en antwoorden bij Notitie leefvormen in het familierecht, TK 1995-96, 22700/6, (vraag 22) 11; rapport Herijking Ouderschap, 2016, 173-178.

**Engeland:** S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 385; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 257-259; J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 390-392; zie specifiek over deze biologische grondslag van het ouderschap: M. JOHNSON, "A biomedical perspective on parenthood" in A. BAINHAM, S. D. SCLATER en M. RICHARDS (eds.), *What is a parent? A socio-legal analysis*, Oxford, Hart Publishing, 1999, (47) 47-71.

<sup>596</sup> **Frankrijk:** rapport THÉRY, 2014, 29-42 .

**Duitsland:** cf. vorige voetnoot.

**Nederland:** cf. vorige voetnoot.

**Engeland:** cf. vorige voetnoot.

<sup>597</sup> Zie onder andere: C. HERBRAND en N. GALLUS, "La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie: évolutions, enjeux et régulation" J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, (313) 313-322.



evenmin een oplossing. De adoptie van het kind door de zorgouder wordt door alle wetgevers opgevat als een verstoring van de familiale orde omdat het een breuk veroorzaakt tussen het kind en zijn tweede juridische ouder die als het ware 'vervangen' wordt door de zorgouder.<sup>598</sup>

## **AFDELING 2. Gezagsrecht**

168. In de bestudeerde rechtsstelsels doet het gezagsrecht dienst als grondslag voor de specifieke regelingen waarmee de band tussen zorgouder en kind in rechte wordt erkend.<sup>599</sup> De keuze voor het gezagsrecht is ingegeven om verschillende redenen.

Zo overweegt de Nederlandse wetgever dat de bescherming van daadwerkelijk beleefd familieleven tussen zorgouder en kind via het gezagsrecht dient te gebeuren omdat een erkenning van feitelijk ouderschap zonder het afstammingsrecht te hanteren niet in strijd is met art. 8 EVRM.<sup>600</sup> Integendeel, een beroep op het gezagsrecht volstaat om daadwerkelijk familieleven tussen zorgouder en kind in rechte te beschermen.<sup>601</sup> De Engelse wetgever benadrukt de *ratio* van het ouderlijk gezag om de keuze voor het gezagsrecht te rechtvaardigen. Ouderlijk gezag heeft betrekking op de langdurige toewijding van een volwassene om een kind op te voeden.<sup>602</sup>

---

<sup>598</sup> **Nederland:** rapport Herijking Ouderschap, 2016, 178-179, 229-239.

**Frankrijk:** C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur* 2010, nr. 4; rapport DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille: Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, 1999, (hierna: 'rapport DEKEUWER-DEFOSSEZ'), 78; L. LESTIENNE-SAUVÉ, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Parijs, LGDJ, 2013, nrs. 109-119, zie vnl. nrs. 109 en 118.

**Duitsland:** BT-Drucksache 14/3751, 39 en 45; B. VEIT, "§ 1687b BGB", in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 3; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 69.

**Engeland:** The Adoption and Children Bill, Bill 34 of 2001/2002, research paper 01/78, clause 107 en 110, p30-33; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 257-259; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12-019, 271-272.

<sup>599</sup> Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht: M. BEAGUE, S.-M. FERRIE, J. HOUSSIER en M. SAULIER, "Beau-parent/co-parent" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, (71) 82-87.

<sup>600</sup> Lijst van vragen en antwoorden bij Notitie leefvormen in het familierecht, *TK* 1995-96, 22700/6, (vraag 25) 13.

<sup>601</sup> Notitie leefvormen in het familierecht, *TK* 1994-95, 22700/5, 5-6; Nota naar aanleiding van het verslag, *TK* 1995-96, 23714/6, 2.

<sup>602</sup> Memorandum SFLA, naar analogie met clause 91, nr. 6 voor "unmarried fathers".

Bijgevolg mag de erkenning van de zorgouder niet gebaseerd zijn op het verbreken van afstammingsbanden met het kind ingevolge een adoptie, maar moet deze berusten op de toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder.<sup>603</sup> Vanuit dezelfde optiek hanteert ook de Duitse wetgever het gezagsrecht met als onderliggende idee dat het gerechtvaardigd is om de gehuwde of geregistreerde partner van de ouder van het kind te laten deelnemen aan de uitoefening van diens ouderlijk gezag. Het valt immers te verwachten dat de partner met de kinderen een gezin zal opbouwen.<sup>604</sup> Een gelijkaardige redenering kan worden teruggevonden bij de Franse wetgever die van oordeel is dat de zorgouder mee (een deel van het) ouderlijk gezag van de ouder(s) moet kunnen uitoefenen, zodat hij over de nodige juridische middelen beschikt om zijn opvoedende rol te kunnen vervullen.<sup>605</sup>

169. Binnen de bestudeerde rechtsstelsels moet een onderscheid worden gemaakt tussen twee types. In een eerste type wordt gezag toegekend aan de zorgouder op het niveau van het titularisschap, en in een tweede type wordt gezag toegekend aan de zorgouder op het niveau van de uitoefening.<sup>606</sup>

Nederland en Engeland zijn de vertgenwoordigers van het eerste type. In beide landen kan de zorgouder immers het titularisschap van het ouderlijk gezag verkrijgen zonder een juridische afstammingsband met het kind te vestigen. Dit kan in Nederland via de rechter en voor zover het kind slechts één ouder heeft die titularis is van het gezag (art. 1:253t NBW). In Engeland kan de zorgouder het titularisschap van het ouderlijk gezag verkrijgen via overeenkomst met de ouders (s 4A (1)(a) CA 1989) of via een verzoek bij de rechtbank (s 4A (1)(b) CA 1989, s 12(2) CA 1989, s 14A CA 1989, s 44(1) CA 1989). Het aantal ouders met ouderlijk gezag is daarbij irrelevant. Dat zowel in Nederland als in Engeland het titularisschap kan toekomen aan de zorgouder kan worden verklaard omdat beide landen

---

<sup>603</sup> Memorandum J. MASSON, nrs. 4-5.

<sup>604</sup> KindRVerBG, BT-Drucksache 14/2096, 8 en LPartG, BT-Drucksache 14/3751, 34 en 39.

<sup>605</sup> rapport DOLEZ, p47-48.

<sup>606</sup> Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht: M. BEAGUE, S.-M. FERRIE, J. HOUSSEIER en M. SAULIER, "Beau-parent/co-parent" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, (71) 82-87; J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 107-110.

gemengd dualistische systemen zijn. Bijgevolg valt de vestiging van een juridische afstammingsband niet noodzakelijk samen met het titularisschap van het ouderlijk gezag, en kan ook omgekeerd het titularisschap van het ouderlijk gezag bestaan in hoofde van een persoon die geen juridische ouder van het kind is.

Frankrijk en Duitsland vertegenwoordigen het tweede type. Voor de zorgouder is het immers uitsluitend mogelijk om het ouderlijk gezag (of delen ervan) uit te oefenen. Beide wetgevers zijn daarbij zeer verschillend tewerk gegaan. Zo verkrijgt de zorgouder in Duitsland van rechtswege de uitoefening van een medebeslissingsrecht in dagelijkse opvoedingsaangelegenheden alsook de uitoefening van een noodvertegenwoordigingsrecht, voor zover hij een huwelijk of geregistreerd partnerschap gesloten heeft met de ouder van het kind, én deze ouder bovendien op exclusieve wijze het ouderlijk gezag uitoefent (§ 1687(b) BGB en § 9(1) LPartG). In Frankrijk daarentegen kan aan de zorgouder de uitoefening van (bepaalde delen van) het ouderlijk gezag worden overgedragen of kan de uitoefening met hem worden gedeeld via een overeenkomst gesloten tussen de ouders die moet worden bekrachtigd door de rechtbank (art. 377 en 377-1 Cc). In beide landen kan uitsluitend de uitoefening van het gezag aan de zorgouder toekomen, en niet het titularisschap, omdat zowel Frankrijk als Duitsland monistische systemen zijn. In een monistisch systeem veronderstelt het titularisschap van het ouderlijk gezag de vestiging van een juridische afstammingsband zodat de zorgouder slechts de uitoefening van het ouderlijk gezag kan verkrijgen.

## **HOOFDSTUK 2.       Keuze voor gezagsrecht**

170. Bij de uitwerking van een statuut voor de zorgouder wordt in dit proefschrift het gezagsrecht als grondslag gehanteerd. De keuze voor het gezagsrecht is verantwoord gelet op de finaliteit van het ouderlijk gezag (afdeling 1) en de kenmerken ervan die perfect aansluiten bij de opvoedende rol die de zorgouder jegens het kind vervult (afdeling 2). Bovendien toont een rechtsvergelijkende analyse aan dat ook de buitenlandse wetgevers hebben geopteerd voor het gezagsrecht als grondslag voor een regeling ter

erkenning van zorgouders (afdeling 3). In wat volgt wordt elk van deze argumenten verder toegelicht.

## **AFDELING 1. Finaliteit van het ouderlijk gezag**

171. De personen die door het afstammingsrecht zijn aangeduid als de ouders van een kind hebben de verplichting om dit kind een passende opleiding en opvoeding te verschaffen. Opdat zij deze plicht zouden kunnen vervullen worden hen door de wetgever bepaalde bevoegdheden verleend. Deze bevoegdheden worden aangeduid met de term 'ouderlijk gezag'. De finaliteit van het ouderlijk gezag bestaat bijgevolg uit het leiden van een socialisatieproces in hoofde van het kind zodat het in staat wordt gesteld om zich zo goed mogelijk te ontwikkelen teneinde zich als volwassene in de maatschappij te kunnen handhaven. Het verschaffen van een opvoeding heeft met andere woorden een integrerende werking binnen de maatschappij.<sup>607</sup> Deze finaliteit van het ouderlijk gezag stemt overeen met de rol die de zorgouder vervult in de opvoeding van het kind en met de finaliteit van het statuut. De zorgouder treedt immers op als feitelijke ouder van het kind en vervult als zodanig een ouderlijke functie door de juridische ouder(s) te helpen het kind op te voeden en naar volwassenheid te begeleiden (cf. nr. 48).<sup>608</sup> Bijgevolg is een keuze voor het gezagsrecht als grondslag voor het zorgouderschapstatuut gerechtvaardigd omdat het gezagsrecht de zorgouder in voldoende mate in staat stelt om samen met de ouder(s) de dagelijkse opvoeding en verzorging van het kind waar te nemen.<sup>609</sup>

---

<sup>607</sup> A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys en Breesch, 1995, nrs. 613-617, 243-244.

<sup>608</sup> Ook in die zin: S. CAP en J. SOSSON, "La place juridique du tiers au lien de filiation" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 28, (267) 301; N. GALLUS, "Les fondements et la représentation juridique de la parenté" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, nr. 16, (7) 18-19.

<sup>609</sup> Zie onder andere: C. HERBRAND en N. GALLUS, "La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie: évolutions, enjeux et régulation" J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, (313) 320-321; J. SOSSON, "Filiation, origines, parentalité" in *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 6, (5) 12-13.

172. Een beroep op het afstammingsrecht is in deze evenwel niet wenselijk om een aantal redenen. Zo heeft het afstammingsrecht in beginsel een persoonsidentificerende functie doordat het een kind binnen een bepaalde genealogische orde plaatst.<sup>610</sup> Door generaties met elkaar te verbinden helpt het personen een identiteit te ontwikkelen.<sup>611</sup> In de menswetenschappelijke literatuurstudies wordt aangenomen dat voor deze identiteitsontwikkeling bij een kind de band en het contact met zijn ouders cruciaal is. Dat betekent niet dat een kind geen identiteit kan ontwikkelen zonder kennis van zijn afkomst, maar wel dat deze situatie zoveel als mogelijk moet worden vermeden. Iedere persoon is immers een 'kind van zijn ouders' zodat de eigen identiteit van een kind onlosmakelijk verbonden is met de voorgaande generaties verwanten, zoals zijn ouders.<sup>612</sup> De biologische band tussen een ouder en zijn kind geeft de betrokkenen niet

---

<sup>610</sup> Rapport Herijking Ouderschap, 2016, 379-381; N. GALLUS, "Les fondements et la représentation juridique de la parenté" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, nr. 6, (7) 9: al is volgens deze auteur ook bezit van staat een goede grondslag; P. MURAT, "Passer par la filiation ou dépasser la filiation" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, (259) 265-266: volgens deze auteur heeft het afstammingsrecht een symbolische functie en kan het dus niet worden herleid tot een loutere vaststelling van de biologische werkelijkheid. Tevens vervult het afstammingsrecht een belangrijke genealogische functie; J. SOSSON, "Filiation, origines, parentalité" in *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 5, (5) 11.

<sup>611</sup> L. BRUNET en J. SOSSON, "L'engendrement à plusieurs en droit comparé: quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, (31) 36, met verwijzing naar rechtsleer aldaar; C. VAN WAMELEN, "Het tekort in het familierecht. In het bijzonder in het afstammingsrecht", *NJB* 1996, afl. 28, (1093) 1099; zie ook in die zin **Nederland**: Memorie van Toelichting, *TK* 1993-94, 23714/3, 2; Notitie leefvormen in het familierecht, *TK* 1994-95, 22700/5, 3 en 9-10; Lijst van vragen en antwoorden bij notitie leefvormen in het familierecht, *TK* 1995-96, 22700/6, vraag nr. 16, 9 en vragen nrs. 21-22, 10-11; nader verslag bij Wijziging van onder meer Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van medevoogdij en gezamenlijke voogdij, *TK* 1995-96, 23714/10, 4; **Engeland**: Memorandum SFLA, Appendix 20 to the Minutes of Evidence, naar analogie met clause 91, nr. 6 voor "unmarried fathers"; Memorandum BASW, Appendix 16 to the Minutes of Evidence, nr. 35.

<sup>612</sup> zie daarover onder andere: S. GOLOMBOK, *Parenting. What really counts?*, Londen, Routledge, 2000, 24-44; H. VAN CROMBRUGGE, "De gezinspedagogische betekenis van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind" in M. BOUVERNE-DE BIE e.a. (eds.), *Het gezin en de rechten van het Kind*, Leuven, Acco, 1999, (13) 29-31 met verwijzing naar de theorie van Boszormenyi-Nagy; zie voor een test van deze theorie over drie familiegeneraties heen: M. J. M. H. DELSING, J. H. L. OUD, E. E. J. DE BRUYN en M. A. G. VAN AKEN, "Current and Recollected Perceptions of Family Relationships: The Social Relations Model Approach Applied to Members of Three Generations", *Journal of family psychology* 2003/17, n<sup>o</sup>4, 445-459.

alleen kennis over hun ontstaansgeschiedenis maar ook over belangrijke medische informatie (bv. erfelijke ziekten). Deze band speelt ook vanuit maatschappelijk oogpunt een belangrijke rol omdat het mensen tot een bepaalde groep binnen de samenleving doet behoren en hen bepaalde identiteitskenmerken meegeeft zij het van vaders- of moederszijde. Alle culturen kennen om die reden verschillende maatschappelijke functies toe aan biologische banden.<sup>613</sup> Daarnaast heeft het afstammingsrecht ook een sociale functie doordat het de personen aanduidt die moeten instaan voor de biologische en sociale volwassenwording van een kind. De mens is immers gedurende een lange periode biologisch onvolwassen en dus verplicht afhankelijk van anderen die hem de nodige vaardigheden moeten bijbrengen om als volwassene te kunnen leven in de maatschappij. Deze personen worden aangeduid middels een grondslag die in verband staat met de sociale functie van het afstammingsrecht, zoals een biologische band, bezit van staat of de wil van de betrokkenen, én die bovendien voor elk kind kan worden bepaald.<sup>614</sup> Voornamelijk deze laatste functie duidt erop dat het afstammingsrecht *de lege lata* fungeert als een aanknopingspunt voor een geheel van rechten en plichten. Daardoor gaat van het afstammingsrecht een zekere aantrekkingskracht uit om het ook te hanteren bij de regulering van nieuwe gezinssamenstellingen ontstaan naar aanleiding van de fragmentatie van het ouderschap.<sup>615</sup> Evenwel vereist deze fragmentatie dat de personen die een functie van ouderschap uitoefenen worden erkend in hun specifieke rol jegens het kind zonder dat ze noodzakelijkerwijs moeten worden geassimileerd met reeds bestaande juridische begrippen uit het afstammingsrecht.<sup>616</sup> Door een zorgouder als 'ouder' te kwalificeren verliest

---

<sup>613</sup> Zie daarover uitgebreid: M. GODELIER, "Systèmes de parenté, formes de famille. Quelques problèmes contemporains qui se posent en Europe occidentale et en Euro-Amérique", *La revue lacanienne* 2010/3, n°8, p37-48 via <http://www.cairn.info/revue-la-revue-lacanianne-2010-3-page-37.htm>.

<sup>614</sup> A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys en Breesch, 1995, nrs. 383-385, 159-160 en nr. 475, 204.

<sup>615</sup> J. SOSSON, "Filiation, origines, parentalité" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 4, (5) 9; zie voor een rechtsvergelijkend overzicht: M. BEAGUE, S.-M. FERRIE, J. HOUSIER en M. SAULIER, "Beau-parent/co-parent" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, (71) 77-81.

<sup>616</sup> A. BAINHAM, "Arguments about parentage", *CLJ* 2008, (322) 348 (voorzitter van een beroep op het gezagsrecht); M. BEAGUE, S.-M. FERRIE, J. HOUSIER en M. SAULIER, "Beau-parent/co-parent" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté*,

de juridische ouder van het kind immers (volledig of gedeeltelijk) zijn hoedanigheid van ouder,<sup>617</sup> aangezien een kind maar twee juridische ouders tegelijkertijd kan hebben, én vervaagt het onderscheid tussen ouder en zorgouder verder.<sup>618</sup> Daardoor bestaat het risico dat in hoofde van het kind een zekere rolverwarring optreedt.<sup>619</sup>

173. Samenvattend kan worden overwogen dat wanneer meer dan twee personen een ouderlijke functie vervullen jegens een kind, omdat ze het kind bijvoorbeeld hebben verwekt, hebben toegestemd in zijn verwekking of omdat ze het kind opvoeden, elk van hen in rechte kan worden erkend. Aangezien deze personen allen een andere functie vervullen, kunnen ze niet allen via hetzelfde statuut worden erkend. Om die reden moet een beroep worden gedaan op het afstammings- of gezagsrecht rekening houdend met de waargenomen ouderlijke functie en de *ratio legis* van beide rechtsinstellingen.<sup>620</sup> Zodoende kan de beschermenswaardige relatie die het kind onderhoudt met elk van hen in rechte worden erkend.

174. Een beroep op het gezagsrecht ter erkenning van de band tussen zorgouder en kind veronderstelt een loskoppeling van ouderlijk gezag en

---

*filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, (71) 81; S. CAP en J. SOSSON, "La place juridique du tiers au lien de filiation" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 38, (267) 311-312; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "Les recompositions familiales et le droit au temps du démariage" in M.-Th. MEULDERS-KLEIN en I. THÉRY (eds.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Parijs, Nathan, 1993, (313) 322-331; J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 112-119; J. SOSSON, "Filiation, origines, parentalité" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 2, (5) 6-7 en nr. 6, (5) 12-13; F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", *TPR* 2016/1, nr. 76, (11) 78-79.

<sup>617</sup> Dit is afhankelijk van de vraag of het om een oorspronkelijke afstammingsband gaat dan wel om een gewone of volle adoptieve afstammingsband.

<sup>618</sup> L. BRUNET en J. SOSSON, "L'engendrement à plusieurs en droit comparé: quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, (31) 35-36 met verwijzing naar rechtsleer aldaar; J. SOSSON, "Filiation, origines, parentalité" in *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 5, (5) 10-11.

<sup>619</sup> F. GILLOT-DE VRIES en C. MOTTRIE, "Analyse conceptuelle des notions de parentalité et de la filiation du point de vue psychologique" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, (25) 37-38.

<sup>620</sup> J. SOSSON, "Filiation, origines, parentalité" in *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 2, (5) 7 ; nrs. 5-6, (5) 11-13; J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 112-118.

juridische afstammingsbanden.<sup>621</sup> Met andere woorden wordt verondersteld dat het Belgische recht evolueert van een zuiver monistisch systeem, waar het titularisschap van het ouderlijk gezag steeds de vestiging van een juridische afstammingsband veronderstelt, naar een zuiver of gemengd dualistisch systeem, dan wel een gecorrigeerd monistisch systeem.<sup>622</sup> In een zuiver dualistisch systeem berusten ouderschap en ouderlijk gezag elk op een eigen grondslag. Ouderschap wordt vastgesteld door het afstammingsrecht dat dienst kan doen om bv. de biologische ouders van een kind aan te duiden. Naast het afstammingsrecht kunnen ook nog andere mechanismen bestaan die bv. toelaten om genetisch ouderschap vast te stellen in het kader van medisch begeleide voortplanting.<sup>623</sup> In een gemengd dualistisch systeem wordt ouderschap vastgesteld door middel van het afstammingsrecht dat als primaire grondslag de biologische werkelijkheid heeft, zij het dat correcties mogelijk zijn vanuit onder andere het belang van het kind. In dit systeem kan uit het ouderschap soms ouderlijk gezag voortvloeien, zoals bv. voor de juridische moeder van het kind. Evenwel kan ouderschap vastgesteld door het afstammingsrecht ook alleen bestaan zonder dat daaruit ouderlijk gezag voortvloeit, zoals bv. voor de buitenhuwelijkse vader die een kind erkent. Tevens zijn bepaalde rechtsfiguren voorhanden krachtens dewelke ouderlijk gezag alleen kan bestaan zonder de vestiging van ouderschap, zoals bv. voor bepaalde feitelijke ouders.<sup>624</sup> In dit proefschrift wordt geopteerd voor de evolutie naar een gecorrigeerd monistisch systeem om de volgende redenen.<sup>625</sup>

---

<sup>621</sup> M. BEAGUE, S.-M. FERRIE, J. HOUSSIER en M. SAULIER, "Beau-parent/co-parent" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, (71) 78; N. GALLUS, "Les fondements et la représentation juridique de la parenté" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, nr. 17, (7) 19; C. HERBRAND en N. GALLUS, "La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie: évolutions, enjeux et régulation" J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, (313) 321 e.v. (politiek debat).

<sup>622</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 987-992, 733-736.

<sup>623</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag. Een coherente gezagsregeling voor minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 987, 733-734.

<sup>624</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag. Een coherente gezagsregeling voor minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 988-989, 734-735.

<sup>625</sup> Zie eveneens in die zin: T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 1193-1196, 879-882.



Eerst en vooral wordt in een gecorrigeerd monistisch systeem geen radicale breuk veroorzaakt tussen het afstammingsrecht en gezagsrecht zoals in een dualistisch systeem. Bijgevolg is een juridische ouder nog steeds titularis van het ouderlijk gezag. Dit verhindert evenwel niet dat ook aan andere personen dan ouders het ouderlijk gezag kan toekomen, zij het op het niveau van de uitoefening ervan.<sup>626</sup> Als dusdanig komt een gecorrigeerd monistisch systeem beter tegemoet aan de maatschappelijke evoluties tengevolge waarvan tegenwoordig niet uitsluitend de ouders van het kind instaan voor diens opvoeding maar ook zorgouders. Waar zorgouders in een zuiver monistisch systeem slechts kunnen worden erkend via het (adoptieve) afstammingsrecht als '(adoptieve)ouder' van het kind, maakt een gecorrigeerd monistisch systeem de erkenning via ouderlijk gezag mogelijk zonder uitsluiting van de ouders. Zodoende kunnen meerdere personen die verschillende functies van ouderschap vervullen *tegelijkertijd* in rechte worden erkend zonder dat ze elkaar uitsluiten. De problematiek van de vervangende logica die geldt bij de vestiging van een (adoptieve) afstammingsband wordt zodoende vermeden.

Tevens sluit een gecorrigeerd monistisch systeem aan bij de evolutie binnen het huidige Belgische recht van een zuiver monistisch systeem naar een gecorrigeerd monistisch systeem, waartoe de Wet Pleegzorg van 19 maart 2017 reeds een eerste aanzet heeft gegeven (cf. nr. 33 en *infra*). Doordat zorgouders worden erkend via het ouderlijk gezag kunnen de afstammingsbanden van het kind en zijn ouders behouden blijven. Als dusdanig wordt voor de erkenning van zorgouders in een gecorrigeerd monistisch systeem geen afbreuk gedaan aan de huidige functie van het afstammingsrecht, noch staat dit systeem in de weg aan de erkenning van andere rechtsfiguren, zoals adoptie of wensouderschap uit de MBV-wet. Een gecorrigeerd monistisch systeem kadert eveneens in de Belgische rechtstraditie tot nu toe aangezien het onderscheid tussen uitoefening en titularisschap van het ouderlijk gezag dat het Belgische recht steeds heeft gekenmerkt, in een ruimere context wordt uitgediept ter erkenning van zorgouders.

---

<sup>626</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 1196, 882.

Bovendien past de evolutie naar een gecorrigeerd monistisch systeem in een gelijkaardige evolutie naar een meer monistisch ingesteld systeem die waarneembaar is in de bestudeerde buitenlandse rechtsstelsels.<sup>627</sup> Voor de afstamming langs moederszijde was dit reeds het geval aangezien de vrouw die bevallen is als juridische moeder van rechtswege het ouderlijk gezag verkrijgt. Evenwel wordt steeds vaker getracht ook ongehuwde vaders eenvoudiger ouderlijk gezag te laten verkrijgen via onder andere een registratie in de geboorteakte (s4(1)(a) CA 1989 *juncto* s 10(1)(a)-(c) of s 10A(1)(a)-(c) Births and Deaths Registration Act 1953) of het afleggen van een verklaring samen met de moeder (art. 1:252 *juncto* art. 1:244 NBW; § 1626a(1) 1 BGB, art. 372, tweede en derde lid Cc).<sup>628</sup> Werd het ouderlijk gezag verkregen door de ongehuwde vader dan heeft een scheiding daarenboven geen invloed op de verdere gezamenlijke uitoefening van het gezag (art. 372 Cc; art. 1:247 NBW; §1687 BGB).<sup>629</sup>

Het feit dat het Belgische recht moet evolueren naar een gecorrigeerd monistisch systeem wordt zoals vermeld ook ondersteund vanuit recente wetgevende initiatieven die een gelijkaardige evolutie aantonen. Sinds de Wet Pleegzorg van 19 februari 2017 kunnen pleegzorgers immers van rechtswege bepaalde bevoegdheden van het ouderlijk gezag uitoefenen die bovendien kunnen worden uitgebreid via een conventionele of gerechtelijke delegatie. De ouders blijven titularis van deze

---

<sup>627</sup> Zie voor de discussie: bv. **Nederland** rapport Herrijking Ouderschap; **Engeland**: S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 405 e.v.; J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 384-388.

<sup>628</sup> **Engeland**: S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 391; J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 383-384; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 370-385; **Nederland**: M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA en M. TOMASSEN-VAN DER LANS, "Gezag" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familie recht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (255) 263-264; **Duitsland**: J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nrs. 138-142, 723-726; **Frankrijk**: I. CARBONNIER, "Fasc. 10: Autorité parentale – Exercice de l'autorité parentale", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 7 oktober 2014), nrs. 86-87.

<sup>629</sup> **Nederland**: M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA en M. TOMASSEN-VAN DER LANS, "Gezag" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familie recht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (255) 266;

**Frankrijk**: A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: définition, sources et nature" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 232.21, (945) 947 en A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice", nrs. 234.20-234.21, (969) 972-973; **Duitsland**: J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nrs. 6-10, 729-730.

bevoegdheden, maar de uitoefening ervan komt toe aan de pleegzorgers (cf. nrs. 31-39).

Ten slotte kan worden verdedigd dat een gecorrigeerd monistisch systeem aansluit bij de meeste voorkomende gezinsvormen. De toekenning van gezag aan personen die door het afstammingsrecht als de juridische ouders van het kind zijn aangeduid brengt rechtszekerheid tot stand voor het merendeel van de bevolking en dient de belangen van het kind en van de ouders. Het kind heeft immers krachtens art. 7, eerste lid IVRK het recht om door zijn ouders te worden verzorgd en heeft tevens baat bij de dadelijke aanduiding van personen die zijn socialisatieproces naar volwassenheid moeten begeleiden. Ook het belang van de ouders wordt in een gecorrigeerd monistisch systeem behartigd, omdat overeenkomstig de artikelen 5 en 18 IVRK wordt benadrukt dat zij als titularissen van het ouderlijk gezag de eerste, maar niet noodzakelijke de enige, opvoedingsverantwoordelijken van het kind zijn.<sup>630</sup>

## **AFDELING 2. Kenmerken van het ouderlijk gezag**

175. De keuze voor het gezagsrecht wordt tevens verantwoord door de kenmerken van het ouderlijk gezag *an sich*, die overeenkomen met de kenmerken van het feitelijk ouderschap zoals waargenomen door de zorgouder.

Zo wordt met ouderlijk gezag tegemoetgekomen aan het tijdelijke karakter van de opvoedende rol van de zorgouder. Eenmaal het kind de meerderjarigheid bereikt, houdt deze rol samen met het ouderlijk gezag op te bestaan. Een dergelijke functionele beperking in de tijd is evenwel uitgesloten bij de vestiging van afstammingsbanden.<sup>631</sup> Het afstammingsrecht heeft een persoonsidentificerende functie zodat

---

<sup>630</sup> G. KAMCHEDZERA, "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, nr.41, (1)24; zie ook GwH 8 oktober 2003, B.2.

<sup>631</sup> Zie ook in die zin: P. BORGHS, "Rechtspositie meemoeder. Van adoptieve naar oorspronkelijke juridische afstamming", *NJW* 2013, nr. 68, (382) 395.

gevestigde afstammingsbanden levenslang blijven gelden, behoudens een succesvolle betwisting (cf. nr. 172).

Tevens laat de flexibiliteit van het ouderlijk gezag toe om zeer diverse opvoedingssituaties juridisch te omkaderen. Naargelang de concrete omstandigheden kunnen dan meer of minder rechten worden toegekend aan de zorgouder.<sup>632</sup> Deze flexibiliteit is uitgesloten bij het afstammingsrecht waar een gevestigde afstammingsband niet flexibel wijzigbaar is aangezien wordt beoogd een standvastige relatie tot stand te brengen tussen de betrokkenen.<sup>633</sup> Een dergelijke *ratio* stemt niet overeen met de opvoedende taak van een zorgouder die om succesvol te zijn een evolutief en flexibel karakter moet hebben conform de behoeftes van het kind.<sup>634</sup> Daarbij komt dat het afstammingsrecht een 'alles-of-niets'-regeling is. Ofwel is men juridisch ouder van een kind met alle daaraan verbonden rechten en plichten (bv. erfrecht, onderhoudsrecht, ouderlijk gezag), ofwel is men geen juridische ouder in welk geval men een 'derde' blijft.<sup>635</sup>

### **AFDELING 3. Buitenlandse ervaringen**

176. De rechtsvergelijkende analyse toont aan dat ook alle buitenlandse wetgevers het gezagsrecht hanteren als grondslag voor een specifieke regeling ter erkenning van zorgouders (cf. nrs. 168-169).

---

<sup>632</sup> N. GALLUS, "Les fondements et la représentation juridique de la parenté" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, nrs. 16-17, (7) 19.

<sup>633</sup> J. MASSON, "Parenting by being; parenting by doing – In search of principles for founding families" in J. R. SPENCER en A. DU BOIS-PEDAIN (eds.), *Freedom and responsibility in Reproductive Choice*, Oxford, Hart Publishing, 2006, (131) 131-132.

<sup>634</sup> L. VANDEMEULEBROECKE, "4.1 De opvoedingssituatie in nieuw samengestelde gezinnen" in L. VANDEMEULEBROECKE, H. VAN CROMBRUGGE en J. GERRIS (eds.), *Gezinspedagogiek*, Antwerpen, Garant, 2007, (175) 183.

<sup>635</sup> M. BEAGUE, "Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées?", *JDJ* 2007/268, (3) 8; S. CAP en J. SOSSON, "La place juridique du tiers au lien de filiation" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 1, (267) 267-268; J. SOSSON, "Filiation, origines, parentalité" in *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 3, (5) 8-9.

### **HOOFDSTUK 3. Besluit**

177. Er zijn twee mogelijke aanknopingspunten voorhanden om als grondslag te dienen bij de uitwerking van een statuut voor zorgouders, zijnde het afstammingsrecht enerzijds en de regeling van het ouderlijk gezag (i.e. het gezagsrecht) anderzijds.

In dit proefschrift wordt het gezagsrecht als grondslag gehanteerd bij de uitwerking van een statuut voor zorgouders. De keuze voor het gezagsrecht is ingegeven om drie redenen. Ten eerste stemt de finaliteit van het ouderlijk gezag overeen met de opvoedende rol die de zorgouder vervult jegens het kind (cf. nr. 171). De finaliteit van het ouderlijk gezag bestaat erin een kind te socialiseren en naar volwassenheid te begeleiden, zodat het zich als volwassene kan handhaven in de samenleving. Door de fragmentatie van het ouderschap treedt de zorgouder op als feitelijke ouder en voedt hij het kind op samen met de ouder(s). Een beroep op het gezagsrecht stelt hem bijgevolg in voldoende mate in staat om deze ouderlijke functie verder te blijven uitoefenen en als dusdanig de ouders te helpen het kind op te voeden. Ten tweede komen de kenmerken van het ouderlijk gezag overeen met de kenmerken van de opvoedende rol die de zorgouder waarneemt (cf. nr. 175). Beiden zijn tijdelijk van karakter en eindigen bij de meerderjarigheid van het kind. Beiden zijn eveneens flexibel en evolutief van karakter. Zo kan de diversiteit aan opvoedingssituaties en de voortdurende evolutie binnen de opvoeding van het kind beter worden omkaderd door het ouderlijk gezag, dat wegens zijn flexibiliteit de mogelijkheid biedt om al naargelang het geval meer of minder rechten toe te kennen aan de zorgouder. Ten derde vloeit uit de rechtsvergelijkende analyse voort dat ook alle buitenlandse wetgevers een beroep hebben gedaan op het gezagsrecht bij de uitwerking van een regeling voor zorgouders (cf. nr. 176). Telkenmale wordt daarbij verwezen naar de voornoemde finaliteit van het ouderlijk gezag waardoor een beroep op het gezagsrecht de zorgouder in staat stelt om de juridische ouders te helpen het kind verder op te voeden en te verzorgen. Tevens wordt in de Nederlandse voorbereidende werken overwogen dat een gebruik van het gezagsrecht volstaat om daadwerkelijk familielevens tussen zorgouder en kind in rechte te beschermen.

Er wordt niet geopteerd voor het afstammingsrecht als grondslag voor het zorgouderschapstatuut omdat het afstammingsrecht een persoonsidentificerende functie heeft. Het plaatst een persoon binnen een bepaalde genealogische orde die cruciaal is voor zijn identiteitsontwikkeling. Ook heeft het afstammingsrecht een sociale functie aangezien het de personen aanduidt die moeten instaan voor de biologische en sociale volwassenwording van een kind. Deze sociale functie toont aan dat het afstammingsrecht een aanknopingspunt vormt voor een geheel van rechten en plichten, waardoor het een zekere aantrekkingskracht heeft om te worden gehanteerd bij de erkenning van de band tussen zorgouder en kind ontstaan naar aanleiding van de fragmentatie van ouderschap. Evenwel wordt met een beroep op het afstammingsrecht de specificiteit van de opvoedende rol van de zorgouder miskend. De fragmentatie van het ouderschap vereist immers dat de personen die een ouderlijke functie waarnemen als dusdanig worden erkend en niet worden geassimileerd met reeds bestaande begrippen. Door een zorgouder als 'ouder' te kwalificeren verliest de ouder van het kind bovendien zijn hoedanigheid van juridische ouder, voor zover het kind reeds twee ouders had. Zodoende vervaagt niet alleen het onderscheid tussen ouder en zorgouder maar bestaat tevens het risico op rolverwarring in hoofde van het kind. Ten slotte is het afstammingsrecht ongeschikt als grondslag voor het zorgouderschapstatuut omdat het geen tijdelijk karakter heeft. Een gevestigde afstammingsband eindigt immers niet bij de meerderjarigheid van het kind, maar beoogt een standvastige relatie tussen personen tot stand te brengen. Tegelijkertijd heeft het afstammingsrecht ook een te rigide karakter waardoor het onvoldoende flexibel is om tegemoet te komen aan de verschillende situaties waarin een kind kan opgroeien. Het betreft een 'alles-of-niets'-regeling waarbij ofwel een geheel van rechten en plichten toekomt aan een bepaalde persoon als juridische ouder, ofwel helemaal geen rechten en plichten als een juridische afstammingsband ontbreekt.

178. De keuze voor het gezagsrecht als grondslag voor het zorgouderschapstatuut veronderstelt dat het Belgische recht evolueert van een zuiver monistisch naar een gecorrigeerd monistisch systeem. In een dergelijk systeem zijn de ouders van het kind de titularissen van het

ouderlijk gezag maar kan de uitoefening van het ouderlijk gezag ook andere personen toekomen. Op die manier kunnen meerdere personen die een ouderlijke functie uitoefenen tegelijkertijd in rechte worden erkend. De evolutie naar een gecorrigeerd monistisch systeem is gerechtvaardigd om een aantal redenen.

Allereerst kadert een gecorrigeerd monistisch systeem in de Belgische rechtstraditie en in de evolutie binnen de bestudeerde buitenlandse rechtsstelsels. Een dualistisch systeem daarentegen zou een radicale breuk veroorzaken tussen het afstammingsrecht en gezagsrecht en impliceert met andere woorden een ander rechtsdenken. Een volledige herdenking van het afstammings- en gezagsrecht zou zich alsdan opdringen.

Bovendien toont de juridische omkadering van pleegzorg aan dat de evolutie naar een gecorrigeerd monistisch systeem niet strijdt met de recente tendensen in het Belgische recht. Ook pleegzorgers oefenen voortaan immers van rechtswege bepaalde bevoegdheden van het ouderlijk gezag uit die ze mogelijks nog kunnen uitbreiden op conventionele of gerechtelijke wijze.

Ten slotte kan worden aangenomen dat een gecorrigeerd monistisch systeem rechtszekerheid biedt voor het merendeel van de bevolking omdat het aansluit bij de meest gangbare gezinsvormen. Zodoende is een gecorrigeerd monistisch systeem dienstig voor het belang van het kind, dat immers het recht heeft om door zijn ouders te worden opgevoed (art. 7 IVRK), alsook voor het belang van de ouders, die als titularissen van het ouderlijk gezag de eerste opvoedingsverantwoordelijken van het kind zijn en blijven (artt. 5 en 18 IVRK).

## **TITEL 2. Materiële toepassingsvoorwaarden**

### **SITUERING**

179. In titel twee van dit deel wordt onderzocht aan welke materiële toepassingsvoorwaarden een persoon moet voldoen om als zorgouder te kunnen worden gekwalificeerd. Het antwoord op deze vraag wordt geformuleerd aan de hand van de bevindingen uit de rechtspraakanalyse van

het EHRM inzake het recht op familieleven (cf. nrs. 69 e.v.) en het rechtsvergelijkend onderzoek. Wat dit laatste betreft, kan worden vastgesteld dat in de bestudeerde rechtsstelsels zowel materiële toepassingsvoorwaarden aan de verticale relatie tussen het kind en de zorgouder als aan de horizontale relatie tussen ouder en zorgouder worden opgelegd.

180. Zo is een zorgouder in Frankrijk eender welke derde, zijnde een familielid, een andere betrouwbare persoon, een instelling of dienst die het kind opvangt, en aan wie de ouders geheel of ten dele de uitoefening van het ouderlijk gezag kunnen overdragen of met wie ze de uitoefening van het gezag kunnen delen, voor zover de omstandigheden dit rechtvaardigen (art. 377, eerste lid *Cc juncto* art. 377-1 *Cc*)<sup>636, 637</sup> Ook in Nederland spreekt de wetgever van 'een ander dan de ouder' die samen met de ouder de rechtbank kan verzoeken om gezamenlijk met het gezag te worden belast voor zover een nauwe persoonlijke betrekking met het kind bestaat (art. 1:253t NBW).<sup>638</sup> In Engeland kan de zorgouder een persoon zijn die noch met de ouder van het kind gehuwd is, noch met hem of haar een geregistreerd partnerschap is aangegaan en die ouderlijk gezag heeft

---

<sup>636</sup> Zie onder andere: A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 234.204, (969) 1021; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 18 e.v.

<sup>637</sup> Dezelfde personen en instellingen kunnen verzoeken om een gedwongen overdracht wanneer de ouders een manifeste desinteresse vertonen in de opvoeding van hun kind of wanneer ze zich in de onmogelijkheid bevinden om het ouderlijk gezag geheel of gedeeltelijk uit te oefenen (art. 377, tweede lid *Cc*); CA Agen 29 november 2007 (ch 1re), n° 07/00294: *JurisData* n° 2007-353630: tante langs moederszijde; CA Toulouse, 24 févr. 2009, n° 210, 07/03530: *JurisData* n° 2009-003162: grootouders langs moederszijde; A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Parijs, LGDJ, 2010, nr. 481, 249; A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, Parijs, Montchrétien, 2014, nr. 1146, 455-456; Y. BUFFELAN-LANORE en V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil: introduction-biens-personnes-famille*, Parijs, Sirey, 2011, nr. 2228, 929; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 34, 38, 40-50; zie ook: A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 234.212, (969) 1022.

<sup>638</sup> zie onder andere: ASSER/DE BOER, *1\* Personen- en familierecht*, 2010, nr. 839a; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253t NBW, aant. 3 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016); M. J. C. KOENS, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:253t NBW (actueel tot en met 1 juli 2017); P. VLAARDINGERBROEK e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2017, nr. 9.2.4, 386; M. VONK, "Parent-child relationships in Dutch family law" in I. SCHWENZER (ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (279) 290.



verkregen via een *order*. Ofwel via een *child arrangement order* (hierna: CAO) (s 12(2) CA 1989) op basis waarvan de woonplaats van het kind wordt bepaald bij de zorgouder (i.e. vroegere '*residence order*'), in welk geval hij steeds titularis wordt van het ouderlijk gezag voor de duur van de *order*, of via een *child arrangement order* die vastlegt dat de zorgouder met het kind contact zal onderhouden (i.e. vroegere '*contact order*'), in welk geval hij titularis *kan* worden van het ouderlijk gezag.<sup>639</sup> Ofwel is de zorgouder een persoon die verzoekt om een *special guardianship order* (hierna: SGO) (s 14A e.v. CA 1989) omdat hij een kind bij hem opvoedt dat niet kan terugkeren naar zijn ouders maar voor wie het verbreken van de banden met zijn familie ingevolge een adoptie evenmin gewenst is. Een SGO verschaft dan een meer permanente status aan de zorgouder als opvoeder.<sup>640</sup> Ofwel is de zorgouder een persoon die via een *emergency protection order* (hierna: EPO) (s 44(1) CA 1989) probeert te voorkomen dat het kind in een gevaarlijke situatie terecht komt wanneer het niet verhuist naar een woonplaats ter beschikking gesteld door de zorgouder of als het niet in zijn huidige woonplaats blijft.<sup>641</sup> Een zorgouder kan daarentegen ook de echtgenoot of geregistreerde partner van de ouder met ouderlijk gezag zijn met wie hij een *parental responsibility agreement* (hierna: PRA) heeft gesloten ter verkrijging van deze verantwoordelijkheden (s 4A(1)(a) CA 1989).<sup>642</sup> Weigeren de ouders evenwel om vrijwillig een overeenkomst te sluiten dan kan de zorgouder de rechtbank verzoeken om een *parental responsibility order* (hierna: PRO) (s 4A(1)(b) CA 1989).<sup>643</sup> Zoals *supra*

---

<sup>639</sup> Zie onder andere: N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 485 e.v.; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12.024, 274-275.

<sup>640</sup> Zie onder andere: S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 744 e.v.; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 730 e.v.; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 15.011, 399-402.

<sup>641</sup> Zie onder andere: N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 584 e.v.; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 14.011, 349 e.v.

<sup>642</sup> Zie onder andere: S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 411-412; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 386-389.

<sup>643</sup> Zie onder andere: S. HARRIS-SHORT en J. MILES, *Family Law Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford UP, 2011, nr. 10.3.5, 682-683, 346; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12.019, 271-272; E. STEINER, "The tensions between legal, biological and social conceptions of parenthood in English law" in I. SCHWENZER (ed.), *Tensions between*

vermeld zal de zorgouder evenwel meestal gebruik maken van een *PRA*, *PRO* of *CAO* om titularis van de ouderlijk gezag te worden. In Duitsland is de zorgouder de echtgenoot of geregistreerde partner van de ouder van het kind die door zijn huwelijk of geregistreerd partnerschap van rechtswege de uitoefening van een *kleines Sorgerecht* verkrijgt, bestaande uit een medebeslissingsrecht in dagelijkse opvoedingsaangelegenheden (D: '*Mitsorgerecht*') en een '*Notvertretungsrecht*', voor zover althans de ouder op exclusieve wijze het gezag uitoefent (§ 1687b(1) BGB en § 9(1) LPartG).<sup>644</sup>

181. In wat volgt zal dan ook een onderscheid worden gemaakt tussen toepassingsvoorwaarden die gelden in de verticale relatie tussen kind en zorgouder (hoofdstuk 1) en de toepassingsvoorwaarden die gelden in de horizontale relatie tussen zorgouder en ouder (hoofdstuk 2).

### **HOOFDSTUK 1. Verticale relatie tussen kind en zorgouder**

182. Uit de rechtspraak van het EHRM is gebleken dat aan de relatie tussen het kind en de zorgouder verschillende toepassingsvoorwaarden kunnen worden gekoppeld, met name de aanwezigheid van een band van verwantschap, de aanwezigheid van een beschermenswaardige horizontale partnerrelatie tussen ouder en zorgouder, de aanwezigheid van een samenwoning van de zorgouder met het kind alsook de aanwezigheid van een opvoedende rol in hoofde van de zorgouder jegens het kind (cf. nrs. 90 e.v.). In wat hierna volgt, wordt onderzocht op welke wijze die toepassingsvoorwaarden gelden in de bestudeerde rechtsstelsels (afdeling 1) en zal mede op basis hiervan een voorstel worden geformuleerd voor het zorgouderschapstatuut *de lege ferenda* (afdeling 2).

### **AFDELING 1. Rechtsvergelijkende analyse**

183. In deze rechtsvergelijkende analyse wordt een antwoord geformuleerd op de volgende vragen, zijnde:

---

*legal, biological and social conceptions of parentage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (159) 165.

<sup>644</sup> Zie onder andere: B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, 67 e.v.; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015.

- of een zorgouder een band van (aan)verwantschap moet of kan hebben met het kind dat hij opvoedt, en indien dit het geval is of deze band beperkt is tot een bepaalde graad die voortvloeit uit de vereiste van een huwelijk of geregistreerd partnerschap in de horizontale relatie tussen ouder en zorgouder (§ 1);
- of de zorgouder moet samenwonen met het kind (§ 2);
- en in welke mate de zorgouder een opvoedende rol moet vervullen jegens het kind (§ 3).

### **§ 1. (Aan)verwantschap**

184. In Duitsland en onder bepaalde voorwaarden in Engeland, gelden (aan)verwantschapsbeletselen in de verhouding tussen de zorgouder en het kind (A). Daarentegen gelden geen (aan)verwantschapsbeletselen tussen de zorgouder en het kind in Frankrijk, Nederland en onder bepaalde voorwaarden in Engeland (B).

#### **A. (Aan)verwantschapsbeletselen**

185. In Duitsland kan de persoon die in aanmerking komt als zorgouder slechts een bepaalde graad van verwantschap hebben met het kind dat hij opvoedt doordat hij een huwelijk of geregistreerd partnerschap (D: *'Lebenspartnerschaft'*) met diens ouder moet zijn aangegaan. Aangezien tussen verwanten in opgaande en neerdalende lijn, en tussen (half)broers- en (half)zussen een absoluut huwelijksbeletsel bestaat (§ 1307 BGB),<sup>645</sup> dat eveneens van toepassing is op het afsluiten van een geregistreerd partnerschap tussen twee partners van hetzelfde geslacht (§ 1(3), 2-3 LPartG),<sup>646</sup> kan de zorgouder geen (over)grootouder, tante of oom, broer of zus van het kind zijn.

---

<sup>645</sup> A. GANZ, "§ 1307 BGB" in *Nomos Kommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2012, 100; J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nrs. 20-23, 78-79; *Palandt*, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1307 BGB, nrs. 1-7, 1597-1598; D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nrs. 96-98, 43-44.

<sup>646</sup> D. SCHWAB, "Eingetragene Lebenspartnerschaft-Ein Überblick", *FamRZ* 2001, (385) 389; D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nr. 1095, 484.

Dezelfde vaststelling geldt in Engeland wanneer ouderlijk gezag via een *PRA* (s 4A(1)(a) CA 1989), een *PRO* (s 4A(1)(b) CA 1989) of een *CAO* (s 10(5)(a), (aa) CA 1989) wordt toegekend aan de (voormalige)<sup>647</sup> echtgenoot of geregistreerde partner van de ouder van het kind. In dat geval hebben de huwelijksbeletselen tot gevolg dat de zorgouder geen (over)grootouder kan zijn van het kind, geen (groot)tante of (groot)oom, noch diens broer of zus, neef- of nicht<sup>648</sup> (s 11(a) Matrimonial Causes Act 1973, hierna: MCA 1973; Marriage Act 1949, Schedule 1, pt. I, hierna: MA 1949).<sup>649</sup> Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen volle of halve verwanten. Anders dan in Duitsland<sup>650</sup> bestaan in Engeland wel nog relatieve huwelijksbeletselen tussen aanverwanten<sup>651, 652</sup>. Dezelfde beletselen zijn van toepassing voor partners van hetzelfde geslacht die een geregistreerd partnerschap willen aangaan (s 3(1)(d) Civil Partnership Act 2004, hierna: CPA 2004).<sup>653</sup>

---

<sup>647</sup> In geval van een *CAO*.

<sup>648</sup> Als zijnde de neef of nicht van de ouder van het kind, aangezien een huwelijksbeletsel bestaat tussen neven en nichten zodat een ouder niet kan huwen met zijn eigen neef of nicht.

<sup>649</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 7-9; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 45-46; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 3-005, 50.

<sup>650</sup> Een huwelijk of geregistreerd partnerschap doet in Duitsland aanverwantschap ontstaan tussen de verwanten van de ene echtgenoot resp. partner en de andere echtgenoot resp. partner (§ 1590(1) BGB en § 11(2) LPartG); zie daarover: J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nrs. 32-42, 28-30;

Dit huwelijksbeletsel werd afgeschaft door de *Eheschliessungsreformgesetz* van 4 mei 1998, *BGBI.* I, 833 (J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 3, 73-74).

<sup>651</sup> In Engeland ontstaat door een huwelijk aanverwantschap tussen een gehuwde persoon en de verwanten van zijn echtgenoot (bv. kind van de echtgenoot, i.e. 'stiefkind'), alsook tussen de echtgenoten van zijn verwanten (bv. schoonzus, schoonbroer) (zie Marriage (Prohibited Degrees of Relationship) Act 1986 s 1(1 en 2)).

<sup>652</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 7-9; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 46-47; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 3-006, 50-51.

Zo kan een man of vrouw bv. niet huwen met het kind van zijn of haar voormalige echtgenoot of geregistreerde partner, tenzij beide partijen ouder zijn dan eenentwintig jaar en de man of vrouw het kind tijdens diens minderjarigheid niet als zijn eigen kind heeft opgevoed en dus *in loco parentis* is opgetreden ('*child of the family*').

<sup>653</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 39-40; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 59-60; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 3-031, 66-67.

## B. Afwezigheid van (aan)verwantschapsbeletsel

186. In Frankrijk is het irrelevant of de persoon die als zorgouder in aanmerking komt een (aan)verwantschapsband<sup>654</sup> heeft met het kind dat hij opvoedt.<sup>655</sup> De wet bepaalt immers uitdrukkelijk dat de ouders de uitoefening van het gezag kunnen overdragen aan een 'familielid' (FR: '*membre de la famille*') of een 'betrouwbare persoon' (FR: '*proche digne de confiance*') (art. 377, eerste lid Cc).<sup>656</sup> (Aan)verwanten genieten daarbij geen voorrang op derden.<sup>657</sup>

Ook in Nederland wordt in algemene bewoordingen gesproken van '*een ander dan de ouder*' die samen met de ouder een verzoek kan indienen bij de rechtbank om gezamenlijk met het gezag te worden belast (art. 1:253t, eerste lid NBW). Het verzoek kan bijgevolg uitgaan van zowel een grootouder, tante of andere verwant als van een aanverwant<sup>658</sup> of van de nieuwe partner van de ouder.<sup>659</sup>

---

Voor partners van verschillend geslacht staat deze mogelijkheid niet open. Partners van gelijk geslacht kunnen daarnaast ook nog een huwelijk aangaan ingevolge de Same Sex Marriage Act 2013.

<sup>654</sup> Uitsluitend een huwelijk doet in Frankrijk aanverwantschap ontstaan. Bijgevolg zijn aanverwanten de verwanten van de echtgenoot van een gehuwd persoon (bv. kind van zijn echtgenoot, i.e. 'stiefkind') alsook de echtgenoten van de verwanten van een gehuwd persoon (bv. de echtgenoot van zijn zus, i.e. 'schoonbroer') (zie onder andere: J. J. LEMOULAND, "Empêchements à mariage" in *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 112.33-112.35, (87) 93-94).

<sup>655</sup> zie onder andere: CA Lyon 16 november 2004, RG 03/05867, [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr): tante; CA Amiens 22 maart 2012, n°10/04223, [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr): grootouders; TGI Parijs 22 december 2013, n°12/35092, [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr): vrouwelijke partner van de moeder waarbij de vader het kind heeft erkend; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.204, (969) 1021; L. LESTIENNE-SAUVÉ, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Parijs, LGDJ, 2013, nr. 90, 71; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 18-20; zie ook voor de opsomming: Rapport LEONETTI, (1) 66.

<sup>656</sup> Ook bij een gedwongen overdracht krachtens art. 377, tweede lid Cc gelden geen (aan)verwantschapsbeletsel. Zowel een derde als een familielid (FR: '*un membre de la famille*') kan de rechter verzoeken om een overdracht.

<sup>657</sup> Cass. 16 april 2008, n°07-11.273, *Bull. civ. I*, n° 106.

<sup>658</sup> zie art. 1:3, tweede lid NBW: "*Door huwelijk of door geregistreerd partnerschap ontstaat tussen de ene echtgenoot dan wel de ene geregistreeerde partner en een bloedverwant van de andere echtgenoot dan wel de andere geregistreeerde partner aanverwantschap in dezelfde graad als er bloedverwantschap bestaat tussen de andere echtgenoot dan wel de andere geregistreeerde partner en diens bloedverwant.*"

<sup>659</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 4 juli 2005, nr. 126336/ FA RK 05-11023, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) (lesbisch koppel); Rb. Arnhem 1 september 2009, nr. 183468, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) (tante en de moeder van het kind); Rb. Maastricht 7 april 2010, nr. 144775/ FA RK 09-1403, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) (moeder en grootmoeder); Rb.

Eenzelfde besluit geldt in Engeland wanneer wordt verzocht om een CAO (s 10(5B-C) en s 10(5) CA 1989), een SGO (s 14A(3)(b) en (5)CA 1989) of een EPO (s 44(1) CA 1989) door een (aan)verwant of een derde aangezien voor dergelijke *orders* geen geïnstitutionaliseerde relatie moet bestaan tussen de ouder en de zorgouder.<sup>660</sup>

## § 2. Samenwoning van kind met zorgouder

187. In Duitsland geldt een vereiste van samenwonen (A).<sup>661</sup> In Frankrijk, Nederland en Engeland geldt deze wettelijke toepassingsvoorwaarde evenwel niet, maar wordt de samenwoning door de rechter in rekening genomen bij de toekenning van het titularisschap resp. de uitoefening van het ouderlijk gezag aan de zorgouder (B).

### A. Wettelijke vereiste

188. In Duitsland vloeit de samenwoningsvereiste van de zorgouder met het kind (§ 1687b(4) BGB) voort uit de wettelijke verplichting tot samenwonen die tussen de ouder en de zorgouder geldt ingevolge hun huwelijk (§ 1353(1) BGB). Zijn de ouder en zorgouder evenwel een geregistreerd partnerschap aangegaan dan rust op hen slechts de verplichting om een '*gemeinsamen Lebensgestaltung*' tot stand te brengen welke plicht niet overeenstemt met de huwelijkse samenwoningsplicht (§ 2 LPartG).<sup>662</sup> Niettegenstaande een uitdrukkelijke wettelijke verplichting

---

Assen 3 november 2010, nr. 81894/FA RK 10-2533, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) (vader en grootmoeder langs moederszijde); "Gezag en omgang. Is gezamenlijk gezag van een alleen met het gezag belaste ouder en een grootouder op grond van art. 1:253t BW mogelijk?" (noot bij Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006), *RFR* 2006; ASSER/DE BOER, *1\* Personen- en familierecht*, 2010, nr. 839a; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253t NBW, aant. 3 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016); M. J. C. KOENS, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:253t NBW (actueel tot en met 1 juli 2017); P. VLAARDINGERBROEK e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2017, nr. 9.2.4, 386; M. VONK, "Parent-child relationships in Dutch family law" in I. SCHWENZER (ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (279) 290.

<sup>660</sup> Zie bijvoorbeeld Chelmsford County Court 31 maart 2014, A (Adoption versus Special Guardianship order), Re [2014] EWCC B39 (Fam): grootouder en nieuwe partner; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 584 (EPO) en 731 (SGO).

<sup>661</sup> De samenwoningsvereiste geldt met andere woorden niet ter verkrijging van de ouderlijke bevoegdheden.

<sup>662</sup> N. DETHLOFF, *Familienrecht*, 31<sup>e</sup> Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2015, nr. 21, 242; D. SCHWAB, "Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick", *FamRZ* 2001, (385) 390.

ontbreekt wordt in de voorbereidende werken aangenomen dat geregistreerde partners in de regel toch zullen samenwonen, wat onder meer ook blijkt uit andere bepalingen van het *Lebenspartnerschaftsgesetz* (cf. nr. 215).<sup>663</sup> Daarbij vermoedt de Duitse wetgever dat de ouder en zorgouder die als echtgenoten of geregistreerde partners samenwonen, een gemeenschappelijk huishouden (D: '*häuslichen Gemeinschaft*')<sup>664</sup> voeren met elkaar en met hun niet-gemeenschappelijke kinderen zodat een '*neue (soziale) Familie*' ontstaat. Om die nieuw ontstane familiebanden in het belang van het kind te versterken en de rol van de zorgouder in de opvoeding van het kind te erkennen, verkrijgt de zorgouder beperkte bevoegdheden van het ouderlijk gezag zodat hij eenvoudiger dagelijkse opvoedingsbeslissingen kan nemen.<sup>665</sup> Bijgevolg verliest de zorgouder zijn ouderlijke bevoegdheden wanneer hij en de ouder op permanente wijze gescheiden leven om bewust hun gemeenschappelijk huishouden met elkaar en het kind te beëindigen zonder de wil te koesteren om dit opnieuw tot stand te brengen.<sup>666</sup> Een internaatverblijf van het kind of het gescheiden leven van de ouder en zorgouder om bv. professionele redenen heeft dan ook geen invloed op het voortbestaan van de ouderlijke bevoegdheden in hoofde van de zorgouder.<sup>667</sup>

#### B. Rechterlijk beoordelingselement

189. Noch in Nederland, noch in Frankrijk of Engeland moet de zorgouder bij wet verplicht samenwonen met het kind opdat aan hem ouderlijk gezag kan toekomen.<sup>668</sup> Een analyse van rechtspraak toont evenwel aan dat de

---

<sup>663</sup> BT-Drucksache 14/3751, 36.

<sup>664</sup> G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nrs. 9 en 19; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 70-71; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 5.

<sup>665</sup> BT-Drucksache 14/2096, 8; BT-Drucksache 14/3751, 39.

<sup>666</sup> zie over begrip '*häuslichen Gemeinschaft*': *Palandt*, München, Verlag C. H. Beck, § 1567 BGB, nrs. 1-9, 1734-1735.

<sup>667</sup> L. SALGO, "§ 1687b BGB" in *Staudinger BGB IV §§ 1684-1717*, Berlijn, Sellier, 2006, nr. 20, (361) 371-372; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 70-71; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 5.

<sup>668</sup> **Frankrijk**: A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 234.204 en 234.211, (969) 1021-1022; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasser Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 18-20; **Nederland**: Rb. Haarlem 27 april 2010, 158023-

rechter in deze rechtsstelsels een samenwoning van de zorgouder met het kind toch in acht neemt bij de beoordeling van de wettelijke criteria van het verzoek om toekenning van ouderlijke bevoegdheden.

Zo neemt de rechter in Frankrijk de samenwoning van de zorgouder met het kind in overweging in het licht van de beoordeling van uitzonderlijke omstandigheden die de overdracht van (delen van) het ouderlijk gezag moeten rechtvaardigen (FR: *'lorsque les circonstances l'exigent'*). Rechtspraak toont aan dat het om een feitelijke samenwoning moet gaan die door de betrokkenen daadwerkelijk wordt beleefd en voortvloeit uit een

---

09-1770, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), ov. 5.2 (kind 1): Volgens de rechtbank is in dit geval de samenwoning van een kind en een niet-ouder niet noodzakelijk opdat een nauwe persoonlijke betrekking tussen beiden zou bestaan. Het feit dat de niet-ouder dagelijks telefonisch contact heeft met het kind, dat er op regelmatige basis chatsessies plaatsvinden, en dat de betrokkenen elkaar één maal per maand ontmoeten, volstaat om te besluiten tot de aanwezigheid van een nauwe persoonlijke betrekking tussen het kind en de niet-ouder; Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, LJN BA1796, *FJR* 2007, 81; ASSER/DE BOER, 1\* *Personen- en familierecht*, 2010, nr. 839a; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253t NBW, aant. 3 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016); M. J. C. KOENS, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:253t NBW (actueel tot en met 1 juli 2017); **Engeland:**

*PRA*: J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 368; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 386-389; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12-019, 271-272;

*PRO*: S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT, "Introduction: Parental Responsibility-Law, Issues and Themes" in S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford, Hart Publishing, 2009, (1) 7; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12-019, 271-272;

*CAO*: S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 376 en 443; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 514-515; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nrs. 13-006-13.007, 289-290;

*SGO*: N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 731-732; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 15.011, 399-400;

*EPO*: zie bv. High Court of Justice Family Division [2015] EWHC 2265 (Fam); Re X (Emergency Protection Orders) [2006] EWHC 510 (Fam), [2006]2 FLR 701; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 628-630; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 583 e.v.



engagement van de zorgouder om het kind te verzorgen en op te voeden, al dan niet samen met de ouder van het kind.<sup>669</sup>

In Nederland kan dezelfde vaststelling worden gedaan doordat de rechter onder meer de samenwoning als een element hanteert bij de beoordeling van de vraag of tussen de zorgouder en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat. Ook hier toont rechtspraak aan dat de feitelijke beleving van de samenwoning door de betrokkenen centraal staat, en dat de samenwoning verder aan geen specifieke vereisten moet voldoen.<sup>670</sup>

Ook in Engeland neemt de rechter bij het verzoek om een *PRO* de samenwoning van de gehuwde of geregistreerde samenwonende zorgouder en het kind in acht door de toepassing van de *welfare checklist* uit s 1(3) CA 1989 ter concretisering van het belang van het kind<sup>671, 672</sup>. De samenwoning van zorgouder en kind wordt eveneens in acht genomen wanneer de

---

<sup>669</sup> Zie bv. vrijwillige overdracht: TGI Parijs 22 december 2013, n° 12/35092, [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr): het kind werd grootgebracht in het gezamenlijke huishouden van de moeder en haar vrouwelijke partner; TGI Lille 11 december 2007: *in casu* woonde de moeder en meemoeder reeds ettelijke jaren samen met elkaar en de kinderen die geboren werden in 1998 en 2003; CA Lyon 16 november 2004, RG 2003/05867, [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr): het kind woonde reeds zes jaar bij haar tante en oom.

Zie bv. gedwongen overdracht: CA Angers, 12 juni 1992: JurisData n° 1992-051376: overgrootmoeder langs moederszijde; CA Agen 29 november 2007 (ch. 1re), n° 07/00294: JurisData n° 2007-353630: tante langs moederszijde; CA Amiens 22 maart 2012, n° 10/04223, [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr): grootouders langs moederszijde.

<sup>670</sup> Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AV3146, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl): *In casu* sliep het kind drie dagen per week bij zijn oma wanneer de moeder ploegendienst had voor haar job; Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, LJN BA1796, *FJR* 2007, 81, noot I. J. PIETERS: het kind werd door haar halfzus en moeder opgevoed; Rb. Arnhem 1 september 2009, nr. 183468: *In casu* woonde het kind reeds negen jaar samen met zijn tante; Rb. Maastricht 7 april 2010, nr. 144775/ FA RK 09-1403: Het kind woonde bij de grootmoeder en werd door haar opgevoed; Rb. Assen 3 november 2010, nr. 81894/FA RK 10-2533 – Rb. Haarlem 27 april 2010, 158023-09-1770, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), ov. 5.2 (kind 1): Volgens de rechtbank is in dit geval de samenwoning van een kind en een niet-ouder niet noodzakelijk opdat een nauwe persoonlijke betrekking tussen beiden zou bestaan, gelet op de veelvuldige contacten tussen hen.

<sup>671</sup> R (Parental responsibility), Re [2011] WL 2748 579, [2011] EWHC 1535 (Fam), vnl. ov. 34-45: *In casu* oordeelde de rechter dat de echtgenoot van de moeder die valselijk meende de vader van het kind te zijn geen beroep kon doen op s 4A(1)(b) CA 1989. Er was immers een echtscheiding hangende en de man had niet voor ogen om samen te wonen met de moeder en binnen dit kader gezamenlijk het kind op te voeden; Re S (Relocation: Parental Responsibility) [2013] EWHC 1295 (Fam).

<sup>672</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 411-412; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 388-389 en 399 e.v.

zorgouder als (voormalige) echtgenoot of geregistreerde partner van de ouder verzoekt om een CAO. Opdat het verzoek succesvol zou zijn moet deze het kind van zijn (voormalige) echtgenoot of partner behandeld hebben als een '*child of the family*' (s 10(5)(a), (aa) *juncto* s 105(1) CA 1989). Aan deze voorwaarde is voldaan wanneer de ouder en zorgouder een gezin vormen door samen te wonen en de zorgouder het kind, dat niet bij hen werd geplaatst in het kader van pleegzorg, heeft opgevoed alsof het zijn kind is. Zelfs een korte samenwoning van ouder en zorgouder volstaat daartoe. Niet vereist is dat de zorgouder nog samenwoont met het kind bij het indienen van het verzoek.<sup>673</sup> Wanneer het verzoek om de CAO evenwel uitgaat van een derde is in beginsel een samenwoning van minstens drie jaar vereist (s 10(5)(b) CA 1989), die niet voortdurend moet zijn geweest, maar wel niet meer dan vijf jaar voor het ingediende verzoek een aanvang mag hebben genomen noch beëindigd mag zijn meer dan drie maanden ervoor (s 10(10) CA 1989). Er is voldaan aan deze vereiste wanneer de verzoeker het kind daadwerkelijk heeft gehuisvest gedurende deze periode (ENG: '*provide a home*').<sup>674</sup> Een familielid daarentegen dat specifiek verzoekt om een CAO waarmee wordt bepaald dat het kind bij hem of haar zal wonen,<sup>675</sup> moet minstens één jaar voorafgaand aan het verzoek hebben samengewoond met het kind (s 10(5B), (5C) CA 1989). Geen van de voornoemde samenwoningsvereisten zijn evenwel absoluut van aard. Is bijgevolg een samenwoning afwezig of kan niet worden voldaan aan de duurtijd van de termijnen dan kan nog steeds worden verzocht om een CAO voor zover toestemming werd verkregen van alle titularissen van het ouderlijk gezag (s 10(5)(c)(iii) CA 1989) of na een rechterlijke machtiging (s

---

<sup>673</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 412 en 479-480; J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 367; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 514 en 296-298: Een typisch voorbeeld van een dergelijke zorgouder is de man die verkeerdelijk meent de vader te zijn van het kind van zijn echtgenote of een voormalige partner die bewust mee het kind van zijn partner heeft opgevoed en na een relatiebreuk verder contact wil onderhouden.

<sup>674</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 412 en 479-480; J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 367; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 514 en 296-298.

<sup>675</sup> Dit type CAO is de vroegere '*residence order*': F. BURTON, *Family law*, Routledge, Londen, 2015, 388; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 486-488.

10(1)(a)(ii) *juncto* s 10(9) CA 1989)<sup>676,677</sup> Bij het verzoek om een machtiging controleert de rechter onder andere of tussen de zorgouder en het kind een voldoende nauwe band bestaat (s 10(9)(b) CA 1989) waarvoor de samenwoning van de zorgouder met het kind een relevant element is.<sup>678</sup> Dezelfde vaststelling geldt voor het verzoek om een SGO wanneer het kind bij verwanten of derden wordt opgevoed maar het niet in diens belang is om door hen te worden geadopteerd (s 14A(3-5) CA 1989)<sup>679,680</sup>.

### § 3. Opvoedende rol

190. In Nederland en Engeland vormt de opvoedende rol van de zorgouder in bepaalde omstandigheden een wettelijke verplichting voor de toekenning van ouderlijk gezag (A), en in andere omstandigheden een beoordelingselement voor de rechter. In Frankrijk maakt de opvoedende rol van de zorgouder steeds een beoordelingselement uit voor de rechter (B), terwijl in Duitsland een toetsing van de opvoedende rol van de zorgouder door de rechter afwezig is bij de toekenning van bevoegdheden van het ouderlijk gezag (C).

---

<sup>676</sup> Zie bv. X Local Authority, M and GM and K, [2010] EWMC 73 (FPC): Een grootmoeder verkreeg een CAO (voor inwerkingtreding van de Children and Family Act 2014 op 22 april 2014 een '*residence order*') zodat het kind bij haar zou kunnen worden geplaatst ten behoeve van zijn opvoeding; zie voor een machtiging aan ex-partner van de meemoeder van het kind: Deputy High Court Judge 1 juni 2015, Re A (a child: Application for leave to apply for a child arrangements order), 2015 EWFC 47, [www.bailii.org](http://www.bailii.org).

<sup>677</sup> F. BURTON, *Family law*, Routledge, Londen, 2015, 399-401; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 479-482 e.v.; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 514-515; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nrs. 13.006-13.008, 289-290.

<sup>678</sup> Re E-R (a child) [2015] EWCA Civ 405, 2015 WL 1838990; Re A (A Child: Joint Residence/Parental Responsibility) [2008] EWCA Civ 867; Re E-R (Child Arrangements) [2016] EWHC 805 (Fam): CAO toegekend aan een bevriend koppel van de moeder die na haar overlijden het kind hebben opgevoed en bij wie het kind nog steeds inwoont; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 516-518; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 13.009, 290-291.

<sup>679</sup> Regina (T) v Merton London Borough Council, [2012] EWHC 2055 (Admin), [2013] PTSR 710: *In casu* werd een SGO verleend aan een grootmoeder die het halfbroertje opvoedde van haar eigen kleinkind; Re: T (A Child), 2016 WL 06476206: toekenning van een SGO aan grootouders langs moederskant.

<sup>680</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 744-747; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 731-732.

## A. Wettelijke vereiste

191. In Engeland kan het verzoek om een CAO uitgaande van de zorgouder als (voormalige) echtgenoot of geregistreerde partner van de ouder slechts succesvol zijn wanneer de zorgouder het kind behandeld heeft als een '*child of the family*' door het op te voeden als zijn eigen kind (s 10(5)(a), (aa) CA 1989, cf. nr. 189).<sup>681</sup>

Ook in Nederland moet de zorgouder bovenop een nauwe persoonlijke betrekking met het kind, dit kind hebben opgevoed samen met de verzoekende ouder gedurende een aaneengesloten periode van minstens één jaar voorafgaand aan het verzoek (art. 1:253t, tweede lid a) NBW). Deze vereiste geldt slechts voor zover het kind twee juridische ouders heeft.<sup>682</sup> De gezamenlijke verzorgingstermijn werd ingevoerd naar analogie met de regeling voor adoptie omdat aan de toekenning van het gezamenlijk gezag, zoals bij adoptie, ook nog andere gevolgen van juridisch ouderschap verbonden zijn.<sup>683</sup> Door deze ruime invulling van het gezag in hoofde van de zorgouder moet ter erkenning van diens opvoedende rol niet worden afgeweken van het uitgangspunt van de natuurlijke afstamming in het afstammingsrecht.<sup>684</sup> Bovendien wordt op die manier *aannemelijk* gemaakt dat een nauwe persoonlijke betrekking bestaat tussen de zorgouder en het kind.<sup>685</sup> Bij de beoordeling van deze voorwaarde is de wijze waarop het kind de verhouding met de zorgouder ervaart, van doorslaggevend belang. De rechter heeft bijgevolg een zekere appreciatiebevoegdheid zodat het hem vrij staat te beslissen dat geen nauwe persoonlijke betrekking aanwezig is,

---

<sup>681</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 479-480; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 514 en 269-298.

<sup>682</sup> Rb. Dordrecht 1 december 2004, nr. 55448FARK04-8085, *RFR* 2005, 42, met noot: *In casu* werd niet voldoende bewezen dat een gezamenlijke verzorging van minstens één jaar voorlag; zie onder andere: I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253t NBW, aant. 5 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016); R. ODINK, *Het ouderlijk gezag ontwikkeld*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2013, 49; S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 131, 234.

<sup>683</sup> Zo kan onder meer een verzoek tot naamswijziging van het kind worden ingediend, geldt een onderhoudsplicht in hoofde van de zorgouder en wordt het kind in de erfbelasting gelijkgesteld met een eigen kind van de zorgouder (E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 41-47).

<sup>684</sup> Notitie leefvormen in het familierecht, *TK* 1994/95, nr. 22700/5, 5-6, 9-10, 11-12.

<sup>685</sup> Nota naar aanleiding van het verslag, *TK* 1995-96, 23714/6, 8-9; Nota van wijziging, *TK* 1995-96, 23714/7, 6.

ook al werd het kind gedurende minstens een jaar opgevoed door de verzoekende ouder en zorgouder.<sup>686</sup> Omgekeerd kan ook een nauwe persoonlijke betrekking voorhanden zijn tussen de zorgouder en het kind zonder dat de gezamenlijke verzorgingstermijn van één jaar is voltooid, in welk geval deze termijn eerst zal moeten worden volbracht. De rechter moet met andere woorden nagaan of beide vereisten voldaan zijn.<sup>687</sup> Heeft het kind twee juridische ouders, dan moet de verzoekende ouder tevens gedurende minstens drie jaar alleen met het gezag belast zijn geweest (art. 1:253t, tweede lid b) NBW – cf. nr. 218).<sup>688</sup>

## B. Rechterlijk beoordelingselement

192. Bij een vrijwillige overdracht van het gezag in Frankrijk is de zorgouder niet wettelijk verplicht om een opvoedende rol te vervullen jegens het kind.<sup>689</sup> De zorgouder is daartoe evenmin wettelijk verplicht in Nederland wanneer hij samen met de ouder verzoekt om een gezamenlijke gezagsuitoefening en het kind slechts één juridische ouder heeft, alsook is de zorgouder daartoe niet verplicht in Engeland wanneer hij een *PRA* sluit met de ouder(s) of verzoekt om een *PRO*, *CAO*, *SGO* of *EPO*.<sup>690</sup> De

---

<sup>686</sup> Nota naar aanleiding van het nader verslag, *TK* 1996-97, 23714/11, 5; HR 23 juni 1995, *NJ* 1996, nr. 17.

<sup>687</sup> E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius* 139, Deventer, Kluwer, 2008, 38-39.

<sup>688</sup> Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, LJN BA1796, *FJR* 2007, 81, noot I. J. PIETERS; Rb. Haarlem 27 april 2010, 158023-09-1770, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), ov. 5.2 (kind 1);

In de praktijk zal vaak niet voldaan zijn aan deze voorwaarden omdat de meeste ouders na echtscheiding gezamenlijk het gezag uitoefenen. In het jaar 2011 ging het om maar liefst 94% van de gescheiden koppels. Bijgevolg zal de zorgouder in dat geval geen ouderlijk gezag verkrijgen (zie: M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA, K. BOELE-WOELKI, C. BIJLEVELD, C. JEPPESEN DE BOER en G. VAN ROSSUM, *Meeroudergezag: een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders? Een empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek* (WODC-rapport Meeroudergezag), Den Haag, BJU, 2014, 40-41, 59-61).

<sup>689</sup> Uitsluitend bij een gedwongen overdracht van het gezag is vereist dat de verzoekende zorgouder het kind reeds *voordien heeft opgevoed* en dat bij het indienen van het verzoek nog steeds doet (art. 377, tweede lid Cc) – zie: CA Basse-Terre, 12 févr. 2007, n° 05/00755: JurisData n° 2007-334664; CA Agen 29 november 2007 (ch. 1re), n° 07/00294: JurisData n° 2007-353630; CA Toulouse, 24 februari 2009, n° 210, 07/03530: JurisData n° 2009-003162; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.211, (969) 1021-1022; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 34.

<sup>690</sup> Met uitzondering van het verzoek om een *CAO* door een (voormalige) gehuwde of geregistreerd samenwonende partner van de ouder die diens kind als een *child of the family* heeft behandeld (cf. nr. 191).

opvoedende rol van de zorgouder vormt evenwel telkens een van de beoordelingselementen die de rechter in overweging neemt.

In Frankrijk beoordeelt de rechter de opvoedende rol van de zorgouder in het licht van de uitzonderlijke omstandigheden (FR: *'lorsque les circonstances l'exigent'*) die het verzoek van de ouder(s) rechtvaardigen en de overdracht noodzakelijk maken in het belang van het kind. Het komt aan de ouders toe te bewijzen dat dergelijke omstandigheden voorhanden zijn, welk bewijs ze kunnen leveren met alle middelen van recht.<sup>691</sup> Voornamelijk voor de zorgouder die geen familielid is (FR: *'membre de la famille'*), vormt zijn opvoedende rol jegens het kind een belangrijk element omdat het hem toelaat een feitelijke vertrouwensband met de ouder(s) op te bouwen zodat hij als een 'betrouwbaar persoon' (FR: *'proche digne de confiance'*) kan worden beschouwd aan wie (delen van) het ouderlijk gezag kunnen worden overgedragen (cf. nr. 186).<sup>692</sup> Gaat het over een gedeelde overdracht (art. 377-1, tweede lid Cc) dan hanteert het Franse Hof van Cassatie een restrictieve invulling van de vereisten dat uitzonderlijke omstandigheden en het belang van het kind de overdracht noodzakelijk moeten maken.<sup>693</sup> Zo bewijzen volgens het Hof een moeder en haar vrouwelijke partner niet dat *'uitzonderlijke omstandigheden'* voorhanden zijn die een overdracht van het ouderlijk gezag aan de vrouwelijke partner rechtvaardigen door te verwijzen naar het feit dat de moeder soms om professionele redenen in het buitenland verblijft en waarbij het risico bestaat dat zij door een ongeval overlijdt. Volgens het Hof is geen sprake van uitzonderlijke omstandigheden omdat de professionele verblijven in het buitenland eerder van uitzonderlijke aard zijn, het risico op ongevallen hypothetisch is en elke ouder die op

---

<sup>691</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisqueur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 12.

<sup>692</sup> TGI Parijs 22 december 2013, n°12/35092, [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr): vrouwelijke partner van de moeder.

<sup>693</sup> Cass. 8 juli 2010, n° 09-12.623, *Bull.civ.*, I, n°158 (eigen onderlijning): « *Mais attendu que si l'article 377, alinéa 1er, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, c'est à la condition que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant*; zie daarover: V. DEPADT-SEBAG, "La reconnaissance juridique des tiers des beaux-parents: entre adoption simple et délégation-partage", *Rec. Dalloz* 2011, 2494 e.v.; L. LESTIENNE-SAUVÉ, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Parijs, LGDJ, 2013, nrs. 97-101, 74-78 met kritiek op deze rechtspraak.

exclusieve wijze het ouderlijk gezag uitoefent met deze problematiek geconfronteerd wordt. Bovendien ondervinden de moeder en haar vrouwelijke partner geen problemen in het dagelijkse leven om door derden erkend te worden als de *de facto* ouders van het kind.<sup>694</sup>

In Engeland vormt de opvoedende rol van de zorgouder voornamelijk een beoordelingselement voor de rechter bij het verzoek om een SGO aangezien het kind dan reeds wordt opgevoed bij verwanten of derden die om die reden verzoeken om de verkrijging van ouderlijk gezag.<sup>695</sup> Ook wanneer wordt verzocht om een *PRO*<sup>696</sup> of een *CAO* door een zorgouder die geen huwelijk of geregistreerd partnerschap is aangegaan met de ouder van het kind, neemt de rechter de opvoedende rol van de zorgouder in acht in het licht van het belang van het kind.<sup>697</sup>

In Nederland is het bestaan van een '*nauwe persoonlijke betrekking*' tussen de zorgouder en het kind te allen tijde noodzakelijk om een verzoek tot gezamenlijk gezag in te willigen, voor zover althans de belangen van het kind en van de tweede ouder zich daartegen niet verzetten (art. 1:253t, eerste lid NBW).<sup>698</sup> Het is bij de concrete invulling van deze nauwe

---

<sup>694</sup> Cass. 8 juli 2010, n° 09-12.623, *Bull.civ. I*, n°158 (eigen onderlijning): "... elles ne rapportaient pas la preuve de circonstances particulières qui imposeraient une délégation d'autorité parentale dès lors que les déplacements professionnels qu'elles invoquaient n'étaient qu'exceptionnels, que le risque d'accidents n'était qu'hypothétique et semblable à celui auquel se trouvait confronté tout parent qui exerçait seul l'autorité parentale, d'autre part, que les requérantes admettaient elles-mêmes qu'elles ne s'étaient pas heurtées à des difficultés particulières pour pouvoir jouer auprès des tiers ou de leur entourage familial le rôle de parents qu'elles entendaient se reconnaître mutuellement, assistant indifféremment l'une ou l'autre, voire toutes les deux, aux réunions d'école et allant l'une ou l'autre chercher les enfants après la classe... »

<sup>695</sup> Zie bv. voor een toekenning van een SGO wegens de opvoeding verstrekt door de zorgouder: Gloucestershire County Council v M, F v G, (a child) by her guardian, 2016 WL 06476207, nrs. 16, 51-55.

<sup>696</sup> Zie bv. R (Parental responsibility), Re [2011] WL 2748 579, onder andere ov. 2, 4, 12: al werd *in casu* de *order* niet toegekend.

<sup>697</sup> Zie bv. P (A Minor) (Residence Order: Child's Welfare), [1999] 3 WLR 1164, [2000] Fam. 15; Re A (A Child: Joint Residence/Parental Responsibility) [2008] EWCA Civ 867; X Local Authority, M and GM and K, [2010] EWMC 73 (FPC).

<sup>698</sup> ASSER/DE BOER, *1\* Personen- en familierecht*, 2010, nr. 839a; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253t NBW, aant. 3 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016); M. J. C. KOENS, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:253t NBW (actueel tot en met 1 juli 2017); S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 131, 234.

persoonlijke band dat de rechter rekening kan houden met de geruime tijd waarin de zorgouder voor de opvoeding van het kind instaat.<sup>699</sup>

### C. Geen wettelijke vereiste

193. In Duitsland verkrijgt de zorgouder door een huwelijk of geregistreerd partnerschap met de ouder van rechtswege beperkte bevoegdheden van het ouderlijk gezag (§ 1687b BGB en § 9 LPartG). Bij deze toekenning is een toetsing door de rechter van de opvoedende rol van de zorgouder aan het belang van het kind afwezig.<sup>700</sup> Ook deze regeling is, zoals in de overige bestudeerde rechtsstelsels, ingegeven vanuit uitzonderlijke opvoedingsomstandigheden die in het belang van het kind rechtvaardigen dat de zorgouder beperkte ouderlijke bevoegdheden uitoefent. Dit blijkt uit het feit dat de wetgever veronderstelt dat de nieuwe echtgenoot of geregistreerde partner van de ouder die op exclusieve wijze het gezag uitoefent de tweede ouder van het kind vervangt. Bijgevolg ontstaat een band tussen de zorgouder, de ouder en het kind die door de wettelijke regeling moet worden beschermd en versterkt.<sup>701</sup> De opvoedende rol van de zorgouder vormt slechts *na* de verkrijging van de beperkte ouderlijke bevoegdheden een beoordelingselement voor de rechter om in het licht van het belang van het kind de uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de zorgouder eventueel te beëindigen of te wijzigen (§ 1687b(3) BGB en § 9(3) LPartG).<sup>702</sup>

---

<sup>699</sup> Rb. Arnhem 1 januari 2009, nr. 183468, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl); Rb. Maastricht 7 april 2010, nr. 144775/FA RK 09-1403, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), ov. 3 en 4; Rb. Haarlem 27 april 2010, 158023-09-1770, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), ov. 5.2 (kind 1): Het feit dat de niet-ouder dagelijks telefonisch contact heeft met het kind, dat er op regelmatige basis chatsessies plaatsvinden, en dat de betrokkenen elkaar één maal per maand ontmoeten, volstaat om te besluiten tot de aanwezigheid van een nauwe persoonlijke betrekking tussen het kind en de niet-ouder.

<sup>700</sup> Zie onder andere: L. SALGO, "§ 1687b BGB" in *Staudinger BGB IV §§ 1684-1717*, Berlijn, Sellier, 2006, nr. 5, (361) 365; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 71 met kritiek dienaangaande.

<sup>701</sup> Zie *BT-Drucksache* 14/3751, 39; G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nr. 2; B. VEIT, "1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 1.

<sup>702</sup> Zie onder andere: G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nr. 18; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 11.



## **AFDELING 2. Zorgouderschapsstatuut - *de lege ferenda***

194. Opdat een persoon in de verticale relatie met een kind als zorgouder kan worden beschouwd is niet vereist dat tussen beiden een band van (aan)verwantschap bestaat (§ 1) of dat beiden samenwonen (§ 2). Wel vereist is dat de persoon het kind opvoedt of de wil heeft om het kind op te voeden (§ 3).

### **§ 1. Geen (aan)verwantschapsvereiste**

195. Met een band van verwantschap wordt in België *de lege lata* bedoeld op de bloedband die de verschillende leden van eenzelfde familie met elkaar verbindt omdat ze afstammen van elkaar (bv. (groot)ouder en (klein)kind) of dezelfde stamouder hebben (bv. broer en zus). Desgevallend is deze band erkend in rechte door de vestiging van een juridisch vastgestelde afstammingsband.<sup>703</sup> Een band van aanverwantschap ontstaat uitsluitend tengevolge van een huwelijk tussen een persoon en de echtgenoten van zijn bloedverwanten (bv. schoonbroer-, - zus, - kind) en tussen een persoon en de bloedverwanten van zijn echtgenoot (bv. schoonouders).<sup>704</sup> Om als zorgouder te worden beschouwd is niet vereist dat de persoon die daarop aanspraak maakt een band van (aan)verwantschap met het kind heeft. Andersluidend oordelen zou impliceren dat uitsluitend familieleden in rechte als zorgouder kunnen worden erkend. Bestaat daarentegen wel een band van (aan)verwantschap met het kind dan verhindert dit niet dat de persoon in kwestie als zorgouder wordt beschouwd. Deze keuze kan op verschillende gronden worden verantwoord.

196. Vooreerst is het zorgouderschapsstatuut gebaseerd op een daadwerkelijk beleefde relatie tussen de zorgouder en het kind die de bescherming als familieleden geniet in de zin van art. 8 EVRM. Een analyse van rechtspraak van het EHRM toont aan dat een band van verwantschap, noch een noodzakelijke noch een voldoende voorwaarde vormt voor de

---

<sup>703</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 2215-2222, 666-668; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 6-10, 7-8.

<sup>704</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 2223-2234, 669-671; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 11-14, 8-9.

kwalificatie van hun relatie als familieleden (cf. nr. 99). Bijgevolg zal ook in het statuut voor de zorgouder de band van verwantschap tussen zorgouder en kind geen noodzakelijke vereiste vormen om van het statuut te kunnen genieten. Ook bij afwezigheid van een dergelijke band kan beschermenswaardig familieleden voorliggen (zie o.a. *Kuijper/Nederland, Söderbäck/Zweden, X. e.a./Oostenrijk, Nazarenko/Rusland*). Is daarentegen wel een band van verwantschap aanwezig, dan zal deze in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM niet beletten dat de relatie tussen de zorgouder en het kind als familieleden wordt beschermd. Zo werd familieleden erkend tussen grootouders en hun kleinkind (zie o.a. *Bronda/Italië, Kruskic/Kroatië*) en tussen een oom of tante en zijn of haar neef of nicht (zie o.a. *Boyle/Ierland*). De aanwezigheid van de band van verwantschap is op zich evenwel niet voldoende om de relatie tussen de zorgouder en het kind als familieleden te beschermen. Andere elementen zullen de daadwerkelijke beleving van hun band moeten aantonen zoals bijvoorbeeld het onderhouden van geregelde contacten of het opvoeden van het kind.

Bovendien vloeit uit de bovenstaande rechtsvergelijkende analyse voort dat de uitsluiting van te nauwe verwanten als zorgouder ingegeven is vanuit de verplichting voor de zorgouder om te huwen of een geregistreerd partnerschap te sluiten met de ouder van het kind (cf. nrs. 184-186). In dit proefschrift zijn de ouder en zorgouder evenwel niet verplicht om te huwen of wettelijk samen te wonen (cf. *infra* nrs. 223 e.v.), en worden bovendien geen beperkingen opgelegd aan een eventuele verwantschapsband tussen de zorgouder en het kind op basis van huwelijksbeletsel die binnen de horizontale relatie tussen de ouder en de zorgouder zouden bestaan. Overeenkomstig de rechtspraak van het EHRM staat de bescherming van de verticale relatie tussen zorgouder en kind immers los van de horizontale relatie tussen ouder en zorgouder (cf. nr. 113). Een regeling in andere zin zou immers niet alleen verhinderen dat bepaalde met het kind verwante personen als zorgouder worden erkend, maar zou tevens aan bepaalde kinderen het recht ontzeggen op continuïteit en verdere socialisatie tot aan hun volwassenheid omwille van de opvoedingssituatie waarin ze worden grootgebracht (cf. nrs. 155-159). Zodoende zou een verschil in behandeling

tot stand worden gebracht tussen kinderen op basis van de horizontale relatie van hun ouder met de zorgouder. Gelet op het arrest van het (toenmalige) Arbitragehof d. d. 8 oktober 2003 ontbreekt voor een dergelijk verschil in behandeling elke redelijke verantwoording (cf. nrs. 120-129). Tevens moet worden opgemerkt dat bij de reeds bestaande gezagsinstellingen evenmin een dergelijke voorwaarde wordt gesteld (cf. nrs. 11, 17, 21 en 27).<sup>705</sup>

Verder dient het zorgouderschapstatuut slechts het belang van de zorgouder wanneer het toelaat zijn rol in de opvoeding van het kind te erkennen in diens eigenheid en dus ongeacht of een band van verwantschap met het kind aanwezig is of niet. Het doel van de erkenning van de zorgouder is immers voornamelijk gelegen in een duidelijke bepaling van zijn positie binnen de opvoeding van het kind zodat de zorgouder niet wordt geconfronteerd met *parenting stress* en het kind niet met loyaliteitsproblemen (cf. nrs. 161-162).

Tot slot toont wetenschappelijk onderzoek aan dat het emotioneel en psychologisch welzijn van kinderen niet wordt bepaald door de band van verwantschap die ze hebben met de persoon die hen opvoedt, maar wel door de feitelijke band met hem of haar (cf. nr. 156).

## **§ 2. Geen samenwoningsvereiste**

197. Om als zorgouder te worden beschouwd is niet vereist dat de persoon die daarop aanspraak maakt ook met het kind samenwoont. De hiernavolgende redenen kunnen ter verantwoording worden aangehaald.

198. Vooreerst is de verkrijging van het zorgouderschapstatuut gebaseerd op het bestaan van een beschermenswaardig familieleven tussen de zorgouder en het kind. Uit de rechtspraakanalyse inzake het recht op familieleven zoals beschermd door art. 8 EVRM, blijkt duidelijk dat de zorgouder en het kind niet moeten samenwonen om hun relatie als familieleven beschermd te zien (cf. nrs. 103-107 - *Boyle/Verenigd Koninkrijk, Kruskic/Kroatië*). Bijgevolg zal de samenwoning van de zorgouder en het kind bij de toekenning van het zorgouderschapstatuut geen

---

<sup>705</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS. cf. nr. 130 e.v.

noodzakelijke voorwaarde zijn. Evenmin zal het een voldoende voorwaarde zijn. De rechtspraakanalyse van het EHRM toont immers aan dat naast samenwoning steeds nog andere elementen vereist zijn zoals een partnerrelatie tussen de ouder en de zorgouder of een feitelijk opvoedende rol van de zorgouder jegens het kind om hun relatie als familieleven te beschouwen (cf. nr. 112 - *Söderbäck/Zweden, Chepelev/Rusland*).

Bovendien kan op basis van de rechtsvergelijkende analyse worden vastgesteld dat in Duitsland de samenwoningsvereiste van de zorgouder met het kind voortvloeit uit de (veronderstelde) samenwoningsplicht binnen de geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm die de horizontale partnerrelatie van de zorgouder en ouder omkadert (cf. nr. 188). Aangezien in dit proefschrift de ouder en zorgouder evenwel niet gehuwd of wettelijk samenwonend moeten zijn (cf. *infra* nr. 223 e.v.), kan op deze grondslag al geen samenwoningsvereiste bestaan. Bovendien rust *de lege lata* op wettelijk samenwonende partners geen samenwoningsplicht. Tevens worden in dit proefschrift geen verplichtingen opgelegd aan de zorgouder en het kind binnen hun verticale relatie vanuit de horizontale relatie tussen de ouder en de zorgouder, aangezien volgens het EHRM de bescherming van beide relaties als familieleven losstaat van elkaar (cf. nr. 113). Bovendien moet in Engeland worden vastgesteld dat de wetgever de samenwoningsvereisten tussen de zorgouder en het kind die gelden voor bepaalde verzoekers en voor bepaalde *orders* (cf. *CAO, SGO* - cf. nr. 189) relativeert door bij niet-naleving van de vooropgestelde termijnen in andere toegangsmogelijkheden naar de rechter te voorzien. Tevens maakt de toekenning van het ouderlijk gezag niet het hoofddoel uit van deze *orders*, waarmee de woonplaats van het kind wordt bepaald of een stabiele gezinssituatie wordt bestendigd, maar is het er slechts een gevolg van. Via het zorgouderschapstatuut wordt evenwel niet beoogd om de woonplaats van het kind te bepalen, maar wel om ouderlijk gezag toe te kennen aan de zorgouder om hem in staat te stellen de ouders te helpen het kind verder naar volwassenheid te begeleiden (cf. nr. 171, nrs. 155 e.v.).

Tot slot moet worden vastgesteld dat in geen van de reeds bestaande gezagsinstellingen naar huidig Belgisch recht een

samenwoningsvereiste met het kind geldt (cf. nrs. 11, 17, 21 en 27).<sup>706</sup> Bijgevolg kan niet redelijkerwijze worden ingezien waarom in het statuut voor de zorgouder wel een samenwoningsvereiste zou moeten gelden.

### **§ 3. De zorgouder moet (willen) opvoeden**

199. Om als zorgouder te worden beschouwd is vereist dat de persoon die daarop aanspraak maakt, het kind opvoedt of de wil koestert om het kind op te voeden. Deze vereiste kan als volgt worden verantwoord.

200. Vooreerst blijkt uit de rechtspraakanalyse van het EHRM dat de opvoeding van een kind een van de elementen vormt waarmee een daadwerkelijke beleving wordt aangetoond van de band tussen zorgouder en kind. Deze daadwerkelijke beleving is een noodzakelijke voorwaarde om de verticale relatie tussen zorgouder en kind als familieleven te kunnen beschermen (cf. nr. 112). Niet uitsluitend reeds bestaand familieleven wordt beschermd, ook potentieel familieleven wordt beschermd doordat een persoon als zorgouder kan worden beschouwd wanneer hij de wil koestert om het kind op te voeden. Het gaat dan zowel om een persoon die het kind steeds heeft opgevoed en plots buiten zijn wil verhinderd wordt om dit nog te doen,<sup>707</sup> als om een persoon die het kind nog niet heeft opgevoed in het verleden maar deze taak in de toekomst op zich wil nemen<sup>708, 709</sup>.

Bovendien toont het rechtsvergelijkend onderzoek aan dat niettegenstaande een uitdrukkelijke wettelijke verplichting ontbreekt, de rechter in Frankrijk, Engeland en Nederland toch de opvoedende rol van de zorgouder in acht neemt bij de beoordeling van het verzoek tot toekenning van ouderlijk gezag (cf. nr. 192). En ook in het kader van adoptie, pleegvoogdij, voogdij en provoogdij naar Belgisch recht (cf. nrs. 9 e.v.) moet worden vastgesteld dat de wil van de feitelijke ouder om het kind op vrijwillige basis verder op te voeden in de plaats van de ouders die geen

---

<sup>706</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS. cf. nr. 130 e.v.

<sup>707</sup> Daarbij kan worden gedacht aan een ouder die plots verhuist en het kind meeneemt of een ex-partner van de ouder die steeds het kind heeft opgevoed en nu daarin gehinderd wordt. Deze personen verliezen dus niet noodzakelijkerwijs hun hoedanigheid van zorgouder.

<sup>708</sup> Het kan dan bijvoorbeeld gaan om een grootouder die na het overlijden van de tweede ouder mee het kind helpt opvoeden of om de nieuwe partner van de ouder.

<sup>709</sup> Zie daarover: F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 578.

opvoedende rol (meer) vervullen, centraal staat. De bevindingen van de interne en de externe rechtsvergelijking verzetten zich met andere woorden niet tegen een toetsing van de opvoedende rol van de zorgouder bij de verkrijging van het statuut.

Daarnaast vormt de opvoedende rol van de zorgouder het doorslaggevende criterium waarmee hij zich onderscheidt van andere personen die een band onderhouden met het kind, zoals bv. ouders of leerkrachten. Via het verschaffen van een opvoeding wil de zorgouder op lange termijn het kind socialiseren en tot volwassenheid begeleiden.<sup>710</sup> Ouders vervullen daarentegen niet noodzakelijk een opvoedende rol en worden als ouders beschouwd omwille van hun biologische of juridische afstammingsband met het kind. Leerkrachten worden verondersteld bij te dragen in de opvoeding van het kind, zij het dat dit eerder beperkt is en van korte duur.

Verder dient het zorgouderschapstatuut slechts het belang van het kind wanneer het doel van het statuut kan worden bereikt dat erin bestaat de zorgouder in staat te stellen de ouders te helpen het kind op te voeden (cf. nrs. 48 en 171). Het is dan ook gerechtvaardigd dat – teneinde dit doel te verwezenlijken – de zorgouder een opvoedende rol moet vervullen, of minstens de wil daartoe moet bezitten. Deze voorwaarde komt niet alleen tegemoet aan het doel van het zorgouderschapstatuut, maar stemt tevens overeen met de *ratio* van het ouderlijk gezag die er eveneens in bestaat een kind tot volwassenheid te brengen en te socialiseren.

Ten slotte dient de vereiste van een opvoedende rol ook het belang van de zorgouder. Op die manier wordt de eigenheid van zijn bijzondere positie binnen de opvoeding van het kind erkend (cf. nr. 162) en wordt zijn rol jegens het kind afgebakend. Deze rolafbakening is van belang om te weten welke positie de zorgouder inneemt in de opvoeding van het kind zodat rolverwarring in hoofde van de ouder, de zorgouder en het kind wordt vermeden. Een dergelijke verwarring werkt immers niet bevorderend voor de erkenning van de zorgouder en kan bij hem of haar '*parenting stress*'

---

<sup>710</sup> Zie ook in die zin: Verslag namens de subcommissie familierecht, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 393/003, 25-26 (uiteenzetting door professor HEYVAERT).

veroorzaken (cf. nr. 161). De opvoedende rol van de zorgouder wordt in het zorgouderschapstatuut afgebakend ten aanzien van deze van de ouders, door de toekenning van een aantal bevoegdheden van het ouderlijk gezag (cf. nrs. 321 e.v.) en door de mogelijkheid om opvoedingsconflicten met de ouders te beslechten voor de rechtbank (cf. nr. 326).

201. De voorwaarde van een opvoedende rol of de wil daartoe wordt als een open norm geformuleerd in de wet. Op die manier wordt vermeden dat een te strikte invulling van de opvoedende rol verhindert dat bepaalde zorgouders en kinderen de bescherming van het zorgouderschapstatuut kunnen genieten. Tevens heeft een open norm als voordeel dat de inhoud van de opvoedende rol kan worden bepaald door de concrete omstandigheden van de opvoedingssituatie en dat met verschillende handelingen gesteld door de zorgouder in het kader van de opvoeding (i.e. opvoedingshandelingen) rekening kan worden gehouden. Opvoedingshandelingen zijn immers oneindig in aantal en verschillen al naargelang de leeftijd van het kind dat wordt opgevoed. Zo zal bijvoorbeeld een kind van twee jaar niet elke woensdag naar de sportclub moeten worden gebracht en in het algemeen andere zorgen behoeven dan een kind van tien jaar dat met een fysieke beperking geboren werd en rolstoelbasket speelt. Bovendien zijn de opvoedingshandelingen die een zorgouder wordt geacht te stellen om aan de voorwaarde van een 'opvoedende rol' te voldoen, onderhevig aan maatschappelijke evoluties. Om die reden is een limitatieve opsomming van opvoedingshandelingen teneinde invulling te geven aan de voorwaarde van een 'opvoedende rol' niet wenselijk want dadelijk achterhaald. Zo is bijvoorbeeld de aankoop van een gsm of laptop voor een kind van twaalf jaar tegenwoordig meer acceptabel dan vijftien jaar geleden.

Bijgevolg wordt er in dit proefschrift voor geadviseerd om met een indicatieve lijst van criteria te werken die kunnen worden gehanteerd om te controleren of de persoon die aanspraak maakt op het statuut ook daadwerkelijk het kind opvoedt of wil opvoeden. De opvoedende rol van de zorgouder moet met andere woorden *niet actueel van aard* zijn aangezien ook potentieel familielevens wordt beschermd, zijnde familielevens dat zich tussen de zorgouder en het kind kan ontwikkelen omdat de betrokkenen de wil koesteren om hun relatie daadwerkelijk te beleven of herbeleven maar

hen dit wordt verhinderd buiten hun wil om (cf. nr. 112).<sup>711</sup> Het gaat met andere woorden om situaties waarin de zorgouder het kind wil opvoeden naar de toekomst toe of dat reeds in het verleden gedaan heeft, maar thans verhinderd wordt om het kind (verder) op te voeden. De hiernavolgende *indicatieve criteria* kunnen worden gehanteerd om te polsen naar de betrokkenheid van de persoon in de opvoeding van het kind of zijn wil daartoe:

- tegemoet komen of willen tegemoet komen aan de materiële behoeften van het kind zoals bv. kledij kopen, speelgoed kopen, etc.;
- het kind van en naar schoolse en buitenschoolse activiteiten brengen of willen brengen zoals onder andere jeugdverenigingen en jeugdkampen, en zodoende meer algemeen instaan voor de sociale ontwikkeling van het kind;
- instaan of willen instaan voor de (medische en psychologische) verzorging van het kind (bv. tandartsbezoek, doktersbezoek, psycholoogbezoek, etc.);
- en dagelijkse betrokkenheid op het leven van het kind of de wil daartoe in diens verschillende sociale netwerken, zoals onder andere op school en in de familie (bv. schooltaken, - resultaten mee opvolgen).

Niet vereist is dat deze criteria op cumulatieve wijze aanwezig zijn opdat sprake kan zijn van een 'opvoedende rol' in hoofde van de zorgouder.

202. Het bewijs van de opvoedende rol van de zorgouder of zijn wil daartoe kan met alle middelen van recht worden geleverd. Zo kan de persoon die als zorgouder wenst te worden beschouwd een beroep doen op getuigen om te bewijzen dat hij het kind naar school of naar buitenschoolse activiteiten brengt, en kan hij beroep doen op een sociaal assistent om middels een rapport aan te tonen dat hij het kind dagelijkse zorgen verschaft. Als bewijs van zijn opvoedende rol volstaat tevens de

---

<sup>711</sup> Eenzelfde redenering past het Hof van Cassatie toe bij het recht op persoonlijk contact van de virtueel omgangsgerechtigde met het kind (art. 375*bis* BW). Ingevolge deze rechtspraak moet de bijzonder affectieve band tussen het kind en de virtueel omgangsgerechtigde niet actueel van aard zijn (Cass. 16 januari 2009, *T.Fam.* 2009, 91, noot R. VASSEUR).



overeenstemming tussen de zorgouder en de ouders van het kind inzake de toekenning van het statuut. In dat geval wordt de zorgouder dus niet met een bewijslast geconfronteerd (cf. nr. 275). Om evenwel het bewijs van de opvoedende rol te vergemakkelijken bij gebreke van overeenstemming, worden in wat volgt *twee weerlegbare vermoedens* gecreëerd, waarbij een eventuele samenwoning van de zorgouder met het kind in acht wordt genomen, alsook het bestaan van een band van verwantschap tussen beiden.

Het feit dat de zorgouder en het kind niet wettelijk verplicht zijn om samen te wonen, belet niet dat met hun samenwoning toch rekening wordt gehouden. Ook in Nederland, Frankrijk en Engeland is de samenwoning van de zorgouder met het kind immers niet verplicht bij wet, maar neemt de rechter deze toch mee in overweging bij de beoordeling van het verzoek tot toekenning van ouderlijk gezag (cf. nr. 189). Bovendien blijkt uit de rechtspraak van het EHRM inzake het recht op familieleven dat de samenwoning van de zorgouder met het kind een van de elementen vormt die een daadwerkelijke beleving van hun band kan aantonen wat een noodzakelijke voorwaarde vormt om hun relatie als familieleven te beschermen (cf. *Söderbäck/Zweden*) (cf. nrs. 103-107). Er kan immers worden aangenomen dat wanneer een zorgouder samenwoont met het kind dat hij opvoedt, hij nog beter in staat wordt gesteld om op dagelijkse basis opvoedende en verzorgende taken te vervullen zoals het kind naar school of de sportvereniging brengen, het kind voeden en kleden, etc. Zodoende vormt de samenwoning van de zorgouder met het kind een van de elementen die toelaten dat een nauwe band tussen beide personen ontstaat die daadwerkelijk wordt beleefd. Het is de daadwerkelijke beleving van deze nauwe band die het zorgouderschapstatuut als familieleven in de zin van art. 8 EVRM beoogt te beschermen. Doorslaggevend om van 'samenwoning' te kunnen spreken is de feitelijke situatie waarbij de zorgouder en het kind daadwerkelijk onder hetzelfde dak wonen, ongeacht of beiden daar ook hun juridische domicilie hebben gevestigd. Een gelijkaardige redenering geldt wanneer de zorgouder en het kind verbonden zijn door een band van verwantschap. Ook in dit geval toont rechtspraak van het EHRM aan dat een band van verwantschap een van de elementen is die kunnen duiden op een

daadwerkelijke beleving van de relatie tussen zorgouder en kind (cf. *Bronda/Italië*) (cf. nr. 112). Aangezien noch de samenwoning, noch de band van verwantschap voldoende voorwaarden uitmaken om een relatie als familieleven in de zin van art. 8 EVRM te beschermen, worden beide elementen in twee weerlegbare vermoedens gecombineerd.

203. Volgens een eerste weerlegbaar vermoeden is sprake van familieleven tussen de zorgouder en het kind voor zover beiden verbonden zijn door een band van verwantschap én de zorgouder samenwoont met het kind. Wanneer deze voorwaarden aanwezig zijn kan worden aangenomen dat de zorgouder die bijvoorbeeld een oom of grootouder is van het kind en met het kind samenwoont, bepaalde handelingen zal stellen die volgens de voornoemde lijst indicatief zijn voor de vervulling van een opvoedende rol (cf. nr. 201). Wanneer de grootouder of oom bijvoorbeeld na overlijden van de tweede ouder samenwoont met de overblijvende ouder en het kind en in deze context de schoolresultaten van het kind opvolgt en het kind op bepaalde dagen in de week van en naar school of de sportvereniging brengt, dan vervult deze grootouder of oom de rol van zorgouder. Bijgevolg kan hij aanspraak maken op het zorgouderschapsstatuut. Tevens heeft het EHRM reeds verscheidene malen de opvoedende rol vastgesteld van een familielid dat samenwoonde met het kind of had samengewoond met het kind en op basis waarvan volgens het Hof beschermenswaardig familieleven voorhanden was (cf. nrs. 108-111 - *Bronda/Italië, Kruskic/Kroatië*).

Krachtens een tweede weerlegbaar vermoeden is sprake van familieleven tussen de zorgouder en het kind, wanneer de zorgouder en de ouder een beschermenswaardige partnerrelatie onderhouden die omkaderd is door middel van een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm én de persoon samenwoont met het kind. Bij de vervulling van deze voorwaarden kan immers worden vermoed dat het engagement van de nieuwe partner of echtgenoot van de ouder zich niet uitsluitend uitstrekt tot diens partnerrelatie met de ouder maar ook tot diens relatie met de kinderen van de ouder. Bijgevolg wordt zoals in Duitsland (cf. nr. 188) vermoed dat een gezamenlijk huishouden ontstaat tussen de persoon die als zorgouder wil worden erkend, de ouder en het kind, waarbinnen voornoemde persoon desgevallend een opvoedende rol vervult. Niet alleen de Duitse wetgever ook

het EHRM heeft reeds in verscheidene arresten de opvoedende rol erkend van de nieuwe echtgenoot of partner van de ouder die samenwoonde met de ouder en diens kinderen (cf. nrs. 103-107 - *Söderbäck/Zweden, Chepelev/Rusland, Kuijper/Nederland*).

204. Hanteert de zorgouder een van beide vermoedens om zijn opvoedende rol ten aanzien van het kind te bewijzen, dan kan het tot stand gekomen vermoeden dat in zijn hoofd een opvoedende rol bestaat worden weerlegd. Uitsluitend de tweede ouder die titularis is van het ouderlijk gezag en zich verzet tegen de toekenning van het statuut aan de zorgouder, kan dit vermoeden weerleggen met alle middelen van recht (cf. nr. 282). Zo kan onder meer een maatschappelijk onderzoek worden bevolen waaruit blijkt dat de zorgouder geen opvoedende rol vervult in het licht van de voornoemde indicatieve lijst van criteria (cf. nr. 201) of dat zijn voornemen om deze rol te vervullen op andere gronden gesteund is dan het belang van het kind en de behartiging van diens opvoeding. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan de nieuwe partner van een ouder die samen met deze ouder de andere ouder van het kind zoveel als mogelijk buiten de opvoeding van het kind wil houden, en om die reden verzoekt om het statuut aan hem toe te kennen.<sup>712</sup>

## **HOOFDSTUK 2. Horizontale relatie tussen ouder en zorgouder**

205. Uit de rechtspraakanalyse van het recht op familieleven in de zin van art. 8 EVRM is gebleken dat aan de relatie tussen de ouder en de zorgouder verschillende toepassingsvoorwaarden kunnen worden gekoppeld, met name de aanwezigheid van een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm tussen de ouder en de zorgouder, waarbij de seksuele geaardheid van beiden irrelevant is, en een samenwoning van de ouder met de zorgouder (cf. nrs. 70 e.v.). In wat hierna volgt wordt onderzocht op welke wijze die toepassingsvoorwaarden gelden in buitenlandse rechtsstelsels (afdeling 1). Tevens kan in het licht van de grondslag van het zorgouderschapstatuut (cf. nrs. 165 e.v.) aan de relatie tussen de ouder en de zorgouder de toepassingsvoorwaarde worden gekoppeld van de aanwezigheid van het

---

<sup>712</sup> Het betreft dan een oneigenlijk gebruik van het zorgouderschapstatuut.

titularisschap en/of de uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de ouder. Ook deze toepassingsvoorwaarde wordt hierna op rechtsvergelijkende wijze onderzocht. Mede op basis van de rechtsvergelijkende analyse zal een voorstel worden geformuleerd voor het zorgouderschapstatuut *de lege ferenda* (afdeling 2).

## **AFDELING 1. Rechtsvergelijkende analyse**

206. In de rechtsvergelijkende analyse worden de volgende vragen beantwoord:

- of de ouder met de zorgouder een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm moet zijn aangegaan waarvan wordt aangenomen dat ze binnen het gezamenlijke huishouden de uitdrukking vormt van het vertrouwen van de ouder in de zorgouder als partner en als opvoeder van zijn kind, dan wel of anderszins uitdrukking wordt gegeven aan dit vertrouwen (§ 1);
- of de ouder moet samenwonen met de zorgouder (§ 2);
- en of de ouder met wie de zorgouder een vertrouwensrelatie heeft titularis moet zijn van het ouderlijk gezag en/of hij dit gezag moet uitoefenen (§ 3).

### **§ 1. Vertrouwensrelatie van ouder met zorgouder**

207. In Duitsland en voor bepaalde *orders* of overeenkomsten in Engeland, wordt de vertrouwensrelatie van de ouder en de zorgouder in aanmerking genomen door bij wet de verplichting van een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm op te leggen (A). In andere landen geldt deze vertrouwensrelatie op zich ofwel als een *positieve voorwaarde* om bevoegdheden van het ouderlijk gezag te kunnen verkrijgen (Frankrijk en Nederland), ofwel als een *negatieve voorwaarde* (Frankrijk, en bepaalde *orders* in Engeland) (B).

A. Wettelijke vereiste als geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm

208. Wil de zorgouder in Engeland via overeenkomst (i.e. *PRA*) ouderlijk gezag verkrijgen, dan is vereist dat hij een huwelijk of geregistreerd

partnerschap is aangegaan met de ouder van het kind die tevens titularis is van het ouderlijk gezag (s 4A(1)(a) CA 1989). De overeenkomst moet worden gesloten tussen de zorgouder, de ouder die echtgenoot of geregistreerde partner is van de zorgouder en desgevallend de tweede ouder van het kind voor zover althans deze titularis is van het ouderlijk gezag.<sup>713</sup> Weigeren de ouders of een van hen om vrijwillig een overeenkomst met de zorgouder te sluiten dan kan deze de rechtbank verzoeken om toekenning van ouderlijk gezag via een *PRO* (s 4A(1)(b) CA 1989). Ook in dat geval is vereist dat de zorgouder gehuwd is met of een geregistreerd partnerschap is aangegaan met de ouder van het kind die titularis is van ouderlijk gezag.<sup>714</sup> Een huwelijk of geregistreerd partnerschap met de ouder van het kind is eveneens vereist wanneer de zorgouder verzoekt om een *CAO*, voor zover althans hij het kind opgevoed en verzorgd heeft alsof het zijn eigen kind was (i.e. 'child of the family' (cf. nr. 189 - s 10(5)(a), (aa) *juncto* s 105(1) CA 1989). Niet vereist is dat de zorgouder op het ogenblik van het verzoek nog steeds de echtgenoot of geregistreerde partner van de ouder van het kind is.<sup>715</sup> De zorgouder kan ook op een andere grond de rechter verzoeken om een dergelijke *CAO*, in welk geval een huwelijk of geregistreerd partnerschap met de ouder van het kind niet vereist is (s10(5)(b), (c) en (d) *juncto* s 10(5B), (5C) *juncto* s10(9) CA 1989).<sup>716</sup>

Ook in Duitsland moet de zorgouder gehuwd zijn of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan met de ouder van het kind die alleen het ouderlijk gezag uitoefent, opdat hij van rechtswege beperkte

---

<sup>713</sup> F. BURTON, *Family law*, Routledge, Londen, 2015, 314; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 411-412; J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 368.

<sup>714</sup> S. HARRIS-SHORT en J. MILES, *Family Law Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford UP, 2011, nr. 10.3.5, 682-683; J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 368; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 386-389; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12.019, 271-272; E. STEINER, "The tensions between legal, biological and social conceptions of parenthood in English law" in I. SCHWENZER (ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (159) 165.

<sup>715</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 412, 479-480 en 501; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 514, 520 en 296-298.

<sup>716</sup> Het gaat dan onder meer om een samenwonings-, toestemmings-, of machtigingsvereiste: S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 480-482 e.v.; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 514 e.v.

bevoegdheden van het ouderlijk gezag kan uitoefenen (§ 1687b(1) BGB en § 9(1) LPartG).<sup>717</sup> Evenwel gaan steeds meer stemmen op in de rechtsleer om dit recht ook toe te kennen aan zorgouders buiten deze geïnstitutionaliseerde samenlevingsvormen, naar analogie met de regeling voor pleegzorgers.<sup>718</sup>

209. De verplichting voor de ouder en zorgouder om een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm aan te gaan, heeft tot gevolg dat de zorgouder aan bepaalde leeftijdsvereisten moet voldoen. Zo zal de zorgouder in Engeland minstens zestien jaar moeten zijn aangezien onder deze leeftijd geen huwelijk (s 2 Marriage Act 1949, hierna: MA 1949 en s11(a)(ii) Matrimonial Causes Act 1973, hierna: MCA 1973) of geregistreerd partnerschap (s 3(1)(c) Civil Partnership Act 2004, hierna: CPA 2004) kan worden gesloten.<sup>719</sup> Op deze regel bestaan geen uitzonderingen zodat wanneer een van de echtgenoten of geregistreerde partners jonger is dan zestien jaar het huwelijk of geregistreerd partnerschap nietig is.<sup>720</sup>

In Duitsland moet de zorgouder in beginsel minstens achttien jaar oud zijn om te kunnen huwen (§ 1303 I BGB) of een geregistreerd partnerschap te kunnen sluiten (§ 1(3) LPartG). Is de zorgouder daarentegen slechts zestien of zeventien jaar oud op het ogenblik van de huwelijksluiting, dan is het huwelijk geldig maar kan het door de rechter voor de toekomst worden opgeheven op verzoek van een van beide echtgenoten of de bevoegde ambtenaar (D: 'Verwaltungsbehörde') (§ 1314(1) 1. BGB *juncto* § 1316 BGB).<sup>721</sup> Voor geregistreerde partners bestaat

---

<sup>717</sup> Zie onder andere: B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nrs. 2-3; HENNEMANN, "§ 1687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten" in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage, München, 2012, nrs. 3-4.

<sup>718</sup> T. HELMS, *Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen. Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag*, München, C. H. Beck, 2016, 62-63: Daarbij wordt verwezen naar de regeling voor pleegzorgers die eveneens een beslissingsrecht in dagelijkse opvoedingsaangelegenheden verkrijgen wanneer het kind reeds voor langere tijd bij hen wordt opgevangen (§ 1688 BGB).

<sup>719</sup> F. BURTON, *Family law*, Routledge, Londen, 2015, 220; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 9 en 39-40.

<sup>720</sup> J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 82; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 44-45.

<sup>721</sup> D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nrs. 77-78, 35-36.

geen gelijkaardige regeling zodat in dat geval een zorgouder steeds minstens achttien jaar oud zal zijn.<sup>722</sup>

B. Wettelijke vereiste van vertrouwensrelatie

i. Positieve voorwaarde ('betrouwbaarheid')

210. In Frankrijk moet de zorgouder een familielid zijn of een ander 'betrouwbaar persoon' (FR: '*proche digne de confiance*') opdat hij (bestanddelen van) het ouderlijk kan uitoefenen ingevolge een vrijwillige overdracht (art. 377, eerste lid Cc). Deze formulering toont aan dat de wetgever veronderstelt dat een familielid steeds een betrouwbaar persoon is in wie de ouders vertrouwen stellen om hun kind op te voeden. Gaat het evenwel om een derde dan geldt geen vermoeden van vertrouwen zodat de ouders zelf met alle middelen van recht moeten bewijzen dat de door hen voorgedragen zorgouder betrouwbaar is. Tussen de ouder(s) en de zorgouder moet met andere woorden steeds uitdrukkelijk een vertrouwensrelatie aanwezig zijn waarbij de afwezigheid van een biologische band in hoofde van de zorgouder tot gevolg heeft dat de bewijslast van de vertrouwensrelatie bij de ouder(s) rust. Het bestaan van een vertrouwensrelatie is een feitenkwestie die voortvloeit uit onder andere gevoelens van genegenheid die de betrokkenen koesteren jegens elkaar of regelmatig onderhouden contacten, die desgevallend worden benaardstigd doordat de zorgouder, het kind en de ouder(s) niet ver van elkaar wonen. Vaak zal de zorgouder een 'betrouwbaar persoon' zijn voor de ouders wanneer hij affectieve banden met het kind onderhoudt doordat hij reeds voor diens opvoeding heeft ingestaan.<sup>723</sup> Het is uiteindelijk de rechter die op soevereine wijze oordeelt of aan de vereiste betrouwbaarheid voldaan is.<sup>724</sup>

---

<sup>722</sup> D. SCHWAB, "Eingetragene Lebenspartnerschaft-Ein Überblick", *FamRZ* 2001, (385) 389; D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nr. 1095, 484.

<sup>723</sup> CA Lyon 16 november 2004, RG 03/05867, [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr): tante; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.204, (969) 1021; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale - Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 18-20.

<sup>724</sup> A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Parijs, LGDJ, 2010, nr. 480, 249; Y. BUFFELAN-LANORE en V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil: introduction-biens-personnes-famille*, Parijs, Sirey, 2011, nr. 2228, 929; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*,

In Nederland werd geen uitdrukkelijke vereiste van wederzijds vertrouwen tussen de ouder en de zorgouder in de wet opgenomen. Niettegenstaande is sprake van een impliciete vereiste van vertrouwen aangezien de ouder en de zorgouder een gezamenlijk verzoek moeten indienen bij de rechter om samen het ouderlijk gezag te kunnen uitoefenen (art. 1:253t, eerste lid NBW).

211. De vereiste van een vertrouwensrelatie tussen de ouder en de zorgouder legt noch in Frankrijk noch in Nederland leeftijdsvereisten op aan de zorgouder. Niettegenstaande zal een zorgouder in beide landen minstens achttien jaar oud moeten zijn om de volgende redenen. In Frankrijk kunnen in beginsel uitsluitend meerderjarigen (i.e. vanaf achttien jaar) ouderlijk gezag uitoefenen, zij het dat rechtspraak verduidelijkt heeft dat aangezien de wetgever geen minimumleeftijd vereist voor de uitoefening van gezag ook minderjarigen gezag kunnen uitoefenen (art. 371-1 Cc).<sup>725</sup> Deze uitzondering moet evenwel beperkt worden geïnterpreteerd gelet op het openbare orde karakter van het ouderlijk gezag,<sup>726</sup> zodat het niet wenselijk is deze uit te breiden naar zorgouders.

Ook in Nederland kunnen in beginsel alleen meerderjarigen ouderlijk gezag uitoefenen (i.e. vanaf achttien jaar) (art. 1:246 *juncto* art. 1:245(5) NBW). Op deze algemene regel bestaat evenwel een uitzondering voor een minderjarige moeder die vanaf zestien jaar met succes de *rechtbank* heeft verzocht om een meerderjarigverklaring (art. 1:253ha NBW).<sup>727</sup> Deze uitzondering werd ingevoerd vanuit de idee dat een *van rechtswege* toekenning van ouderlijk gezag aan een moeder vanaf zestien jaar die tegelijkertijd zelf nog onder het ouderlijk gezag staat van haar ouders of

---

Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.204, (969) 1021; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 20.

<sup>725</sup> CA Dijon 4 juli 2012, *Rép. Gén.* n° 12/00315: "Or, attendu que l'article 371-1 du code civil n'impose pas de condition d'âge minimum pour qu'un père ou une mère exerce l'autorité parentale ; Qu'en conséquence, un parent mineur peut exercer l'autorité parentale sur son ou ses enfants, alors même que ce parent est encore mineur "; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: définition, sources et nature" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 232.31, (945) 948-949.

<sup>726</sup> I. CARBONNIER, "Fasc. 10: Autorité parentale – exercice de l'autorité parentale", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 7 oktober 2014), nr. 7.

<sup>727</sup> E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 15-17; Er werd geopteerd voor de leeftijd van zestien jaar naar analogie met de regeling voor adoptie in art. 1:228, eerste lid, e) NBW (Memorie van Toelichting, TK 1976-77, 14167/3, 8-9).



voogd aanleiding zou kunnen geven tot moeilijkheden tussen de verschillende titularissen van het gezag. De tussenkomst van de rechter maakt het daarentegen mogelijk om te beoordelen of de jonge moeder daadwerkelijk in staat is om zelf het kind op te voeden en het gezag uit te oefenen.<sup>728</sup> Het werd bovendien niet nodig geacht de mogelijkheid van meerderjarigverklaring voor moeders uit te breiden naar alle minderjarigen vanaf zestien jaar aangezien de meerderjarigheid wordt bereikt op achttien jaar.<sup>729</sup> Zodoende kan worden verklaard dat deze uitzondering niet toepasselijk is op zorgouders die verzoeken om een gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag (art. 1:253v NBW).

*ii. Negatieve voorwaarde ('wantrouwen')*

212. De zorgouder kan in Frankrijk (bestanddelen van) het ouderlijk gezag uitoefenen krachtens een gedwongen overdracht van het gezag wanneer hij het kind reeds opvoedt (cf. nr. 192) en een wantrouwen bewijst in de opvoedingskwaliteiten, en meer algemeen het gedrag, van de ouder(s) (art. 377, tweede lid Cc). Het ontbreken van een vertrouwensrelatie tussen de zorgouder en de ouders vormt met andere woorden de grondslag van de gedwongen overdracht van het ouderlijk gezag. De zorgouder levert het bewijs van wantrouwen door de desinteresse van de ouders in de opvoeding van hun kind aan te tonen of door te bewijzen dat ze zich in de onmogelijkheid bevinden om het ouderlijk gezag uit te oefenen.<sup>730</sup> In beide situaties gaat het om een zeer moeilijk te leveren bewijs gelet op de negatieve bewijslast.<sup>731</sup> De desinteresse van de ouders dient manifest van aard te zijn, alsook actueel. Bijgevolg is de vaststelling van de desinteresse en de duur ervan volledig onderworpen aan de soevereine

---

<sup>728</sup> Memorie van Toelichting, TK 1976-77, 14167/3, 9.

<sup>729</sup> Memorie van Toelichting, TK 1976-77, 14167/3, 10.

<sup>730</sup> Zie onder andere: A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.211, (969) 1021-1022; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 40; zie ook: Circulaire 19 april 2017 relative à la protection judiciaire de l'enfant, *BOMJ* n°2017-04 van 28 april 2017, fiche n°4, (1) 3-4.

<sup>731</sup> Zie voor de desinteresse en bijgevolg ook naar analogie voor de onmogelijkheid tot uitoefening van het ouderlijk gezag: A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.212, (969) 1022.

appreciatiebevoegdheid van de rechter.<sup>732</sup> De rechtspraak vereist tevens dat de desinteresse subjectief en vrijwillig is.<sup>733</sup> Zodoende is sprake van een manifeste desinteresse in hoofde van de vader wanneer hij slechts drie jaar na het overlijden van de moeder zijn kinderen opzoekt en de contacten bovendien zeer stroef verlopen,<sup>734</sup> of wanneer hij een slechts zeer minieme bijdrage levert in de opvoedingskosten van zijn kind dat wordt grootgebracht bij haar overgrootmoeder.<sup>735</sup> Ouders verkeren in de onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen, wanneer ze door juridische of feitelijke gegevens verhinderd worden het gezag uit te oefenen. Daarbij kan worden gedacht aan ziekte, gevangenschap of wilsonbekwaamheid in hoofde van de ouder (art. 373 Cc),<sup>736</sup> alsook aan psychologische<sup>737</sup> of financiële problemen.<sup>738</sup> Voor een gedwongen overdracht volstaat het dat de zorgouder

---

<sup>732</sup> A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, Parijs, Montchrétien, 2014, nr. 1147, 456; P. COURBE, *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2008, nr. 1081, 494; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.212, (969) 1022; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 41-46 met verwijzing naar rechtspraak aldaar.

<sup>733</sup> Zie onder andere met verwijzing naar rechtspraak: R. NERSON en J. RUBELLIN-DEVICHI, "Jurisprudence Française en matière de droit civil", *RTD Civ.* 1984, (294) 297-301, zie specifiek 298-299 voor een bespreking van Fr. Cass. 23 oktober 1973; J. RUBELLIN-DEVICHI, "Jurisprudence Française en matière de droit civil", *RTD Civ.* 1986, (729) 730 e.v.; bevestiging door Franse Hof van Cassatie: Fr. Cass. (1re civ.) 23 oktober 1973, *D.* 1974, 616, noot P. RAYNAUD en 135, noot GAURY; *JCP* 1974, II, 17689, noot DE LA MARNIERRE; zie ook in die zin: A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, Parijs, Montchrétien, 2014, nr. 1147, 456; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.212, (969) 1022; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 45.

<sup>734</sup> CA Agen 29 november 2007 (ch 1re), n° 07/00294:JurisData n° 2007-353630: gedwongen overdracht toegekend aan de tante langs moederszijde; zie ook in die zin: CA Toulouse, 24 februari 2009, n° 210, 07/03530:JurisData n° 2009-003162: gedwongen overdracht wordt toegekend aan grootouders langs moederszijde.

<sup>735</sup> CA Angers 12 juni 1992, JurisData n° 1992-051376: De vader betaalde *in casu* slechts tweemaal 500 Franse frank.

<sup>736</sup> A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.213, (969) 1022; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 47 en 49.

<sup>737</sup> CA Basse-Terre 12 februari 2007, n° 05/00755: JurisData n° 2007-334664.

<sup>738</sup> Cass. (civ.1re) 5 april 2005, *Bull.civ.*, I, n° 162; *AJ fam.* 2005, 273, obs. H. GRATADOUR; *Dr. fam.* 2005, n° 155, obs. P. MURAT, *RJPF* 2005-7-8/51, obs. F. EUDIER: "Le père est difficilement joignable et ne prend pas réellement en compte les besoins de sa fille au regard des démarches inhérentes à l'exercice de l'autorité parentale; d'où il suit que la cour d'appel ayant caractérisé l'impossibilité pour le père d'exercer en partie, l'autorité parentale, a pu décider que l'autorité parentale devait être partiellement déléguée au service, le droit de correspondance et un droit de visite à organiser étant maintenus à l'égard des deux parents." ; zie daarover onder andere:

het bewijs levert van de volledige of gedeeltelijke onmogelijkheid in hoofde van de ouders om het ouderlijk gezag uit te oefenen, zonder dat hij ook het vrijwillige karakter van het gedrag van de ouders moet aantonen.<sup>739</sup>

Ook in Engeland kan het ontbreken van een vertrouwensrelatie tussen de zorgouder en de ouders van het kind met zich meebrengen dat de zorgouder ouderlijk gezag verkrijgt. Zo zal een zorgouder in Engeland onrechtstreeks het bewijs leveren van zijn wantrouwen in de opvoedingsmogelijkheden van de ouder(s) wanneer hij verzoekt om een *EPO*. Opdat een *EPO* kan worden verkregen moet de zorgouder immers bewijzen dat het kind zich in een gevaarlijke situatie bevindt die hem kan schaden wanneer hij niet van woonplaats verandert of omgekeerd wanneer hij niet in zijn huidige woonplaats blijft (s 44(1)(a) CA 1989). Het betreft een oplossing op korte termijn.<sup>740</sup> Een gelijkaardig besluit geldt voor het verzoek om een *SGO* waarbij de zorgouder op lange termijn de juridische bestendiging nastreeft van de situatie waarin hij een kind opvoedt dat niet door zijn ouders kan worden grootgebracht (s 14A CA 1989).<sup>741</sup> Uit onderzoek blijkt dat het merendeel van de kinderen die krachtens een *SGO* door een zorgouder worden opgevoed uit probleemgezinnen komen (bv. mishandeling, ouders met moeilijkheden).<sup>742</sup> Verzoekt de zorgouder daarentegen om een minder verregaande *CAO* teneinde te worden aangeduid als de persoon bij wie het kind zal wonen of die contact kan onderhouden met het kind (s 8 CA 1989), dan zal hij louter moeten bewijzen dat het toekennen van de *order* het belang van het kind dient zonder

---

C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 48: Volgens deze auteur maakt het Hof van Cassatie het met dit arrest mogelijk dat ouders door hun gebrekkige financiële toestand geacht worden zich in de onmogelijkheid te bevinden om het ouderlijk gezag uit te oefenen.

<sup>739</sup> Y. BUFFELAN-LANORE en V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil: introduction-biens-personnes-famille*, Parijs, Sirey, 2011, nr. 2228, 929; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 47.

<sup>740</sup> Zie onder andere: J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 643-647; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 583 e.v.

<sup>741</sup> Zie onder andere: N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 730 e.v.

<sup>742</sup> J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 713 met verwijzing naar onderzoek van Wade, Dixon en Richards (2009).

noodzakelijk een gebrek aan opvoedingskwaliteiten in hoofde van de ouders te moeten aantonen.<sup>743</sup>

213. De vereiste van het ontbreken van een vertrouwensrelatie tussen de ouder(s) en de zorgouder legt noch in Frankrijk noch in Engeland leeftijdsvereisten op aan de zorgouder. Niettegenstaande zal in beide landen de zorgouder toch minstens achttien jaar oud moeten zijn aangezien hij zelf het verzoek bij de rechtbank moet indienen en minderjarigen zowel in Frankrijk als Engeland procesonbekwaam zijn.<sup>744</sup>

## § 2. Samenwoning van ouder met zorgouder

214. In Duitsland moeten de ouder en de zorgouder wettelijk verplicht samenwonen opdat de zorgouder beperkte bevoegdheden van het ouderlijk gezag kan uitoefenen (A). In Frankrijk, Nederland en Engeland vormt de samenwoning van de ouder met de zorgouder een beoordelingselement voor de rechter (B).

### A. Wettelijke vereiste

215. Uitsluitend in Duitsland moeten de ouder en de zorgouder als echtgenoten of geregistreerde partners verplicht samenwonen, aangezien een niet tijdelijke scheiding tot gevolg heeft dat de zorgouder de van rechtswege verkregen bevoegdheden van het ouderlijk gezag niet meer kan uitoefenen (§ 1687b(4) BGB en § 9(4) LPartG).<sup>745</sup> Zodoende bevestigt de wetgever de samenwoningsplicht die voor gehuwden reeds bestond in § 1353(1) BGB,<sup>746</sup> maar legt de wetgever in het kader van het *Mitsorgerecht*

---

<sup>743</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 419-420 en 486-491.

<sup>744</sup> **Engeland:** J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 490-493: Op deze regel bestaan uitzonderingen zij het dat niet de zorgouder maar het minderjarige kind dan zelf een verzoek kan indienen bij de rechter ter verkrijging van een bepaalde order; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 470-472 en 515.

**Frankrijk:** A. GOUTTENOIRE, "Audition du mineur" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 236.08, (1036) 1039.

<sup>745</sup> Zie onder andere: J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 5, 751; HENNEMANN, "§ 1687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten" in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage, München, 2012, nr. 8; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nrs. 4 en 12.

<sup>746</sup> N. DETHLOFF, *Familienrecht*, 31<sup>e</sup> Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2015, nr. 8, 56; Palandt, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1353 BGB, nrs. 1-6, 1614.

eveneens een samenwoningsplicht op aan geregistreerde partners die krachtens § 2 LPartG slechts verplicht zijn om een ‘*gemeinsamen Lebensgestaltung*’ tot stand te brengen (cf. nr. 188). Dat niettegenstaande het ontbreken van een wettelijke samenwoningsplicht toch wordt aangenomen dat de geregistreerde partners samenwonen blijkt uit verscheidene bepalingen van het *Lebenspartnerschaftsgesetz*, zoals onder meer bepalingen inzake een onderhoudsplicht na beëindiging van de relatie (§ 12 LPartG), de verdeling van de goederen opdat ogenblik (§ 13 LPartG), alsook de toewijzing van de gezinswoning (§ 14 LPartG) en de beëindiging van het geregistreerd partnerschap wegens een feitelijke scheiding van één jaar (§ 15(2) LPartG).<sup>747</sup> Zoals *supra* vermeld (cf. nr. 188), wordt ‘samenwonen’ in de zin van § 1687b(4) BGB en § 9(4) LPartG opgevat als het voeren van een gezamenlijke huishouding (D: ‘*häuslichen Gemeinschaft*’) in hoofde van beide echtgenoten resp. geregistreerde partners en hun niet-gemeenschappelijke kinderen. Deze plicht reikt met andere woorden verder dan een louter feitelijk samenwonen.<sup>748</sup>

#### B. Rechterlijk beoordelingselement

216. In Frankrijk geldt geen wettelijke vereiste voor de ouder en de zorgouder om samen te wonen.<sup>749</sup> Dit kan worden verklaard vanuit de context waarin de overdracht als rechtsfiguur tot stand is gekomen. Zo werd de overdracht aanvankelijk als maatregel van jeugdbescherming ingevoerd door de wet van 24 juli 1889<sup>750</sup> om verwaarloosde en mishandelde kinderen te kunnen plaatsen in een instelling of bij natuurlijke personen die het kind verder opvoedden en daartoe het ouderlijk gezag konden uitoefenden (art. 17 wet 24 juli 1889).<sup>751</sup> Door de wet van 4 juni 1970<sup>752</sup> verkreeg de

---

<sup>747</sup> D. SCHWAB, “Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick”, *FamRZ* 2001, (385) 391; zie inzake § 15 LPartG: N. DETHLOFF, *Familienrecht*, 31<sup>e</sup> Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2015, nr. 21, 242 en nr. 42, 247.

<sup>748</sup> G. RING en L. OLSE-RING, “Lebenspartnerschaftsgesetz” in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nrs. 9 en 19; B. VEIT, “Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)”, *FPR* 2004, (67) 70-71; B. VEIT, “§ 1687b BGB” in *Beck’scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 5.

<sup>749</sup> zie bv. CA Lyon 16 november 2004, RG 03/05867, [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr) (oom en tante).

<sup>750</sup> Loi du 24 juillet 1889 enfants maltraités ou moralement abandonnés, placement des mineurs, action éducative en milieu ouvert, *JORF* 25 juillet 1889, 3653.

<sup>751</sup> Zie daarover: P. BLANC, *Les enfants maltraités ou moralement abandonnés*, Parijs, Chevalier-Maresq, 1889, 40 e.v.

overdracht evenwel een meer gemengd karakter doordat de rechtsfiguur in het Burgerlijk Wetboek werd opgenomen tussen de regels inzake opvoedingsbijstand en ontzetting van het ouderlijk gezag waarbij nu eens de medewerking van de ouders vereist was (i.e. vrijwillige overdracht) en dan weer niet (i.e. gedwongen overdracht). Ook door de wet van 4 maart 2002<sup>753</sup> werd dit gemengd karakter behouden.<sup>754</sup> Niettegenstaande een wettelijke verplichting tot samenwonen ontbreekt, kan worden vastgesteld dat de rechter een samenwoning van de ouder met de zorgouder wel in acht neemt om het wettelijke criterium te beoordelen of de zorgouder een 'betrouwbaar persoon' is in de zin van art. 377, eerste lid Cc.<sup>755</sup> Dit is meer bepaald het geval wanneer om een overdracht van het ouderlijk gezag wordt verzocht binnen een gelijkslachtig koppel. Volgens het Franse Hof van Cassatie is in dat geval onder meer vereist dat de ouder en de zorgouder samenwonen in een stabiele en voortdurende relatie.<sup>756</sup>

Ook in Nederland,<sup>757</sup> en Engeland<sup>758</sup> moeten de ouder en de zorgouder niet daadwerkelijk samenwonen opdat de rechter ouderlijk gezag kan toekennen aan de zorgouder.

In Nederland is de positie van de zorgouder voor wat betreft het verkrijgen en uitoefenen van het ouderlijk gezag immers volledig

---

<sup>752</sup> Loi du 4 juin 1970, n°70-459 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 juin 1970, 5227; Dit gold ook voor de gedwongen overdracht van de artt. 19-20 loi 24 juillet 1889 (zie art. 377-1 loi 4 juin 1970).

<sup>753</sup> Loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 mars 2002.

<sup>754</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 1.

<sup>755</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 18-20.

<sup>756</sup> Cass. 24 februari 2006, n°04-17.090: "*Mais attendu que l'article 377, alinéa 1er, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant*"; TGI Parijs 22 februari 2013, n° 12/35092, obs. I. GALLMEISTER, [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr); F. CHÉNEDÉ, observations sur TGI Lille 11 december 2007, n° 06-05918, *AJ Fam.* 2008, 119.

<sup>757</sup> Zie bv. Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AV3146: "*Het is geen vereiste dat de ouder en de ander dan de ouder het kind in één gezinsverband verzorgen. De nauwe persoonlijke betrekking [met het kind, (eigen toevoeging)] is bepalend. Het verzoek kan worden gedaan door een ouder met een persoon die in een familierechtelijke betrekking tot de ouder staat, ook zonder dat zij samenwonen.*"; Rb. Maastricht 7 april 2010, nr. 144775/ FA RK 09-1403; Rb. Assen 3 november 2010, nr. 81894/FA RK 10-2533.

<sup>758</sup> Zie bv. *PRO: Re S (Relocation: Parental Responsibility)* [2013] EWHC 1295 (Fam), ov. 1-2 en 61-63.

gelijkgesteld met de positie van ouders voor wie evenmin een samenwoningsvereiste geldt ter verkrijging van het ouderlijk gezag.<sup>759</sup> Dit verhindert de rechter evenwel niet om bij de beoordeling van de wettelijke criteria uit art. 1:253t NBW de samenwoning van de zorgouder met de ouder toch in acht te nemen. Dit kan onder meer in het kader van de voorwaarde dat de zorgouder en ouder gedurende ten minste een aaneengesloten periode van een jaar onmiddellijk voorafgaand aan het verzoek gezamenlijk de zorg voor het kind moeten hebben gehad (art. 1:253t, tweede lid, a) NBW).<sup>760</sup>

Ook wanneer de zorgouder in Engeland ouderlijk gezag verkrijgt via een *order* moet hij niet samenwonen met de ouder van het kind gelet op de *ratio legis* van de voorliggende *orders*. Bij het verzoek om een *SGO* wordt immers de bescherming van het kind dat niet bij zijn ouders kan worden opgevoed op lange termijn beoogd, terwijl bij een *EPO* sprake is van een gevaarsituatie bij de ouders zodat de opvoeding van het kind op korte termijn moet worden veiliggesteld (cf. nr. 212). Verzoekt de zorgouder om een *CAO* teneinde te worden aangeduid als de persoon bij wie het kind zal wonen of die contact mag onderhouden met het kind, dan is evenmin vereist dat de zorgouder samenwoont met de ouder van het kind. Een samenwoning is zelfs niet verplicht wanneer de zorgouder als (voormalige) echtgenoot of geregistreerde partner van de ouder verzoekt om een *CAO* aangezien voor echtgenoten of geregistreerde partners geen samenwoningsplicht geldt.<sup>761</sup> Dit werd nogmaals bevestigd door de *Supreme Court* in een arrest van 2010.<sup>762</sup> Bijgevolg moet de zorgouder die verzoekt om een *PRO* of die een *PRA* sluit met de ouder ter verkrijging van ouderlijk gezag evenmin samenwonen met de ouder van het kind. Dit belet evenwel de rechter niet om bij de beoordeling van de wettelijke criteria van een *order* toch de samenwoning van de zorgouder met de ouder in acht te nemen. Zo is bv.

---

<sup>759</sup> Notitie leefvormen in het familierecht, *TK* 1994/95, nr. 22700/5, 6; zie daarover: R. ODINK, *Het ouderlijk gezag ontwikkeld*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2013, 22.

<sup>760</sup> zie bv. Rb. Noord-Holland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:1820.

<sup>761</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2014, 43-45 (huwelijk) en 36-37 (geregistreerd partnerschap); J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 109-110, 119 (*consortium*); N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 89-104, zie vnl. 94.

<sup>762</sup> *Supreme Court* [2010] UKSC 42 [2011], 1 AC 534 at [52] and [157]: Volgens de *Supreme Court* bestaat geen afdwingbare samenwoningsplicht voor echtgenoten.

een *PRO* in principe bedoeld voor een '*incoming stepparent*', zijnde de gehuwde of geregistreerde samenwonende zorgouder die na de relatiebreuk tussen de ouders van het kind samenwoont met een van de ouders die tevens het ouderlijk gezag uitoefent. In deze situatie kan worden verwacht dat de zorgouder een centrale rol zal opnemen in de verdere opvoeding van het kind.<sup>763</sup> In het licht van deze opvatting wees de rechtbank dan ook het verzoek af van een zorgouder die in een echtscheidingsprocedure betrokken was met de moeder op het ogenblik van het verzoek. De zorgouder had immers niet voor ogen om nog verder samen te wonen met de moeder en binnen dit kader een centrale rol in de opvoeding van het kind te vervullen.<sup>764</sup>

### **§ 3. Uitoefening van ouderlijk gezag in hoofde van de ouder met wie de zorgouder een vertrouwensrelatie of het ontbreken daarvan bewijst**

217. In Nederland en Duitsland moet de ouder met wie de zorgouder een vertrouwensrelatie heeft (cf. nrs. 207 e.v.) op exclusieve wijze het ouderlijk gezag over het kind uitoefenen, opdat bevoegdheden van het ouderlijk gezag aan de zorgouder kunnen toekomen (A, i). In Frankrijk en in bepaalde omstandigheden in Engeland moet de ouder met wie de zorgouder een relatie van vertrouwen of wantrouwen bewijst, eveneens het ouderlijk gezag uitoefenen waarbij de wijze van uitoefening irrelevant is (A, ii) (cf. nrs. 207 e.v.). In andere omstandigheden is in Engeland zelfs niet vereist dat de ouder ouderlijk gezag uitoefent (B).

A. Wettelijke vereiste van uitoefening

*i. Vereiste van exclusieve uitoefening*

218. In Nederland moet de ouder die samen met de zorgouder de rechter verzoekt om een gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag krachtens art. 1:253t NBW, zelf op exclusieve wijze dit gezag uitoefenen omdat hij als enige titularis is van het gezag. Een ouder kan om verscheidene redenen de

---

<sup>763</sup> zie onder andere: N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 387.

<sup>764</sup> R (Parental responsibility), Re [2011] WL 2748 579, [2011] EWHC 1535 (Fam), ov. 36-41.



enige titularis zijn van het ouderlijk gezag. Dit is onder meer het geval wanneer de andere ouder overleden is (art. 1:253f NBW) of wanneer uitsluitend het moederschap juridisch vaststaat (art. 1:253b, eerste lid NBW). Een vader of meemoeder kan ook het gezag op exclusieve wijze uitoefenen na een rechterlijke beslissing op grond van art. 1:253c NBW.<sup>765</sup> Daarnaast kan de rechter ook een exclusieve uitoefening van het gezag toekennen aan een ouder na echtscheiding (art. 1:251a, eerste lid NBW),<sup>766</sup> of kan de exclusieve uitoefening het gevolg zijn van de beëindiging van het gezag door de rechter in hoofde van één van beide ouders (art. 1:266 *juncto* art. 1:274, eerste lid NBW).<sup>767</sup> De voorwaarde van exclusieve uitoefening van het gezag is ingegeven vanuit de gedachte dat een kind steeds een vader en een moeder heeft die beiden een voorkeurspositie bekleden met uitsluiting van anderen om het gezag over hun kind uit te oefenen. Dit uitgangspunt moet volgens de Nederlandse wetgever zoveel als mogelijk worden gehandhaafd.<sup>768</sup> Om die reden kan de zorgouder het gezamenlijk gezag slechts verkrijgen wanneer slechts één ouder titularis van het ouderlijk gezag is. Zodoende wordt de juridische positie van de tweede ouder gevrijwaard,<sup>769</sup> wat ook blijkt uit het feit dat het gezamenlijk gezag niet kan worden toegekend aan de zorgouder wanneer de verzoekende ouder van rechtswege het gezag exclusief uitoefent wegens de onbevoegdheid, onmogelijkheid of afwezigheid van de andere ouder (art. 1:253t, vierde lid NBW). In dat geval is de andere ouder immers nog steeds

---

<sup>765</sup> Zie onder andere: I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253t NBW, aant. 2 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016); M. J. C. KOENS, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:253t NBW (actueel tot en met 1 juli 2017); E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 16-21.

<sup>766</sup> Daartoe is vereist dat een van de ouders of beiden daarom verzoeken. Bovendien moet het risico bestaan dat het kind klem zou raken tussen de beide ouders zonder dat er binnen afzienbare tijd verbetering in deze situatie kan komen of moet vaststaan dat een exclusieve gezagsuitoefening het belang van het kind dient – zie: J. E. DOEK, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:252a NBW, aant. 1 (bijgewerkt tot en met 1 november 2010); E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 58-61; S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUJVENDIJK-BRAND, *Personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 133, 239-240.

<sup>767</sup> Zie onder andere: M. R. BRUNING, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:274 NBW (actueel tot en met 1 juli 2017).

<sup>768</sup> Memorie van toelichting, *TK 1993-94, 23714/3, 2*.

<sup>769</sup> Memorie van toelichting, *TK 1993-94, 23714/3, 3-4*.

titularis van het gezag en kan de gezamenlijke uitoefening door beide ouders herleven van zodra het beletsel is weggefallen.<sup>770</sup>

Heeft het kind slechts één juridische ouder dan kunnen de zorgouder en de ouder op eenvoudige wijze het gezamenlijk gezag verkrijgen. Heeft het kind daarentegen een tweede juridische ouder die evenwel geen titularis is van het ouderlijk gezag, dan moet de zorgouder bovenop een nauwe persoonlijke betrekking met het kind dit kind ook gedurende minstens een aaneengesloten periode van één jaar hebben opgevoed samen met de verzoekende ouder (cf. nr. 191). Bovendien moet de verzoekende ouder gedurende minstens een aangesloten periode van drie jaar op exclusieve wijze het gezag hebben uitgeoefend (art. 1:253t, tweede lid NBW). Deze voorwaarde is ingegeven vanuit de voorkeurspositie van de tweede juridische ouder met betrekking tot het gezag.<sup>771</sup> De termijn van drie jaar geeft uitdrukking aan de bestendigheid van de gezagssituatie waarbij de wetgever ervan uitgaat dat na deze termijn gezamenlijke gezagsuitoefening door beide ouders niet meer voor de hand ligt. Bovendien voorkomt deze termijn tegelijkertijd een lichtzinnig gebruik van het gezamenlijk gezag door de ouder en zorgouder.<sup>772</sup> Op die manier kan de tweede juridische ouder wiens aanwezigheid in het leven van het kind mogelijks wat vervaagd is, toch nog verder betrokken blijven.<sup>773</sup> Voornamelijk de driejarige termijn vormt een struikelblok aangezien de moeder en vader<sup>774</sup> die een huwelijk of geregistreerd partnerschap zijn aangegaan (art. 1:251, eerste lid NBW, art. 1:253aa, eerste lid NBW) van rechtswege gezamenlijk het gezag uitoefenen en ook na de scheiding dit gezamenlijk gezag in beginsel verderzetten.

---

<sup>770</sup> ASSER/DE BOER, 1\* *Personen- en familierecht*, 2010, nr. 839d (bijgewerkt tot 1 maart 2010).

<sup>771</sup> Rapport Herijking Ouderschap, 2016, 224-226.

<sup>772</sup> Memorie van toelichting, TK 1993-94, 23714/3, 2-3; Nota naar aanleiding van het verslag, TK 1995-96, 23714/6, 7 en 9; Nota van wijziging, TK 1995-96, 23714/7, 6-7.

<sup>773</sup> Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, LJN BA1796, *FJR* 2007, 81, noot I. J. PIETERS: toewijzing van het verzoek mede gelet op de afwezigheid van de vader in de opvoeding van het kind; Rb. Oost-Brabant 29 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:388: verzoek van de moeder en nieuwe partner werd afgewezen gelet op onder meer de voorkeurspositie van de juridische vader.

<sup>774</sup> Sinds de wet van 25 november 2013 inzake lesbisch ouderschap (*Staatsblad* 2013, nr. 480) en de wet van 27 november 2013 inzake de opheffing van enkele verschillen tussen het huwelijk en het geregistreerd partnerschap (*Staatsblad* 2013, nr. 486), kan een kind in Nederland ook een meemoeder hebben (art. 1:198, eerste lid b) NBW e.v.). Desgevallend wordt het ouderlijk gezag over het kind dus uitgeoefend door een moeder en een meemoeder.

Hebben de ouders geen huwelijk of geregistreerd partnerschap gesloten dan is een aantekening in het gezagsregister vereist (art. 1:252, eerste lid NBW) om samen het ouderlijk gezag te kunnen uitoefenen.<sup>775</sup> De wetgever stelt dus het gezamenlijk gezag als beginsel voorop, maar eist tegelijkertijd op grond van art. 1:253t NBW een exclusieve uitoefening van het gezag door de verzoekende ouder.<sup>776</sup> Rechtspraak toont evenwel aan dat deze voorwaarde niet te streng wordt opgevat. Zo kan een uitzondering worden toegestaan in bijzondere situaties gelet op de *ratio legis* van de driejarige termijn. Bijgevolg kan het ouderlijk gezag worden toegekend aan een moeder en een zorgouder, niettegenstaande de terminale ziekte van de moeder verhindert dat zij de driejarige termijn kan voltooien. Het gezamenlijk gezag vormt in dat geval de juridische bestendinging van een feitelijke situatie.<sup>777</sup> De verzoekende ouder moet niet alleen titularis zijn van het ouderlijk gezag, hij moet ook daadwerkelijk bevoegd zijn om dit gezag uit te oefenen. Bepaalde categorieën personen zijn daartoe immers onbevoegd. Het betreft minderjarigen, personen die onder curatele zijn gesteld en personen die in de onmogelijkheid verkeren om het ouderlijk gezag uit te oefenen door hun geestestoestand (art. 1:246 NBW).<sup>778</sup>

219. Ook in Duitsland moet de echtgenoot of geregistreerde partner van de zorgouder op exclusieve wijze het ouderlijk gezag over zijn kind

---

<sup>775</sup> M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA en M. TOMASSEN-VAN DER LANS, "Gezag" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familie recht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (255) 263-264 en 266; S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Personen- en familie recht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 130, 229-232.

<sup>776</sup> In het jaar 2011 ging het om maar liefst 94% van de gescheiden koppels die verder samen het gezamenlijk gezag uitoefenden. Bijgevolg zal de zorgouder dan geen ouderlijk gezag kunnen verkrijgen (zie:

<http://statline.cbs.nl/Statweb/publication/?DM=SLNL&PA=37192&D1=1,49-58&D2=a&VW=T>

en M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA, K. BOELE-WOELKI, C. BIJLEVELD, C. JEPPESEN DE BOER en G. VAN ROSSUM, *Meeroudergezag: een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders? Een empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek* (WODC-rapport Meeroudergezag), Den Haag, BJU, 2014, 40-41, 59-61, 202).

<sup>777</sup> Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ9963, *RFR* 2011/116, noot.

<sup>778</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familie recht*, art. 1:246 NBW, aant. 2 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016); S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Personen- en familie recht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 128, 226.

uitoefenen.<sup>779</sup> De wijze waarop de ouder de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag heeft verkregen is irrelevant. Zo kan de exclusieve uitoefening het gevolg zijn van het overlijden van de tweede ouder, van een rechterlijke beslissing na echtscheiding (§ 1671 BGB), van het feit dat de ouders niet gehuwd zijn en geen gemeenschappelijke *Sorgeerklärung* hebben afgelegd (§ 1626a BGB), van een feitelijke onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen in hoofde van de tweede ouder door bijvoorbeeld een ziekte (§ 1678 BGB), van diens handelingsonbekwaamheid (§ 1673 BGB) of zijn instemming met de adoptie van het kind (§ 1751(1) BGB).<sup>780</sup> Deze voorbeelden tonen aan dat, anders dan in Nederland, de ouder als echtgenoot of geregistreerde partner van de zorgouder niet de enige titularis van het ouderlijk gezag hoeft te zijn en dat met andere woorden ook de tweede ouder van het kind nog titularis van het gezag kan zijn. De voorwaarde van exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de echtgenoot of geregistreerde partner van de zorgouder is ingegeven vanuit de idee dat in een dergelijke situatie geen concurrentie met een tweede ouder kan bestaan omdat deze het gezag niet uitoefent, alsook dat kan worden verwacht dat de zorgouder en de ouder samen met de reeds aanwezige kinderen een '*neue soziale Familie*' zullen vormen waarbinnen zij de kinderen zullen opvoeden. Bijgevolg past het om in het belang van het kind de nieuwe familiebanden te versterken en te beschermen, alsook om de rol van de zorgouder in de opvoeding van het kind in rechte te erkennen (cf. nr. 188).<sup>781</sup> Tevens blijkt uit deze voorwaarde dat het gezag van de zorgouder accessoir is aan dat van de ouder met wie hij gehuwd is of een geregistreerd partnerschap is aangegaan. Zoals *infra* zal worden toegelicht kan de zorgouder bijgevolg geen bevoegdheden van het

---

<sup>779</sup> Zie onder andere: *CEFL Parental Responsibilities – National Report: Germany*, Q 14, 16 en Q 21, 24; T. RAUSCHER, *Familienrecht*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2008, nr. 1134, 1004-1005; D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nr. 670, 339; D. SCHWAB, "Eingetragene Lebenspartnerschaft-Ein Überblick", *FamRZ* 2001, (385) 394; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 70; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 3.

<sup>780</sup> N. DETHLOFF, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2015, nr. 42, 392 en nrs. 47-50, 393-394; HENNEMANN, "§ 1687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten" in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage, München, 2012, nr. 3.

<sup>781</sup> BR-Drucksache 369/99, 11; BT-Drucksache 14/2096, 8; BT-Drucksache 14/3751, 39 en 45.

ouderlijk gezag meer uitoefenen wanneer de partnerrelatie wordt beëindigd of wanneer de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de ouder tot een einde komt ingevolge onder meer een rechterlijke beslissing,<sup>782</sup> het overlijden van de ouder of diens ontzetting van het ouderlijk gezag (cf. nr. 385).<sup>783</sup> Zoals in Nederland is ook in Duitsland de voorwaarde van de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag problematisch voor de zorgouder aangezien de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag door de ouders als wettelijk beginsel wordt vooropgesteld (§ 1626 *juncto* § 1671 BGB).<sup>784</sup> Op de voorwaarde van exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag wordt veelvuldig kritiek geformuleerd aangezien deze voorwaarde tot gevolg heeft dat na een scheiding beide ouders strijden om de exclusieve uitoefening van het gezag, wat niet strookt met het uitgangspunt van de wetgever en mogelijk een miskennis inhoudt van de tot dan bestaande situatie.<sup>785</sup> Bovendien berust deze voorwaarde op een premisse die niet redelijkerwijze kan worden verantwoord, met name dat nieuwe familiebanden uitsluitend kunnen ontstaan tussen de ouder, de zorgouder en het kind wanneer de ouder op exclusieve wijze het ouderlijk gezag uitoefent. Tevens strijdt deze voorwaarde met het doel van de regeling voor zorgouders dat er onder andere in bestaat het kind in zijn nieuwe familie te integreren.<sup>786</sup>

---

<sup>782</sup> D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 8, 864; M. LÖHNIG, "Neue Partnerschaften der gemeinsam sorgeberechtigt gebliebenen Eltern – Welche Rechte haben die neuen Partner?", *FPR* 2008, (157) 157-158.

<sup>783</sup> B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 72.

<sup>784</sup> *Kindschaftsrechtsreformgesetz* 16 december 1997, *BGBI. I* 2942; J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nrs. 137-142, 722-726 en nr. 6, 729; D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nr. 826 e.v., 364 e.v.

<sup>785</sup> N. DETHLOFF, "Reform des Kindschaftsrechts", *NJW* 1992, (2200) 2203: deze auteur stelt voor om bij gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag ook een *Mitsorgerecht* mogelijk te maken; HENNEMANN, "§ 1687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten" in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage, München, 2012, nr. 3; S. MOTZER, "Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorgerecht und Umgangsrecht", *FamRZ* 2001, (1034) 1039-1040; RAINER en KEMPER, "§ 1687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten" in *Schulze u.a. Bürgerliches Gesetzbuch*, 8. Auflage, 2014, nr. 3; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 70.

<sup>786</sup> M. LÖHNIG, "Neue Partnerschaften der gemeinsam sorgeberechtigt gebliebenen Eltern – Welche Rechte haben die neuen Partner?", *FPR* 2008, (157) 158.

ii. *Geen vereiste van exclusieve uitoefening*

220. In Frankrijk kunnen de ouders die het ouderlijk gezag willen delen met of overdragen aan de zorgouder dit slechts doen voor zover ze beiden titularis zijn van het ouderlijk gezag en dit gezag ook uitoefenen. Het louter titularisschap van het ouderlijk gezag volstaat met andere woorden niet.<sup>787</sup> De wijze waarop de ouders het gezag uitoefenen, zijnde gezamenlijk of exclusief, is van belang voor de vraag wie moet toestemmen in de (gedeelde) overdracht. Is sprake van een gezamenlijke uitoefening dan veronderstelt een overdracht het akkoord van beide ouders. De beslissing om het ouderlijk gezag over te dragen kan immers niet als een dagelijkse opvoedingsbeslissing worden beschouwd die elke ouder alleen kan stellen en waarbij een vermoeden van instemming van de andere ouder geldt (art. 372-2 Cc – cf. nr. 313). Oefent de verzoekende ouder daarentegen op exclusieve wijze het ouderlijk gezag uit, dan volstaat diens toestemming in de overdracht. De andere ouder die slechts titularis is van het ouderlijk gezag maar dit gezag niet meer uitoefent, moet op basis van zijn recht op toezicht geïnformeerd worden over de procedure (art. 373-2-1, derde lid Cc). Op basis van dit recht kan de andere ouder zich dan desgevallend verzetten tegen de (gedeelde) overdracht van het ouderlijk gezag aan de zorgouder, al zal uiteindelijk de rechter oordelen of de (gedeelde) overdracht wordt toegekend of niet.<sup>788</sup>

In Engeland moet de ouder die een overeenkomst sluit met de zorgouder tot toekenning van ouderlijk gezag (i.e. *PRA*) zelf titularis zijn van dit gezag (s 4A(1)(a) CA 1989). Is ook de tweede ouder titularis van het ouderlijk gezag dan moet deze eveneens toestemmen in de overeenkomst.<sup>789</sup> Aangezien de Engelse wetgever in tegenstelling tot de

---

<sup>787</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 12; zie ook: I. CARBONNIER, "Fasc. 10: Autorité parentale – Exercice de l'autorité parentale", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 7 oktober 2014), nr. 117; Dit geldt eveneens voor een gedwongen overdracht (art. 377, tweede lid Cc).

<sup>788</sup> A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.201, (969) 1020; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 14-15 en 78; Rapport LEONETTI, oktober 2009, (1) 66.

<sup>789</sup> Zie onder andere: F. BURTON, *Family law*, Routledge, Londen, 2015, 314; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016,

Franse geen onderscheid maakt tussen titularisschap en uitoefening van ouderlijk gezag, volstaat het titularisschap in hoofde van de ouder(s). Weigert een ouder of weigeren beide ouders hun toestemming te verlenen dan kan de zorgouder de rechtbank verzoeken om toekenning van ouderlijk gezag (s 4A(1)(b) CA 1989).

B. Geen wettelijke vereiste van uitoefening

221. Wanneer een zorgouder in Engeland de rechtbank verzoekt om via een *order* te worden aangeduid als de persoon bij wie het kind zal wonen (i.e. *CAO*), of via een *order* de rechter verzoekt om de opvoeding van een kind dat zich in een gevaarsituatie bevindt op korte termijn veilig te stellen (i.e. *EPO*), dan wel de opvoeding van een kind dat niet naar zijn ouders kan terugkeren op lange termijn bij hem of haar te bestendigen (i.e. *SGO*), dan is de tussenkomst van de ouders niet vereist bij het verzoek. De zorgouder kan met andere woorden alleen een dergelijk verzoek indienen bij de rechtbank. Bijgevolg is het niet relevant of de ouders titularis zijn van ouderlijk gezag of niet. Bovendien vormt de toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder niet het primaire doel van deze *orders* maar slechts een gevolg ervan, én verliezen de ouders van het kind ingevolge deze *orders* niet zelf hun ouderlijk gezag (s 2(5), (6) CA 1989)<sup>790</sup>.

**AFDELING 2. Zorgouderschapsstatuut - de lege ferenda**

222. Opdat een persoon in de horizontale relatie met de ouder van het kind dat hij (wil) opvoed(t)(en), als een zorgouder kan worden beschouwd is vereist dat hij een vertrouwensrelatie onderhoudt met minstens een van de ouder(s) (§ 1), dat deze ouder tevens titularis is van het ouderlijk gezag (§ 3) en dat niet reeds een andere persoon als zorgouder werd erkend in de relatie met deze ouder (§ 4). De zorgouder en de ouder moeten evenwel niet samenwonen (§ 2).

---

411-412; J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 368; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 386-389.

<sup>790</sup> M. ANTOKOLSKAIA, "Parenting in step-parent families: legal status versus de facto roles", *CFLQ* 2015/3, (271) 274; A. BAINHAM, "Is legitimacy legitimate?", *Fam.Law* 2009, (673) 676; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 419.

## **§ 1. Vereiste van vertrouwensrelatie met minstens een van de ouders**

223. Opdat een persoon als zorgouder aanspraak kan maken op het zorgouderschapstatuut is vereist dat tussen hem en minstens een van de ouders van het kind een vertrouwensrelatie aanwezig is. Deze voorwaarde kan als volgt worden verantwoord.

224. Allereerst is de vereiste van een vertrouwensrelatie noodzakelijk voor de werkbaarheid van het statuut. Het komt voor dat wanneer niet minstens een van de ouders vertrouwen heeft in de rol die de zorgouder vervult of wenst te vervullen in de opvoeding van het kind het statuut niet goed kan functioneren. Het statuut veronderstelt immers dat de zorgouder samen met minstens een van beide ouders het kind opvoedt of dat er minstens sprake is van een wisselwerking tussen hen. Wanneer bijgevolg geen vertrouwen aanwezig is in de horizontale relatie tussen de zorgouder en minstens een van de ouder(s) van het kind bestaat geen draagvlak voor de inmenging van de zorgouder in de opvoeding van het kind, en meer algemeen voor het bestaan van het zorgouderschapstatuut.

Dit standpunt wordt verder ondersteund door de vaststelling dat in alle bestudeerde rechtsstelsels de wetgever veronderstelt dat een vertrouwensrelatie voorhanden is tussen de ouder en de zorgouder. Aan deze vertrouwensrelatie wordt op verscheidene wijzen uiting gegeven (cf. nrs. 207-213). Tevens kan worden vastgesteld dat wanneer de ouders en de feitelijke ouder in het kader van een reeds bestaande gezagsinstelling tegelijkertijd bepaalde bevoegdheden van het ouderlijk gezag moeten uitoefenen tussen hen eveneens een minimale verstandhouding moet aanwezig zijn.<sup>791</sup> Dit blijkt uit het feit dat de rechter de pleegvoogdij kan beëindigen wanneer de verstandhouding tussen de ouders en de pleegvoogd ernstig verstoord is (cf. nr. 18). Ook de provoogdij kan om die reden vervroegd worden beëindigd (cf. nr. 29). In het kader van een stiefouder- of partneradoptie is tevens een minimale verstandhouding vereist tussen de zorgouder en de ouder aangezien ze in beginsel gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen (cf. nr. 10). Bestaan evenwel gezagsconflicten dan leiden

---

<sup>791</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS cf. nr. 130 e.v.



deze omwille van de stabiliteit van de adoptieve afstammingsband niet tot de beëindiging van de adoptie. Wel is een beslechting van deze gezagsconflicten mogelijk door de familierechtbank (art. 373, derde lid BW). Desgevallend kan de familierechtbank zelfs de exclusieve uitoefening van het gezag aan een van beide ouders opdragen voor zover ze niet samenwonen en geen overeenstemming kunnen bereiken over belangrijke opvoedingsbeslissingen zoals godsdienstige of filosofische keuzes (art. 374, § 1, tweede lid BW). Bij de voogdij rijst het probleem van de minimale verstandhouding niet aangezien de voogdij slechts ontstaat wanneer beide ouders overleden zijn, wettelijk onbekend zijn, in de voortdurende onmogelijkheid verkeren om het ouderlijk gezag uit te oefenen of wilsonbekwaam zijn (art. 389 BW). Een voogd wordt met andere woorden niet geconfronteerd met de ouders van het kind in diens opvoeding (cf. nrs. 20 en 23).

225. Er is sprake van een vertrouwensrelatie wanneer tussen de zorgouder en minstens een van de ouders een feitelijke relatie bestaat die het vertrouwen weerspiegelt dat minstens een van de ouders heeft in de opvoedende rol die de zorgouder waarneemt of wil waarnemen ten aanzien van het kind, en waardoor het gerechtvaardigd is om de zorgouder bevoegdheden van het ouderlijk gezag toe te kennen. Minstens een van de ouders moet met andere woorden de zorgouder als een betrouwbaar persoon beschouwen die samen met hem het kind kan opvoeden. Deze omschrijving toont aan dat de vertrouwensrelatie een feitenkwestie is die elke ouder en zorgouder op een andere wijze ervaart. Bovendien laat deze omschrijving toe dat rekening wordt gehouden met de concrete omstandigheden van elke opvoedingssituatie die kunnen aantonen dat tussen de zorgouder en minstens een van de ouders een vertrouwensrelatie voorhanden is. Het moet tevens gaan om een *actueel* vertrouwen van minstens een van de ouders in de opvoedende rol van de zorgouder. Ook in het kader van pleegvoogdij en adoptie moet de minimale verstandhouding tussen de ouder(s) en de persoon die het kind feitelijk opvoedt actueel van aard zijn, opdat de ouders zouden toestemmen in de adoptie of instemmen met de pleegvoogdij (cf. nrs. 13 en 17). Bovendien toont de rechtsvergelijkende analyse eveneens aan dat de vertrouwensrelatie tussen

de zorgouder en de ouder actueel dient te zijn wanneer ze via overeenkomst, via de rechter of door te huwen of een geregistreerd partnerschap te sluiten, overeenkomen om samen ouderlijke bevoegdheden over het kind uit te oefenen (cf. nrs. 207-213). Meer algemeen kan worden verdedigd dat het vertrouwen van de ouder(s) in de zorgouder om mee het kind te helpen opvoeden cruciaal is voor een goede werking van het statuut. Bijgevolg is vereist dat dit vertrouwen reeds aanwezig is van zodra de zorgouder het statuut verkrijgt en volstaat het niet dat de vertrouwensrelatie nog tot stand moet worden gebracht.

226. Aangezien het aantal feiten die een actuele vertrouwensrelatie kunnen aantonen oneindig in aantal zijn, wordt voorgesteld om met de volgende *indicatieve lijst* te werken:

- het feit dat de ouder in kwestie de opvoedingshandelingen gesteld door de zorgouder steunt en zich daartegen niet verzet (bv. routineonderzoek bij de tandarts);
- het feit dat de zorgouder naar derden toe alleen opvoedingshandelingen mag stellen ten aanzien van het kind zonder dat de ouder in kwestie mee optreedt, zodat ook naar de buitenwereld toe minstens een schijn van vertrouwen voorhanden is (bv. het kind van en naar school of de jeugdvereniging brengen, etc.);
- het feit dat de ouder toelaat dat de zorgouder regelmatige contacten onderhoudt met hemzelf en met het kind, en bijgevolg zich in de familiale sfeer begeeft van het gezin waarin het kind opgroeit.

Opdat sprake kan zijn van een 'vertrouwensrelatie' is niet vereist dat al deze criteria cumulatief aanwezig zijn.

227. Het vertrouwen van de ouder in de opvoedende rol van de zorgouder is een feitenkwestie die met *alle middelen van recht* kan worden bewezen (cf. nr. 282). Zo kan onder meer beroep worden gedaan op getuigen of op de overeenstemming tussen de zorgouder en de ouders over de toekenning van het statuut (cf. nr. 275). Om evenwel het bewijs van een vertrouwensrelatie te vergemakkelijken worden *drie weerlegbare vermoedens* gehanteerd. Een eerste vermoeden heeft betrekking op de

aanwezigheid van een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm tussen de zorgouder en de ouder, een tweede op het bestaan van een band van verwantschap tussen de zorgouder en de ouder, en een derde op een eventuele samenwoning van de zorgouder met de ouder.

228. Inzake het eerste weerlegbaar vermoeden moet worden vastgesteld dat de zorgouder en ouder niet verplicht zijn om een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm aan te gaan zoals een huwelijk of een wettelijke samenwoning. Ook in de rechtspraak van het EHRM is immers niet vereist dat de ouder en zorgouder gehuwd of wettelijk samenwonend zijn opdat hun relatie als familieleven zou worden beschermd (cf. nrs. 78-81, *Keegan/Ierland*). Bovendien toont de rechtsvergelijkende analyse aan dat ook in Duitsland waar *de lege lata* een huwelijk of geregistreerd partnerschap tussen de zorgouder en ouder vereist is opdat de zorgouder beperkte bevoegdheden van het ouderlijk gezag kan verkrijgen, steeds meer stemmen opgaan om deze bevoegdheden ook toe te kennen buiten deze geïnstitutionaliseerde samenlevingsvormen.<sup>792</sup> Verder moet ook in de reeds bestaande gezagsinstellingen naar Belgisch recht de relatie tussen de juridische ouder en de feitelijke ouder niet verplicht omkaderd zijn door een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm, de stiefouderadoptie, partneradoptie en eenouderadoptie door de voormalige echtgenoot of samenwonende partner van de ouder uitgezonderd (cf. nr. 11, nr. 17, nr. 21 en nr. 27).<sup>793</sup> Een dergelijke vereiste zou ten slotte niet alleen kinderen in bepaalde opvoedingssituaties steeds van het zorgouderschapstatuut uitsluiten omwille van de partnerrelatie van hun zorgouder zodat de continuïteit in hun opvoeding in het gedrang komt (cf. nrs. 158-159), maar zou ook nefast zijn voor het belang van de zorgouder zelf. De erkenning van zijn opvoedende rol zou dan steeds op absolute wijze afhankelijk zijn van zijn partnerrelatie met de ouder van het kind. De horizontale relatie tussen de ouder en de zorgouder zou met andere woorden het doorslaggevende criterium vormen bij de toekenning van het statuut. Niet alleen ontbreekt

---

<sup>792</sup> T. HELMS, *Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen. Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag*, München, C. H. Beck, 2016, 62-63: Daarbij wordt verwezen naar de regeling voor pleegzorgers die eveneens een beslissingsrecht in dagelijkse opvoedingsaangelegenheden verkrijgen wanneer het kind reeds voor langere tijd bij hen wordt opgevangen (§ 1688 BGB).

<sup>793</sup> zie ook in die zin Adv. RvS cf. nr. 130 e.v.

elke redelijke verantwoording daarvoor, tevens strijdt dit met de grondslag van het statuut die berust op het bestaan van een beschermenswaardig familieleven in de verticale relatie tussen de zorgouder en het kind.

De afwezigheid van een wettelijke verplichting tot een huwelijk of wettelijke samenwoning, belet evenwel niet dat een huwelijk of wettelijke samenwoning van de zorgouder met de ouder als weerlegbaar vermoeden kan worden gehanteerd om het bestaan van een vertrouwensrelatie te bewijzen. Uit de rechtspraakanalyse van het recht op familieleven in de zin van art. 8 EVRM blijkt immers dat een wettig en niet-geveinsd huwelijk een voldoende voorwaarde is om de relatie tussen de echtgenoten als familieleven te beschermen (cf. nr. 81, *Berrehab/Nederland*). Gelet op de steeds verdergaande gelijkstelling van gehuwden en wettelijk samenwonenden in het Belgische recht, geldt in dit proefschrift bijgevolg ook dat tussen de gehuwde of wettelijk samenwonende zorgouder en ouder een familieleven bestaat waaruit een vertrouwensrelatie over de opvoeding van het kind kan worden afgeleid. Er kan immers worden verwacht dat de zorgouder zich niet alleen zal engageren ten aanzien van zijn partner, maar ook ten aanzien van diens kind. Bovendien wordt aan een huwelijk of wettelijke samenwoning publiciteit gegeven door de opmaak van een huwelijksakte (art. 75, eerste lid, laatste zin BW) respectievelijk de vermelding van de wettelijke samenwoning in de registers van de burgerlijke stand (art. 1476, § 1, derde lid BW). Bijgevolg kan het vermoeden van de vertrouwensrelatie eenvoudig worden bewezen.

229. Krachtens het tweede weerlegbaar vermoeden wordt een vertrouwensrelatie vermoed te bestaan tussen de zorgouder en een van beide ouders voor zover ze met elkaar verbonden zijn door een band van verwantschap. De graad van verwantschap is daarbij irrelevant zodat zowel een grootouder als een neef of tante als betrouwbaar persoon kan worden beschouwd. De rechtspraakanalyse van het recht op familieleven in de zin van art. 8 EVRM toont immers aan dat de relatie tussen een kind en zijn oom, tante of grootouder door het EHRM als familieleven wordt erkend voor zover deze daadwerkelijk wordt beleefd. Daartoe vormt de band van verwantschap tussen het kind en de zorgouder, die in deze situatie bijgevolg ook verwant is met de ouder, een van de beoordelingslementen voor het

EHRM samen met onder andere de samenwoning van de betrokkenen (cf. *Bronda/Italië*). Bovendien wordt dit vermoeden ondersteund door de Franse wetgever die ook uitsluitend voor personen zonder band van verwantschap een uitdrukkelijk bewijs van vertrouwen vereist (cf. nr. 210).

Zie voor het derde weerlegbaar vermoeden van een vertrouwensrelatie ingevolge de samenwoning van de zorgouder met een van beide ouders (cf. *infra* nr. 233).

230. De voorgaande vermoedens kunnen allen worden weerlegd door de tweede ouder van het kind die titularis is van het ouderlijk gezag en zich verzet tegen de toekenning van het statuut aan de zorgouder (cf. nr. 282). Deze tweede ouder zal met *alle middelen van recht* moeten aantonen dat de zorgouder geen betrouwbaar persoon is om het kind op te voeden zodat geen echte vertrouwensrelatie aanwezig kan zijn. Een maatschappelijk onderzoek kan daarvoor dienstig zijn in zoverre het bijvoorbeeld aantoont dat conflictueuze relaties bestaan tussen de zorgouder en de andere ouder die nefast zijn voor de opvoeding van het kind of dat de leefsituatie van de zorgouder niet transparant genoeg is om hem of haar in volle vertrouwen mee het kind te laten opvoeden.<sup>794</sup>

## **§ 2. Geen samenwoningsvereiste**

231. Om als zorgouder in rechte te worden erkend moet de persoon die daarop aanspraak maakt niet daadwerkelijk samenwonen met de ouder van het kind. Deze keuze kan om verscheidene redenen worden verantwoord.

232. Vooreerst toont de rechtspraakanalyse van het EHRM inzake het recht op familieleven aan dat de ouder en zorgouder niet moeten samenwonen opdat hun relatie als familieleven in de zin van art. 8 EVRM kan worden beschouwd (cf. nr. 76, *Kroon/Nederland*). De samenwoning vormt met andere woorden geen noodzakelijke voorwaarde.

Bovendien is ook in Frankrijk, Nederland en Engeland niet vereist dat de ouder en zorgouder samenwonen opdat aan de zorgouder ouderlijk gezag

---

<sup>794</sup> zie voor recente aanpassingen aan de procedure: P. SENAËVE, "De wijzigingen inzake familierecht en inzake familieprocesrecht door de wet van 6 juli 2017 (wet potpourri V)" in P. SENAËVE en G. VERSCHULDEN (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht 2017*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 289-291, (93) 168-169.

kan toekomen (cf. nr. 216). Uitsluitend in Duitsland geldt een samenwoningsvereiste tussen de zorgouder en ouder die evenwel voortvloeit uit de huwelijks samenwoningsplicht of de verplichting voor geregistreerde partners om een 'gezamenlijk huishouden' te vormen waarbij een samenwoning van de partners door de wetgever wordt verondersteld (cf. nr. 215). Op deze grondslag kan voor de zorgouder geen samenwoningsvereiste met de ouder van het kind voortvloeien aangezien de ouder en zorgouder niet gehuwd of wettelijk samenwonend moeten zijn om het statuut te verkrijgen (cf. nr. 228) én op wettelijk samenwonende partners bovendien geen samenwoningsplicht rust in het Belgische recht *de lege lata*.

Tevens is in geen van de andere reeds bestaande gezagsinstellingen zoals adoptie,<sup>795</sup> pleegvoogdij, voogdij of provoogdij een samenwoning van de zorgouder en de ouder verplicht (cf. nrs. 11, 17, 21 en 27).

Ten slotte geldt voor de verkrijging van het zorgouderschapstatuut geen samenwoningsplicht tussen de zorgouder en het kind (cf. nrs. 197-198) zodat kan worden verdedigd dat deze *a fortiori* niet hoeft te gelden tussen de ouder en de zorgouder. Oordelen in andere zin zou immers tot gevolg hebben dat de relatie tussen de ouder en de zorgouder een doorslaggevend criterium vormt bij de toekenning van het statuut, wat strijdt met de grondslag van het statuut die berust op het bestaan van een beschermenswaardig familieleven in de verticale relatie tussen de zorgouder en het kind.

233. Het feit dat geen samenwoningsvereiste geldt tussen de zorgouder en minstens een van beide ouders belet evenwel niet dat hun samenwoning toch mee in rekening wordt genomen als een element dat de vertrouwensrelatie tussen de zorgouder en minstens een van de ouders in kwestie kan bewijzen (cf. nrs. 223 e.v.). De rechtspraakanalyse van het EHRM toont immers aan dat de samenwoning van de zorgouder en de ouder een element vormt dat de bestendigheid van de partnerrelatie kan aantonen zodat deze als familieleven wordt beschouwd, voor zover althans nog andere elementen voorhanden zijn zoals het feit dat de partners een gezamenlijke

---

<sup>795</sup> Door de wet van 20 februari 2017 kan een 'voormalige partner' ook adopteren (cf. nr. 11).

huishouding voeren (cf. *Schalk en Kopf/Oostenrijk, Chapin en Charpentier/Frankrijk*) of dat ze zorg dragen voor elkaar en voor het kind van een van hen (cf. nr. 88, X. e.a./Oostenrijk, Gas en Dubois/Frankrijk). Bovendien blijkt uit de rechtsvergelijkende analyse dat niettegenstaande in, Nederland, Frankrijk en Engeland ook geen samenwoningsvereiste geldt voor de zorgouder en de ouder, de rechter bij de beoordeling van de wettelijke criteria van het verzoek toch de samenwoning tussen beiden in acht neemt (cf. nr. 216).

Er is sprake van 'samenwonen' wanneer uit de feiten blijkt dat de zorgouder en de ouder daadwerkelijk samenwonen onder hetzelfde dak omdat ze bijvoorbeeld de kosten delen voor voeding en verwarming, een gemeenschappelijke bankrekening hebben, enz. Irrelevant is of de zorgouder en ouder op hetzelfde adres zijn ingeschreven. Hun feitelijke samenwoning als uitdrukking van het engagement naar elkaar toe is doorslaggevend.

234. Zoals *supra* toegelicht kan het vermoeden van de vertrouwensrelatie dat ingevolge de samenwoning van de zorgouder en de ouder tot stand is gekomen worden weerlegd (cf. nr. 230).

### **§ 3. Vereiste van ouderlijk gezag in hoofde van de ouder met wie de zorgouder een vertrouwensrelatie heeft**

235. Opdat een persoon als zorgouder kan worden beschouwd is vereist dat hij een vertrouwensrelatie onderhoudt met een ouder die tevens *titularis* is van het ouderlijk gezag. De wijze waarop deze ouder het ouderlijk gezag *uitoefent* is niet relevant voor de erkenning van de feitelijke ouder in rechte als 'zorgouder'. Deze keuze is om de volgende redenen verantwoord.

236. Vooreerst vloeit deze vereiste voort uit het rechtsvergelijkende onderzoek en de vergelijking met reeds bestaande gezagsinstellingen.<sup>796</sup> Het rechtsvergelijkende onderzoek toont aan dat in Nederland, Duitsland, Frankrijk en onder bepaalde omstandigheden in Engeland eveneens het titularisschap van het ouderlijk gezag in hoofde van de ouder moet bestaan opdat bevoegdheden van het ouderlijk gezag aan de zorgouder kunnen toekomen (cf. nrs. 217 e.v.). Ook bij de voogdij is vereist dat de ouder

---

<sup>796</sup> zie ook in die zin Adv. RvS cf. nr. 130 e.v.

titularis is van het ouderlijk gezag. Slechts doordat de ouder geen opvoedende rol meer kan vervullen als titularis ontstaat de voogdij (cf. nr. 20). Dit geldt eveneens bij de provoogdij die maar ontstaat wanneer de ouder van het ouderlijk gezag ontzet is (cf. nr. 25). Daarentegen moeten de juridische ouders steeds toestemmen in de totstandkoming van een adoptie ongeacht of ze titularis zijn van het ouderlijk gezag. Dit verschil met de voogdij en de provoogdij kan worden verklaard doordat ingevolge een adoptie de oorspronkelijke afstammingsband vervangen wordt door een adoptieve afstammingsband (cf. nr. 10). Dezelfde regeling geldt bij de totstandkoming van een pleegvoogdij, wat voortvloeit uit het feit dat deze figuur geruime tijd binnen de adoptiecontext was geplaatst (cf. nr. 15).

Bovendien maakt de vereiste van het titularisschap duidelijk dat de ouderlijke bevoegdheden van de zorgouder gebaseerd zijn op het titularisschap van de ouder. Ouders zijn immers de eerste opvoedingsverantwoordelijken van hun kind dat ze moeten begeleiden in de uitoefening van zijn rechten (artt. 5 en 18 IVRK).<sup>797</sup> Bijgevolg mag de zorgouder niet de plaats innemen van de ouder binnen de opvoeding van het kind.

Tevens is het titularisschap van het ouderlijk gezag minder veranderlijk dan de uitoefening ervan dat bijvoorbeeld kan worden gewijzigd naar aanleiding van een relatiebreuk tussen de ouders. Als dusdanig vormt het titularisschap een meer standvastig uitgangspunt voor het zorgouderschapstatuut, wat in het belang van het kind, de zorgouder en de ouder(s) is.

Door ten slotte te vereisen dat het titularisschap in hoofde van de ouder bestaat wordt tevens voorkomen dat wanneer deze ouder (tijdelijk) verhinderd wordt om het gezag uit te oefenen, een persoon niet als

---

<sup>797</sup> S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, Den Haag, 1999, 115 e.v. en 294 e.v.; G. KAMCHEDZERA, "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, nrs. 36 en 41, (1) 21-22 en 24.



zorgouder kan worden erkend.<sup>798</sup> Een dergelijke situatie moet duidelijk worden onderscheiden van de gehele of gedeeltelijke ontzetting van de ouder van het ouderlijk gezag, waarbij deze het titularisschap van het ouderlijk gezag verliest (art. 32-33 Jeugdbeschermingswet - nrs. 25-30).<sup>799</sup> Omdat bij een ontzetting de ouder zelf aanleiding heeft gegeven tot omstandigheden die een dergelijke maatregel vereisen, is het bijgevolg gerechtvaardigd dat middels deze ouder het statuut niet aan de zorgouder kan toekomen.<sup>800</sup>

#### **§ 4. Vereiste van afwezigheid van een andere zorgouder in verhouding met de ouder met wie een vertrouwensrelatie bestaat en in wiens hoofde ouderlijk gezag bestaat**

237. Opdat een persoon als zorgouder kan worden erkend is vereist dat in de vertrouwensrelatie met de ouder in wiens hoofde ouderlijk gezag bestaat, niet reeds een andere persoon als zorgouder wordt beschouwd. Per ouder kan met andere woorden slechts één persoon als zorgouder worden erkend. Deze keuze kan als volgt worden verantwoord.

238. Met deze vereiste wordt allereerst beoogd opvoedingsconflicten te vermijden tussen verschillende zorgouders die tegelijkertijd optreden in hun verhouding met dezelfde ouder (cf. *infra* nr. 295). Dergelijke conflicten zijn immers nefast voor het kind dat nood heeft aan continuïteit in zijn opvoeding en duidelijkheid over de positie van de verschillende gezinsleden (cf. nrs. 158-159).

Bovendien wordt met deze vereiste het risico voorkomen dat verschillende zorgouders tegelijkertijd verschillende opvoedingswaarden- en principes hanteren bij de opvoeding van het kind, wat niet alleen nefast is voor het kind maar ook voor de positie van de zorgouder (cf. nr. 161).

---

<sup>798</sup> Zie over de voortdurende onmogelijkheid om het gezag uit te oefenen, de vaststelling van het vermoeden van afwezigheid (art. 112, § 1 BW) en de onbekwaamheid om het gezag uit te oefenen (art. 492/1, § 1, derde lid, 9° BW) 'overlijden van een ouder' deel V.

<sup>799</sup> Wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade, *BS* 15 april 1965, err. 19 mei 1965.

<sup>800</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 352, 267-268.

Tot slot toont de rechtsvergelijkende analyse eveneens aan dat, met uitzondering van Engeland, in alle landen slechts één zorgouder tegelijkertijd kan optreden (cf. nrs. 289 en 291). Dit geldt eveneens in het kader van reeds bestaande gezagsinstellingen zoals pleegvoogdij (cf. nr. 18), provoogdij (cf. nr. 26), voogdij of stiefouder-, partneradoptie (cf. nr. 12). Bij elk van deze gezagsinstellingen wordt de juridische ouder vervangen door een persoon die het kind feitelijk opvoedt. Dat bij de voogdij (cf. nr. 21) de rechter evenwel twee voogden kan aanduiden, zijnde een voogd over de goederen en een voogd over de persoon, is ingegeven vanuit de splitsing van de voogdijopdracht zodat deze voogden verschillende bevoegdheden uitoefenen.

### **HOOFDSTUK 3. Besluit**

239. Op grond van de bevindingen van de rechtspraakanalyse van het EHRM en het rechtsvergelijkende onderzoek wordt in dit proefschrift de stelling verdedigd dat een persoon op cumulatieve wijze aan de volgende drie materiële toepassingsvoorwaarden moet voldoen om als zorgouder te worden beschouwd:

- in de verticale relatie met het kind moet de zorgouder het kind *opvoeden of willen opvoeden* (cf. nrs. 199-204). Zodoende wordt niet alleen het reeds bestaand familieleven tussen de zorgouder en het kind beschermd maar ook het potentiële familieleven van een zorgouder die het kind naar de toekomst toe wil opvoeden of die het kind in het verleden steeds heeft opgevoed maar verhinderd wordt om dit verder te doen. De opvoedende rol van de zorgouder moet met andere woorden niet actueel van aard zijn. De vereiste van een opvoedende rol wordt niet gedefinieerd, maar als een open norm in de wet opgenomen. Op die manier kan met diverse handelingen van de zorgouder rekening worden gehouden om te oordelen of hij betrokken is in de opvoeding van het kind, alsook met de concrete opvoedingsomstandigheden. Het bewijs van de opvoedende rol in hoofde van de zorgouder kan met alle middelen van recht worden geleverd. Om dit bewijs evenwel te vereenvoudigen wordt een indicatieve lijst van criteria die wijzen op een opvoedende rol in de wet opgenomen, alsook

twee weerlegbare vermoedens waarbij de samenwoning van de zorgouder met het kind een belangrijke rol vervult. Ook in Nederland, Frankrijk en Engeland vormt de samenwoning een beoordelingselement voor de rechter zonder wettelijk verplicht te zijn. Tevens toont de rechtspraak van het EHRM aan dat de samenwoning van de zorgouder met het kind een van de elementen vormt die een daadwerkelijke beleving van hun relatie kan aantonen wat een noodzakelijke voorwaarde vormt om deze als familieleven te beschermen (cf. *Chepelev/Rusland*). Krachtens een eerste weerlegbaar vermoeden is sprake van een opvoedende rol in hoofde van de zorgouder wanneer hij en het kind verbonden zijn door een band van verwantschap én beiden samenwonen. In dat geval kan immers worden aangenomen dat de zorgouder de ouder helpt om het kind te begeleiden naar volwassenheid. Krachtens een tweede weerlegbaar vermoeden is sprake van een opvoedende rol in hoofde van de zorgouder wanneer hij gehuwd of wettelijk samenwonend is met de ouder én samenwoont met het kind. Alsdan kan worden verondersteld dat het engagement van de zorgouder zich niet beperkt tot zijn relatie met de ouder maar zich ook uitstrekt tot de relatie met diens kind zodat een gezamenlijk huishouden ontstaat waarbinnen de zorgouder het kind mee opvoedt.

- in de horizontale relatie met de ouders van het kind moet de zorgouder een *vertrouwensrelatie* onderhouden met minstens een van de ouders van het kind die tevens *titularis is van het ouderlijk gezag* (cf. nrs. 223-230 en 235-236). De vereiste van de vertrouwensrelatie vormt het draagvlak voor het zorgouderschapstatuut aangezien bij gebrek aan vertrouwen in de opvoedende rol van de zorgouder het statuut niet werkbaar is. De opvoeding van het kind veronderstelt immers een samenwerking of minstens een wisselwerking tussen de zorgouder en de ouder. Het vertrouwen van de ouder in de zorgouder moet dan ook actueel van aard zijn. De vertrouwensrelatie kan op algemene wijze worden omschreven als het bestaan van een feitelijke relatie in hoofde van minstens een van beide ouders van het kind met de zorgouder waaruit het vertrouwen van deze ouder blijkt in de opvoedende rol die de zorgouder waarneemt of wil waarnemen ten aanzien van het kind. Het

bestaan van de vertrouwensrelatie kan met alle middelen van recht worden bewezen. Om het bewijs evenwel te vereenvoudigen wordt een indicatieve lijst ter beschikking gesteld met criteria die wijzen op het voorhanden zijn van een vertrouwensrelatie tussen de zorgouder en minstens een van beide ouders. Tevens wordt op weerlegbare wijze het bestaan van een vertrouwensrelatie vermoed wanneer de zorgouder en ouder *gehuwd of wettelijk samenwonend* zijn aangezien dan kan worden aangenomen dat het engagement van de zorgouder naar de partner toe zich ook uitstrekt tot diens kinderen. Zijn de ouder en zorgouder verbonden door een *band van verwantschap* dan wordt eveneens vermoed dat een vertrouwensrelatie bestaat. Ook het EHRM hanteert de band van verwantschap tussen het kind en de zorgouder als een van de beoordelingslementen om hun relatie als familieleven te kwalificeren. Bovendien wordt dit vermoeden ondersteund door de Franse wetgever die ook uitsluitend voor personen zonder band van verwantschap een uitdrukkelijk bewijs van vertrouwen vereist. *Wonen de ouder en zorgouder samen* dan kan daaruit tevens het vermoeden van een vertrouwensrelatie worden afgeleid voor zover uit de feiten blijkt dat de samenwoning de uitdrukking vormt van een wederzijds engagement.

- in de horizontale relatie van de zorgouder en de ouder met wie hij een vertrouwensrelatie heeft en die titularis is van het ouderlijk gezag mag *niet reeds een andere persoon* als zorgouder erkend zijn (cf. nrs. 237-238). Elke ouder mag bijgevolg slechts door één zorgouder worden geholpen. Dit onder meer om opvoedingsconflicten tussen verschillende zorgouders die in hun verhouding met de ouder gelijktijdig optreden te voorkomen.

240. Hanteert de zorgouder de voormelde vermoedens, dan kunnen deze allen worden weerlegd door de tweede ouder van het kind (cf. nrs. 227-230). Vereist is dat deze tweede ouder titularis is van het ouderlijk gezag en zich verzet tegen de toekenning van het statuut aan de zorgouder. De tweede ouder zal dan met alle middelen van recht moeten bewijzen dat in hoofde van de zorgouder geen opvoedende rol bestaat of geen vertrouwensrelatie aanwezig is met de andere ouder. Daarvoor kan hij zoals de zorgouder beroep doen op de voornoemde indicatieve lijst van

elementen. Tevens kan een maatschappelijk onderzoek nuttig zijn om aan te tonen dat de zorgouder om andere redenen dan deze waarvoor het zorgouderschapsstatuut is ingegeven verzoekt om het statuut, dan wel helemaal geen betrouwbaar persoon is gelet op zijn levenswandel of de conflictueuze relatie met de andere ouder.

241. Uit geen van de materiële toepassingsvoorwaarden vloeit voort dat de zorgouder aan bepaalde leeftijdsvereisten moet voldoen. Aangezien een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm zoals een huwelijk of wettelijke samenwoning niet verplicht is voor de verkrijging van het statuut (cf. nr. 228), moet de zorgouder om die reden al niet meerderjarig zijn. Of evenwel een niet-ontvoogde minderjarige met voldoende onderscheidingsvermogen en een ontvoogde minderjarige als zorgouder kunnen optreden vergt een diepgaander onderzoek, al lijkt de huidige stand van het recht zich daar niet tegen te verzetten.<sup>801</sup> Een ontvoogde minderjarige ouder en een niet-ontvoogde minderjarige ouder met voldoende onderscheidingsvermogen kunnen immers zelf het ouderlijk gezag uitoefenen.<sup>802</sup> Tevens kunnen een ontvoogde minderjarige en een niet-ontvoogde minderjarige met voldoende onderscheidingsvermogen een kind erkennen wat een meer verregaande rechtshandeling uitmaakt door de vestiging van een afstammingsband.<sup>803</sup> Bijgevolg moet de verkrijging van het zorgouderschapsstatuut om ouderlijk gezag te kunnen uitoefenen *a fortiori* mogelijk zijn voor een ontvoogde of niet-ontvoogde minderjarige zorgouder met voldoende onderscheidingsvermogen. *Qui peut le plus, peut le moins.*

### **TITEL 3. Procedurele toepassingsvoorwaarden**

242. In titel drie van dit deel wordt onderzocht op welke wijze het statuut aan de zorgouder kan toekomen. Daartoe wordt eerst een

---

<sup>801</sup> Daarbij kan worden gedacht aan een oudere broer of zus die samen met zijn ouder zorg draagt voor zijn jongere broers en zussen.

<sup>802</sup> Cass. 10 december 1931, *Pas.* 1932, I, 4; P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1168, 352.

<sup>803</sup> Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2016, nr. 255; G. VERSCHULDEN, "Art. 328 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 2009, nrs. 3-4; G. VERSCHULDEN, *Afstamming* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 389, 245-246; zie daarover uitgebreid: T. QUIREYNS, "De erkenning en de instemming met de erkenning door een minderjarige", *T.Fam.* 2016/7, nrs. 7-13, (164) 166-168.

rechtsvergelijkende analyse doorgevoerd (hoofdstuk 1) waarbij telkenmale de *ratio* van de keuze gemaakt door de buitenlandse wetgever wordt toegelicht. Tevens wordt voor elk van de bestudeerde rechtsstelsels nagegaan welke rol de ouders, de zorgouder en het kind spelen bij de toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder. Vervolgens worden onder meer de rechtsvergelijkende resultaten aangewend bij de uitwerking van een verkrijgingswijze voor het zorgouderschapstatuut (hoofdstuk 2).

## **HOOFDSTUK 1.       Rechtsvergelijkende analyse**

243. Uit de rechtsvergelijkende analyse blijkt dat in Engeland de zorgouder ouderlijk gezag kan verkrijgen door een overeenkomst te sluiten met de ouders van het kind (afdeling 1). In Nederland, Frankrijk en onder bepaalde voorwaarden in Engeland is evenwel een tussenkomst van de rechter vereist op verzoek van de zorgouder en/of de ouders van het kind (afdeling 2), terwijl in Duitsland van rechtswege een beperkte vorm van ouderlijk gezag toekomt aan de zorgouder voor zover bepaalde voorwaarden voldaan zijn (afdeling 3).

### **AFDELING 1.   Via een geregistreerde overeenkomst**

244. In Engeland kan de zorgouder ouderlijk gezag verkrijgen door een overeenkomst (i.e. een *parental responsibility agreement*, hierna: *PRA*) te sluiten met de ouder met ouderlijk gezag die tevens zijn echtgenoot of geregistreerde partner is (s 4A(1)(a) CA 1989). Is de andere ouder van het kind ook titularis van het ouderlijk gezag dan moeten beide ouders toestemmen in de overeenkomst. Op die manier is de toestemming van maximaal drie personen vereist.<sup>804</sup> Deze mogelijkheid tot verkrijging van ouderlijk gezag werd voor zorgouders ingevoerd als een alternatief voor adoptie van het kind. Op die manier wordt tevens vermeden dat het

---

<sup>804</sup> R v E and F (Female Parents: Known Father) [2010] EWHC 417 (Fam); zie onder andere: F. BURTON, *Family law*, Routledge, Londen, 2015, 314; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 411-412; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 386-389.

ouderlijk gezag verdwijnt in hoofde van de ouders van het kind.<sup>805</sup> De Engelse wetgever heeft specifiek geopteerd voor het systeem van een overeenkomst vanuit de idee dat een procedure voor de rechtbank tijdrovend en duur is, alsook onnodig wanneer beide ouders van het kind toestemmen in de toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder.<sup>806</sup> Een overeenkomst maakt het tevens mogelijk voor de zorgouder om op een eenvoudige en snelle wijze verantwoordelijkheid op zich te nemen ten aanzien van het kind.<sup>807</sup> De erkenning van zorgouders wordt zodoende niet alleen vereenvoudigd maar ook versterkt.<sup>808</sup> Bovendien gaat de Engelse wetgever ervan uit dat bij een overeenkomst de partijen nagedacht hebben over de gevolgen ervan en over hoe het ouderlijk gezag moet worden uitgeoefend.<sup>809</sup> In de rechtsleer heerst onenigheid over de tussenkomst van de tweede ouder in de overeenkomst. Volgens bepaalde auteurs beschikt de tweede ouder op deze manier over een onderhandelingsmarge terwijl hij door de toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder zelf niet het gezag verliest.<sup>810</sup> Meerdere personen kunnen immers tegelijkertijd voor hetzelfde kind volwaardig titularis zijn van het ouderlijk gezag (s 2(5) CA 1989).<sup>811</sup> Andere auteurs zijn van oordeel dat de tussenkomst van de tweede ouder ingegeven is vanuit de gezamenlijke beslissingbevoegdheid van ouders met betrekking tot fundamentele opvoedingsbeslissingen. Al zijn deze auteurs er zich terdege van bewust dat de tussenkomst van de tweede ouder tot conflicten kan leiden zodat *de facto* allicht weinig overeenkomsten zullen worden gesloten.<sup>812</sup>

---

<sup>805</sup> Explanatory Notes to s 4A CA 1989.

<sup>806</sup> Great Britain. Parliament. House of Commons, *The Law Commission, Family Law. Review of Child Law, Guardianship and Custody*, 1988, para. 2.18 (hierna: 'Law Commission n°172').

<sup>807</sup> Research paper 01/33 23 March 2001. The Adoption and Children Bill (Bill 66 of 2000/2001), clauses 91-92, 26-27; Research paper 01/78 26 October 2001. The Adoption and Children Bill (Bill 34 of 2001/2002), clauses 106-107, 30-32.

<sup>808</sup> Appendix 25 to the Minutes of Evidence (Adoption and Children Bill) by J. MASSON, nr. 5.

<sup>809</sup> Appendix 20 to the Minutes of Evidence (Adoption and Children Bill) by Solicitors Family Law Association (SFLA), nr. 11.

<sup>810</sup> A. BAINHAM en S. GILMORE, *Children-The modern law*, 2004, 235; J. MASSON, R. BAILEY-HARRIS, R. PROBERT, *Principles of family law*, Londen, Sweet en Maxwell, 2008, nr. 17-045, 568-569.

<sup>811</sup> Zie daarover onder andere: J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 109.

<sup>812</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 388.

245. De *PRA* is een schriftelijke overeenkomst die moet worden aangegaan in een bij wet voorgeschreven C(PRA2)-formulier. Uit de voorbereidende werken blijkt dat bewust werd geopteerd voor een voorgeschreven formulier om de procedure meer formeel en weloverwogen te maken zodat de draagwijdte van de overeenkomst wordt benadrukt en alle betrokkenen zich daarvan bewust zijn. Tengevolge van de *PRA* zal de zorgouder immers als titularis van het ouderlijk gezag voorafgaandelijk aan belangrijke opvoedingsbeslissingen moeten worden geraadpleegd en zullen de ouders dus niet meer alleen dergelijke beslissingen kunnen nemen.<sup>813</sup> Aan de hand van dit formulier moeten de ouder(s) en de zorgouder zichzelf en het kind identificeren. Tevens moeten de ouder(s) aantonen dat ze titularis zijn van het ouderlijk gezag. De zorgouder dient te bewijzen dat hij een huwelijk of geregistreerd partnerschap is aangegaan met de ouder van het kind. Per kind moet een ander formulier worden ingevuld.<sup>814</sup> Het volstaat niet dat de ouder(s) en zorgouder hun toestemming verlenen door de overeenkomst te ondertekenen. Hun toestemming kan maar geldig worden gegeven in een lokale afdeling van de familierechtbank (ENG: '*a local office of the family court, or county court*') of in de centrale familierechtbank (ENG: '*Central Family Court*') te Londen in aanwezigheid van twee getuigen, zijnde één getuige voor elke ouder. Ook voor de toestemming van de zorgouder moet een getuige optreden. Uitsluitend justitiële medewerkers kunnen getuige zijn. Het gaat meer bepaald om een '*justice of the peace, a justices' clerk, an assistant to a justices' clerk*' of een '*court official who is*

---

<sup>813</sup> Law Commission n°172, para. 2.20.

<sup>814</sup> zie voor een voorbeeld formulier:

[https://formfinder.hmctsformfinder.justice.gov.uk/c\(pra002\)-eng.pdf](https://formfinder.hmctsformfinder.justice.gov.uk/c(pra002)-eng.pdf); formulier ingevoerd door: Parental Responsibility Agreement Regulations 1991 (SI 1991/1478) (hierna: 'PRAR 1991') zoals gewijzigd door Parental Responsibility Agreement (Amendment) Regulations 2005 (SI 2005/2808) en Parental Responsibility Agreement (Amendment) Regulations 2009 (SI 2009/2026) en meer specifiek formulier C (PRA2) en de '*Notes about the Step-Parent Parental Responsibility Form*' in Amendment SI 2009/2026, (1) 4-5; J. MASSON, R. BAILEY-HARRIS, R. PROBERT, *Principles of family law*, Londen, Sweet en Maxwell, 2008, nr. 17-038, 564; naar analogie met de regeling voor vaders: R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12-016, 269.



*authorised by the judge to administer oaths*". De getuigen moeten eveneens de overeenkomst ondertekenen.<sup>815</sup>

Vervolgens moet de overeenkomst worden geregistreerd in de centrale familierechtbank te Londen. De rechter stempelt op het formulier de zegel van de rechtbank en verzendt een kopie naar elke ondertekenaar.<sup>816</sup> De registratie van de overeenkomst is vooreerst ingegeven vanuit het beginsel dat het ouderlijk gezag niet ter vrije beschikking van de ouders staat en dus niet zonder een *court order* kan worden toegekend aan de zorgouder.<sup>817</sup> Bijgevolg is een rechterlijke tussenkomst vereist opdat de overeenkomst rechtsgevolgen zou ressorteren en dus dezelfde gevolgen als een *court order* zou hebben.<sup>818</sup> Bovendien maakt een registratie de overeenkomst openbaar<sup>819</sup> en de procedure formeler zodat het belang van de PRA wordt benadrukt bij de ouders en de zorgouder.<sup>820</sup> Middels de registratie kan de rechtbank ten slotte nagaan of de ouders en de zorgouder de draagwijdte en de gevolgen van de overeenkomst ten volle begrijpen en of ze dus bekwaam zijn om de overeenkomst te sluiten.<sup>821</sup> De rechtbank controleert evenwel niet waarom de overeenkomst wordt gesloten en of daarmee de belangen van het kind worden gediend.<sup>822</sup>

## **AFDELING 2. Via rechterlijke beslissing**

246. In wat volgt wordt onderzocht om welke redenen de wetgever in Nederland, Frankrijk en Engeland gekozen heeft voor een gerechtelijke procedure om aan de zorgouder ouderlijk gezag toe te kennen (§ 1). Tevens

---

<sup>815</sup> Zie onder andere: S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 392 en 411; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 372 en 388.

<sup>816</sup> s 3(1) PRAR 1991.

<sup>817</sup> Law Commission n°172, para. 2.12-2.13.

<sup>818</sup> Law Commission n°172, para. 2.18.

<sup>819</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 392 en 411; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 372-373 en 388.

<sup>820</sup> Law Commission n°172, para. 2.20.

<sup>821</sup> Law Commission n°172, para. 2.19.

<sup>822</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 373 en 388; zie ook in die zin: L. LESTIENNE-SAUVÉ, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Parijs, LGDJ, 2013, nr. 58, 48-49.

wordt onderzocht over welke bevoegdheden de rechter beschikt binnen deze procedure (§ 2) en wat de rol is die het kind daarin vervult (§ 3).

### § 1. *Ratio*

247. Zowel in Nederland, Frankrijk als onder bepaalde voorwaarden in Engeland is een beslissing van de rechter vereist opdat ouderlijk gezag kan toekomen aan de zorgouder omwille van het openbare orde karakter ervan. Bijgevolg kunnen ouders niet vrij beschikken over dit gezag.<sup>823</sup>

Bovendien had de wetgever in Nederland de situatie voor ogen dat een verzoek om gezamenlijke gezagsuitoefening door de zorgouder en ouder gelijktijdig of kort na de echtscheidingsbeslissing zou worden ingediend. Bijgevolg lag het voor de hand dat de rechter die de echtscheiding heeft uitgesproken en om die reden kennis heeft van de gezagsregeling na echtscheiding, zich ook uitspreekt over het verzoek op grond van art. 1:253t NBW. Dit verzoek vertoont tevens gelijkenissen met verzoeken tot opheffing van het gezamenlijk ouderlijk gezag.<sup>824</sup> Ook in Engeland ging de wetgever uit van een conflictsituatie om de rechterlijke tussenkomst nog verder te rechtvaardigen. Met name wanneer de ouder niet toestemt in de verkrijging van het ouderlijk gezag door de zorgouder via een overeenkomst (*PRA*) dan kan de zorgouder de rechter verzoeken om een *parental responsibility order* (hierna: *PRO*).<sup>825</sup>

---

<sup>823</sup> **Nederland:** ASSER/DE BOER, *1\* Personen- en familierecht*, 2010, nr. 819 (bijgewerkt tot 1 maart 2010); M. ANTOKOLSKAIA, "Parenting in step-parent families: legal status versus de facto roles", *CFLQ* 2015/3, (271) 273; M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA en M. TOMASSEN-VAN DER LANS, "Gezag" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (255) 255;

**Frankrijk:** (art. 376 Cc); Assemblée Nationale, rapport 2 april 1970 relative à l'autorité parentale et portant réforme de différentes dispositions du Code civil concernant le droit de la famille par M. TISSERAND, nr. 1032, 47, ('rapport TISSERAND'); rapport LEONETTI, oktober 2009, (1) 65-66; P. BLANC, *Les enfants maltraités ou moralement abandonnés*, Parijs, Chevalier-Maresq, 1889, 40; P. COURBE en A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Parijs, Sirey, 2013, nr. 1355, 506; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: définition, sources et nature" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 232.33, (945) 949-950; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 2; P. SALVAGE-GEREST, "Fasc. 935: L'autorité parentale", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 2012), nr. 104;

**Engeland:** Law Commission n°172, para. 2.13.

<sup>824</sup> Memorie van Toelichting, TK 1993-94, 23714/3, 7.

<sup>825</sup> Law Commission n°172, para. 2.18.

## § 2. Bevoegdheid van de rechter

248. Opdat het verzoek tot toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder wordt ingewilligd, voert de rechter in Nederland, Frankrijk en Engeland een legaliteits- en een opportuniteitscontrole uit. In het kader van de legaliteitscontrole gaat de rechter na of aan alle wettelijke voorwaarden voldaan is (A), terwijl in het kader van de opportuniteitscontrole de rechter een belangenafweging doorvoert waarbij het belang van het kind een centrale plaats inneemt (B). Het belang van het kind vormt in alle bestudeerde rechtsstelsels het leidende beginsel in de procedure voor de rechtbank.

### A. Legaliteitscontrole

249. In het kader van de legaliteitscontrole moet de rechter in Nederland nagaan of een 'nauwe persoonlijke betrekking' aanwezig is tussen de zorgouder en het kind. Aangezien de rechter deze term invult aan de hand van de concrete omstandigheden van de voorliggende situatie beschikt hij over een ruime mate van appreciatiebevoegdheid. Zoals reeds toegelicht kan de rechter in dit kader onder meer de samenwoning van de zorgouder met het kind in acht nemen (cf. nr. 189),<sup>826</sup> alsook de opvoedende rol die de zorgouder vervult ten aanzien van het kind (cf. nr. 192).<sup>827</sup> Heeft het kind twee juridische ouders dan moeten bovendien de ouder en de zorgouder op de dag van het verzoek gedurende minstens een jaar voorafgaand aan het verzoek het kind gezamenlijk verzorgd hebben én moet de ouder reeds gedurende minstens drie jaar alleen titularis van het ouderlijk gezag zijn (cf. nrs. 191 en 218) (art. 1:253t, tweede lid NBW). Het feit dat de verzorgingstermijn van een jaar vervuld is, betekent evenwel niet dat de rechter verplicht is om het bestaan van een nauwe persoonlijke betrekking te aanvaarden.<sup>828</sup> Bovendien toont rechtspraak aan dat bij de beoordeling van de driejarige termijn de rechter over appreciatiebevoegdheid beschikt.

---

<sup>826</sup> Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AV3146, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl); Rb. 's-Gravenhage 21 februari 2007, LJN BA1796, *FJR* 2007, 81, noot I. J. PIETERS.

<sup>827</sup> Rb. Arnhem 1 januari 2009, nr. 183468, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl); Rb. Maastricht 7 april 2010, nr. 144775/FA RK 09-1403, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), ov. 3 en 4.

<sup>828</sup> Nota naar aanleiding van het nader verslag, *TK* 1996-97, 23714/11, 5; HR 23 juni 1995, *NJ* 1996, nr. 17.

Zo werd de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag reeds toegekend aan een moeder en een zorgouder, niettegenstaande de moeder op het ogenblik van het verzoek nog niet tenminste drie jaar alleen titularis van het ouderlijk gezag was en haar terminale ziekte bovendien verhinderde dat zij ooit deze termijn zou doorlopen. Uitgaande van de *ratio* van de driejarige termijn (cf. nr. 218) was de rechter van oordeel dat de gezamenlijke gezagsuitoefening door de ouder en de zorgouder de bestending vormde van een feitelijke situatie die reeds geruime tijd bestond en waarbij de moeder *de facto* reeds alleen het gezag uitoefende. Het verzoek betrof dus evenmin een lichtzinnig gebruik van art. 1:253t NBW.<sup>829</sup>

In Frankrijk moeten de ouders bij de legaliteitscontrole bewijzen dat ze een juridische afstammingsband met het kind hebben, en dat ze als titularis van het ouderlijk gezag dit gezag ook daadwerkelijk uitoefenen. Deze vereisten laten weinig ruimte voor appreciatie door de rechter.<sup>830</sup> Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van de overdracht daarentegen beschikt de rechter over een ruime appreciatiebevoegdheid.<sup>831</sup> Het verzoek tot overdracht van (bestanddelen van) het ouderlijk gezag moet immers gerechtvaardigd zijn wegens 'uitzonderlijke omstandigheden' (FR: FR: *'lorsque les circonstances l'exigent'*) die de ouders moeten bewijzen en die de overdracht noodzakelijk maken.<sup>832</sup> Zoals vermeld kan de rechter in deze context rekening houden met onder meer de samenwoning van de zorgouder en het kind en de rol die de zorgouder vervult in de opvoeding van het kind

---

<sup>829</sup> Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ9963, *RFR* 2011/116, noot; zie ook: Rb. Noord-Holland 4 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:1820, ov. 5.3.

<sup>830</sup> Moet de rechter daarentegen een verzoek om een gedwongen overdracht beoordelen (art. 377, tweede lid Cc) dan beschikt hij wel over een ruime appreciatiebevoegdheid aangezien de verzoekende zorgouder moet bewijzen dat een manifeste desinteresse bestaat voor de opvoeding van het kind in hoofde van de ouders of dat ze zich in de onmogelijkheid bevinden om het ouderlijk gezag uit te oefenen. Beide situaties betreffen feitenkwesties (C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 41-50; P. SALVAGE-GEREST, "Fasc. 935: L'autorité parentale", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 2012), nr. 103).

<sup>831</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 12.

<sup>832</sup> TGI Versailles 6 april 2004, *JurisData* n° 2004-247619; *AJF* 2004, 361: "En l'espèce, il n'est nullement démontré que les parents connaissent des circonstances nécessitant qu'ils délèguent leur autorité parentale. ... Il convient en conséquence de rejeter la demande."

(cf. nrs. 189 en 192). Ook de vraag of de zorgouder een 'betrouwbaar persoon' is, is een feitenkwestie die voortvloeit uit onder andere gevoelens van genegenheid tussen de betrokkenen of regelmatige contacten,<sup>833</sup> waarbij uiteindelijk de rechter op soevereine wijze oordeelt of aan deze vereiste voldaan is.<sup>834</sup>

Ook in Engeland kan de rechter bij de legaliteitscontrole van een verzoek beschikken over een zekere mate van appreciatiebevoegdheid afhankelijk van de *order* waarom wordt verzocht. Zo beschikt de rechter over geen appreciatiebevoegdheid wanneer de zorgouder verzoekt om een *PRO* doordat de ouder weigerde een overeenkomst (i.e. *PRA*) met hem te sluiten tot toekenning van het ouderlijk gezag. De zorgouder moet dan de weigering van de ouder bewijzen, alsook dat hij de echtgenoot of geregistreerde partner is van de ouder met ouderlijk gezag (s 4A(1)(b) CA 1989). De rechter beschikt evenwel over een zekere appreciatiebevoegdheid wanneer de zorgouder verzoekt om toekenning van ouderlijk gezag via een *CAO* (cf. nr. 189). In dat geval moet de rechter in het kader van de legaliteitscontrole beoordelen of de zorgouder als (voormalige) echtgenoot of geregistreerde partner van de ouder diens kind behandeld heeft alsof het zijn eigen kind was (ENG: '*child of the family*') (s 10(5)(a), (aa) *juncto* s 105(1) CA 1989). Is de verzoekende zorgouder evenwel een derde dan moet de rechter oordelen of de zorgouder gedurende minstens drie jaar samengewoond heeft met het kind (s 10(5)(b) CA 1989). Het betreft een samenwoning van minstens een jaar wanneer de zorgouder een familielid is die een via *CAO* verzoekt dat het kind bij hem zal wonen (s 10(5B), (5C) CA 1989) (cf. nr. 189). Aangezien de wet geen omschrijving bevat van het begrip 'samenwonen' en evenmin verdere voorwaarden daaraan oplegt, beschikt de rechter dienaangaande over een zekere appreciatiebevoegdheid.

---

<sup>833</sup> CA Lyon 16 november 2004, RG 03/05867, [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr): tante; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.204, (969) 1021; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale - Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 18-20.

<sup>834</sup> A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Parijs, LGDJ, 2010, nr. 480, 249; Y. BUFFELAN-LANORE en V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil: introduction-biens-personnes-famille*, Parijs, Sirey, 2011, nr. 2228, 929; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.204, (969) 1021; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale - Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* 2010 (bijgewerkt tot 2010), nr. 20.

De rechter beschikt daarentegen over een grote mate van appreciatiebevoegdheid wanneer de zorgouder op geen van de voorgaande gronden kan verzoeken om een CAO en de rechter bijgevolg om een machtiging moet vragen (s 10(1)(a)(ii) *juncto* s 10(9) CA 1989)<sup>835</sup>.<sup>836</sup> Binnen het kader van het verzoek tot machtiging controleert de rechter onder andere of tussen de zorgouder en het kind een band (ENG: 'connection') bestaat (s 10(9)(b), (c) CA 1989) en of een toekenning van de *order* het leven van het kind zou kunnen verstoren.<sup>837</sup> Deze ruime appreciatiebevoegdheid bestaat ook wanneer de rechter het verzoek om een SGO beoordeelt. De wet vereist immers uitsluitend dat de verzoekende zorgouder meerderjarig is en niet de ouder van het kind is (s 14A(2) CA 1989), en somt verder geen omstandigheden op waarbinnen deze *order* van toepassing is. Het komt bijgevolg volledig aan de rechter toe om in het licht van de *ratio legis*<sup>838</sup> van een SGO te oordelen of voor deze *order* moet worden gekozen of voor een meer verregaande *adoption order* (cf. nr. 180).<sup>839</sup> Dezelfde vaststelling kan worden gedaan bij het verzoek om een EPO (cf. nr. 180). Krachtens s44(1)(a) CA 1989 moet de rechter oordelen of er redelijkerwijs kan worden aangenomen dat het kind in een gevaarlijke situatie dreigt terecht te komen wanneer het zijn huidige woonplaats niet

---

<sup>835</sup> Zie bv. X Local Authority, M and GM and K, [2010] EWMC 73 (FPC): Een grootmoeder verkreeg een CAO (voor inwerkingtreding van de Children and Family Act 2014 op 22 april 2014 een 'residence order') zodat het kind bij haar zou kunnen worden geplaatst ten behoeve van zijn opvoeding; zie voor een machtiging aan ex-partner van de meemoeder van het kind: Re A (a child: Application for leave to apply for a child arrangements order), 2015 EWFC 47, [www.bailii.org](http://www.bailii.org).

<sup>836</sup> F. BURTON, *Family law*, Routledge, Londen, 2015, 399-401; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 479-482 e.v.; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 514-515; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nrs. 13.006-13.008, 289-290.

<sup>837</sup> Re E-R (a child) [2015] EWCA Civ 405, 2015 WL 1838990; Re A (A Child: Joint Residence/Parental Responsibility) [2008] EWCA Civ 867; Re E-R (Child Arrangements) [2016] EWHC 805 (Fam): CAO toegekend aan een bevriend koppel van de moeder die na haar overlijden het kind hebben opgevoed en bij wie het kind nog steeds inwoont; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 516-518; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 13.009, 290-291.

<sup>838</sup> De *special guardianship order* is een order die gecreëerd is om de opvoedingssituatie te bestendigen van kinderen die door hun familie of derden worden opgevoed en die niet kunnen terugkeren naar hun ouders, zonder evenwel de banden met hun familie te doorbreken zoals bij een adoptie. Een SGO verschaft met andere woorden een meer permanente status aan de zorgouder als opvoeder.

<sup>839</sup> Re S (Adoption Order or Special Guardianship Order) [2007] EWCA Civ 54, [2007] 1 FLR 819, ov. 47.

verlaat of omgekeerd niet blijft in zijn huidige woonplaats.<sup>840</sup> De zorgouder kan met alle mogelijke informatie het risico op een gevaarlijke situatie voor het kind bewijzen.

#### B. Opportuniteitscontrole

250. In het kader van de opportuniteitscontrole toetst de rechter in Nederland op concrete wijze het verzoek om een gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag aan het belang van het kind. Om te bepalen wat dit belang precies inhoudt kan de rechter in elke stand van het geding de Raad voor de kindbescherming vragen om advies (art. 810, eerste lid Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering, hierna: 'Rv'). De Raad kan ook zelf uit eigen beweging de rechter adviseren (art. 810, tweede lid Rv).<sup>841</sup> Wenst een ouder het advies van de Raad te betwisten dan kan hij of zij de rechter verzoeken om een tegenonderzoek door een deskundige die de rechter niet heeft aangeduid. De rechter zal het rapport moeten toestaan voor zover het een vraag behandelt die relevant is voor de oordeelsvorming en het belang van het kind zich daartegen niet verzet (art. 810a, eerste lid Rv).<sup>842</sup> Heeft het kind twee juridische ouders, dan betreft de rechter in de belangenafweging niet alleen de belangen van het kind maar ook de belangen van de andere juridische ouder.<sup>843</sup> Deze andere ouder moet als belanghebbende in de procedure (art. 798 Rv) worden gehoord. Indien hij of zij bezwaren maakt tegen de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag door de ouder en de zorgouder, dan moet de rechter niet noodzakelijk het verzoek afwijzen.

---

<sup>840</sup> Bijvoorbeeld het kind wordt mishandeld in zijn huidige woonplaats.

<sup>841</sup> R. Y. NAUTA, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 810 Rv, nrs. 2-3 (bijgewerkt tot en met 29 mei 2017).

<sup>842</sup> R. Y. NAUTA, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 810a Rv, nrs. 1-2 (bijgewerkt tot en met 29 mei 2017).

<sup>843</sup> Amendement DE VRIES en DITTRICH, *TK 1996-97, 23714/25*; M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA en M. TOMASSEN-VAN DER LANS, "Gezag" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familie recht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (255) 265; M. J. C. KOENS, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:253t NBW, nr. 4 (bijgewerkt tot en met 1 juli 2017); R. ODINK, *Het ouderlijk gezag ontwikkeld*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2013, 24; E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen in Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 39-40; M. VONK, "Enige overdenkingen bij de voorgestelde wijziging van art. 1:235o en de positie van de opvoeder niet-ouder", *FJR* 2005, nr. 13, (34) 35; S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Personen- en familie recht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 131, 234.

De enkele bezwaren van de tweede ouder zijn daarvoor ontoereikend.<sup>844</sup> Eveneens ontoereikend voor een afwijzing van het verzoek is de vaststelling dat de omgangsregeling tussen de tweede ouder en het kind vlot verloopt dan wel eerder stroef.<sup>845</sup> Uitsluitend wanneer de naar voren gebrachte bezwaren een gegronde vrees doen ontstaan dat de belangen van het kind zullen worden verwaarloosd door het betrekken van de zorgouder in de uitoefening van het gezag, dient het verzoek tot gezamenlijke uitoefening te worden afgewezen (art. 1:253t, derde lid NBW).<sup>846</sup> De belangen van de andere ouder om een goede band te onderhouden met zijn kind worden met andere woorden in acht genomen bij de beoordeling van de belangen van het kind.<sup>847</sup> In het kader van de opportuniteitstoets beschikt de rechter dus over een ruime mate van appreciatiebevoegdheid.

Hetzelfde besluit geldt in Frankrijk. De rechter zal slechts het verzoek van de ouder(s) tot overdracht van bestanddelen van het ouderlijk gezag aan de zorgouder toewijzen voor zover de overdracht het belang van het kind dient.<sup>848</sup> De tussenkost van de rechter wordt daarbij opgevat als een noodzakelijke tussenkost om het belang van het kind te bewaken in het kader van de overdracht, aangezien de ouders omwille van hun eigen belangen niet steeds in staat zijn om op objectieve wijze het belang van hun kind te behartigen. Bijgevolg voert de rechter een belangenafweging door waarin hij onder meer de belangen van de ouders, de zorgouder en het kind betreft, alsook de concrete omstandigheden van de opvoedingssituatie in acht neemt.<sup>849</sup> Zo overwoog het Hof van Cassatie dat een gedeelde overdracht niet noodzakelijk het belang van het betrokken kind dient

---

<sup>844</sup> Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2000, *FJR* 2001, 41; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253t NBW, aant. 6 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016).

<sup>845</sup> HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 514; Nota naar aanleiding van het verslag, *TK* 1996-97, 23714/11, 5-6; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253t NBW, aant. 6 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016).

<sup>846</sup> Rb. Amsterdam 5 juni 2002, *EB* 2003, 11 (loyaliteitsconflict in hoofde van het kind); R. ODINK, *Het ouderlijk gezag ontwikkeld*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2013, 24.

<sup>847</sup> Memorie van Antwoord, *EK* 1996-97, 23714/238b, 3; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253t NBW, aant. 6 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016); E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius* 139, Deventer, Kluwer, 2008, 39-40.

<sup>848</sup> Dit geldt eveneens bij een gedwongen overdracht; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 3, 10 en 17.

<sup>849</sup> L. LESTIENNE-SAUVÉ, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Parijs, LGDJ, 2013, nr. 119, 90-91.



wanneer niet kan worden aangetoond dat de overdracht van (delen van) het ouderlijk gezag de levensomstandigheden en opvoeding van het kind ten goede zullen komen.<sup>850</sup> Om het belang van het kind in de gegeven situatie te concretiseren kan de rechter verscheidene deskundigenonderzoeken bevelen, zoals een medisch, psychiatrisch of maatschappelijk onderzoek en dit zowel ten aanzien van het kind als ten aanzien van de zorgouder (art. 1205 Code de procédure civile, hierna: CPC).<sup>851</sup> Ook kan hij elke persoon horen van wie hem dit nuttig voorkomt (art. 27 CPC en art. 1208, eerste lid CPC) of wiens belangen door de rechterlijke beslissing kunnen worden aangetast.<sup>852</sup>

In Engeland zal de rechter eveneens een *order* maar toewijzen voor zover deze het belang van het kind dient. Het belang van het kind (ENG: '*the child's welfare*') moet de voornaamste overweging (ENG: '*the court's paramount consideration*') vormen voor de rechter wanneer hij oordeelt over de opvoeding van het kind of diens goederenbeheer (s 1(1) CA 1989).<sup>853</sup> Om de rechter evenwel te helpen bij het concretiseren van dit belang alsook om meer consistentie te brengen binnen de ruime appreciatiebevoegdheid van rechters in zaken met betrekking tot kinderen, werd op voorstel van de *Law Commission* een *welfarechecklist* in de wet opgenomen.<sup>854</sup> Deze *welfarechecklist* bevat een aantal niet-limitatieve elementen aan de hand waarvan de rechter het belang van het kind in de voorliggende

---

<sup>850</sup> Cass. 8 juli 2010, n°09-12.623, *Bull.civ.*, I, n°158 (eigen onderlijning): "*enfin, que Mmes X... et Y... ne démontraient pas en quoi l'intérêt supérieur des enfants exigeait que l'exercice de l'autorité parentale soit partagé entre elles et permettrait aux enfants d'avoir de meilleures conditions de vie ou une meilleure protection quand les attestations établissaient que les enfants étaient épanouis, la cour d'appel a pu déduire de ces énonciations et constatations qu'il n'y avait pas lieu d'accueillir la demande dont elle était saisie ; que le moyen ne peut être accueilli...*"

<sup>851</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisqueur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 81.

<sup>852</sup> J. HÉRON en Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Parijs, Montchrétien, 2015, nr. 562, 449-450; Ph. HOONAKKER, "Procédure gracieuse" in S. GUINCHARD (ed.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Parijs, Dalloz, 2014, nr. 322.32-322.33, (835) 837-838.

<sup>853</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 455-457; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 397-399; J. M. SCHERPE, "Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View" in R. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, (43) 52.

<sup>854</sup> Law Commission n°172, para. 3.17-3.21; zie daarover: S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 460; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 400.

opvoedingssituatie kan invullen (s 1(3) CA 1989). De rechter *moet* gebruik maken van deze lijst bij de beoordeling van een betwist verzoek om een CAO of bij de beoordeling van een verzoek om een SGO (s 1(4) CA 1989), al kan hij de lijst ook hanteren bij de beoordeling van een *PRO* of *EPO*.<sup>855</sup> In de *welfarechecklist* wordt onder meer verwezen naar de wensen en gevoelens van het kind, diens fysieke en emotionele behoeftes, diens achtergrond, leeftijd en geslacht. Om informatie over deze elementen te verkrijgen kan de rechter beroep doen op een deskundige zoals een *CAFCASS officer* die dan een welzijnsrapport opstelt (s7(1) CA 1989) waarin hij de partijen en het kind interviewt over het voorliggende verzoek (cf. *infra* nr. 260).<sup>856</sup> Verder moet de rechter in het kader van de opportuniteitscontrole ook nagaan of het toekennen van de *order* beter is dan helemaal geen *order* toekennen (s 1(5) CA 1989) (i.e. '*no order principle*'). Met deze bepaling wil de wetgever voorkomen dat rechters automatisch *orders* toekennen ook wanneer dit niet noodzakelijk is omdat de partijen bijvoorbeeld zelf een overeenkomst kunnen bereiken.<sup>857</sup>

251. Opdat de rechter zich over het verzoek kan uitspreken is vereist dat de zaak bij hem aanhangig wordt gemaakt. In Nederland moeten de juridische ouder<sup>858</sup> die alleen titularis is van het ouderlijk gezag en de zorgouder daartoe samen een verzoek indienen bij de rechter om gezamenlijk met het ouderlijk gezag te worden belast (art. 1:253t, eerste lid NBW). Rechtspraak toont evenwel aan dat eerder soepel met deze ontvankelijkheidsvoorwaarde wordt omgegaan.<sup>859</sup> Bovendien is bepaalde

---

<sup>855</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 460-461; J. HERRING, *Family law*, Londen, Pearson, 2015, 448-450; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 401-402.

<sup>856</sup> J. HERRING, *Family law*, Londen, Pearson, 2015, 521-522.

<sup>857</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 461.

<sup>858</sup> P. VLAARDINGERBROEK e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2017, nr. 9.2.4, 386; S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 131, 233.

<sup>859</sup> Zie onder andere: Rb. Assen 3 november 2010, nr. 81894/FA RK 10-2533, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl): Volgens de rechtbank was het verzoek tot gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag ingediend door de Raad voor de Kinderbescherming onontvankelijk. De vader en de grootmoeder langs moederszijde hadden evenwel de uitdrukkelijke wil om gezamenlijk het gezag uit te oefenen. Aangezien deze wil overeenkwam met het door de Raad ingediende verzoek en het belang van het kind daarmee onmiskenbaar was gediend, aanvaardde de rechtbank uiteindelijk dat het verzoek gedaan was door de vader en de grootmoeder.

rechtspraak van oordeel dat deze voorwaarde in strijd is met art. 6, eerste lid EVRM omdat het een ongeoorloofde beperking van het recht op toegang tot de rechter uitmaakt in hoofde van de zorgouder.<sup>860</sup> Wanneer de zorgouder immers alleen een verzoek zou indienen bij de rechter om samen met de ouder met het ouderlijk gezag te worden belast, zou zijn verzoek onontvankelijk worden verklaard zodat hij zijn recht op familielevens in de zin van art. 8 EVRM niet in rechte kan laten vaststellen.<sup>861</sup> Hierover bestaat evenwel geen eensgezindheid.<sup>862</sup>

In Frankrijk daarentegen moeten krachtens een letterlijke lezing van art. 377, eerste lid Cc de juridische ouders van het kind die tevens het ouderlijk gezag uitoefenen samen de rechter verzoeken om de overdracht

---

<sup>860</sup> Rb. Groningen 20 juni 2006, 78265/ FA RK 05-582, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), ov. 4-8; zie eveneens in hoger beroep Gerechtshof Leeuwarden 3 augustus 2007, nr. 0500344 en 0600654: Volgens het Hof is de wetgever nalatig geweest in deze materie aangezien enerzijds de zorgouder die samen met de juridische ouder een geregistreerd partnerschap heeft aangegaan recht heeft op een gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag jegens het kind, maar anderzijds niet zelfstandig daarom kan verzoeken. Bijgevolg wordt in tweede aanleg het verzoek eveneens ontvankelijk verklaard; zie daarover: M. R. DE BOORDER en A. HEIDA, "Enkele ontwikkelingen in het gezagsrecht", *EB* 2007, (78) 81-82.

<sup>861</sup> Rb. Groningen 20 juni 2006, 78265/ FA RK 05-582, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), ov. 4-8; zie eveneens in hoger beroep Gerechtshof Leeuwarden 3 augustus 2007, nr. 0500344 en 0600654: Volgens het Hof is de wetgever nalatig geweest in deze materie aangezien enerzijds de zorgouder die samen met de juridische ouder een geregistreerd partnerschap heeft aangegaan recht heeft op een gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag jegens het kind, maar anderzijds niet zelfstandig daarom kan verzoeken. Bijgevolg wordt in tweede aanleg het verzoek eveneens ontvankelijk verklaard; zie daarover: M. R. DE BOORDER en A. HEIDA, "Enkele ontwikkelingen in het gezagsrecht", *EB* 2007, (78) 81-82.

<sup>862</sup> Gerechtshof Arnhem 18 oktober 2005, nr. 358/2005, *RFR* 2006, 6; *EB* 2006, 8: Het Gerechtshof weigert een analoge toepassing te maken van het arrest van de Hoge Raad d. d. 27 mei 2005 (*NJ* 2005, 485) waarin werd geoordeeld dat het feit dat een juridische vader niet eenzijdig kan verzoeken om gezamenlijke uitoefening van het gezag een beperking van zijn recht op toegang tot de rechter in de zin van art. 6, eerste lid EVRM uitmaakt; ook in die zin en dus afwijzing van het verzoek ingediend door de zorgouder alleen: Rb. Oost-Brabant 14 juli 2017, *ECLI:NL:RBOBR:2017:3906*, via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl): "Omdat de man niet in familierechtelijke betrekking staat tot [minderjarige X] en derhalve geen juridisch ouder is en ook geen biologisch ouder, kan hij ook geen aanspraak maken op 'the exercise of parental rights' en kan hij als gevolg daarvan langs deze weg geen toegang tot de rechter bewerkstelligen. Artikel 8 EVRM gaat niet zover dat het enkele feit dat er tussen een niet-ouder en een kind 'family life' bestaat, de niet-ouder aan dit artikel een recht op gezamenlijk gezag kan ontnemen. De rechtbank wijst op het gelijklopende arrest van gerechtshof Arnhem van 18 oktober 2005 (*ECLI:NL:GHARN:2005:AU4705*). In dit arrest is overigens ook nog opgemerkt dat indien het gezamenlijk gezag wel onderdeel uitmaakt van het family life als bedoeld in artikel 8 lid 1 EVRM dan nog niet kan worden geoordeeld dat de regel dat de sociale ouder alleen op gezamenlijk verzoek met de met het gezag belaste ouder om het gezamenlijk gezag over het kind kan vragen in strijd is met artikel 8 lid 1 EVRM."

van (bestanddelen van) het ouderlijk gezag aan de zorgouder. De rechterlijke tussenkomst is vereist om rechtsgevolgen te verbinden aan de wilsovereenstemming tussen de ouders met betrekking tot de overdracht. Het ouderlijk gezag is immers van openbare orde en als dusdanig onbeschikbaar (art. 376 Cc).<sup>863</sup> Niettegenstaande de wet geen vormvereisten oplegt aan de wilsovereenstemming tussen de ouders, is een schriftelijk document aangewezen als bewijsmiddel.<sup>864</sup> Wanneer een ouder evenwel op exclusieve wijze het ouderlijk gezag uitoefent, volstaat diens toestemming in de overdracht en moet de andere ouder op basis van zijn recht op toezicht louter geïnformeerd worden (art. 373-2-1, derde lid Cc). De ouder die het gezag uitoefent kan zich dus alleen tot de rechtbank wenden voor een overdracht van (bestanddelen van) zijn ouderlijk gezag.<sup>865</sup> Het komt in dat geval aan de rechter toe om na te gaan of de ouder die een recht op toezicht heeft daadwerkelijk op de hoogte werd gebracht van het verzoek. Is deze ouder akkoord met het verzoek dan spreekt de rechter de overdracht uit voor zover het belang van het kind daarmee gediend is. Verzet de tweede ouder zich evenwel dan heeft de rechter een zekere beoordelingsvrijheid. Zo kan hij de overdracht toekennen in het voordeel van de verzetdoende ouder, voor zover deze daarom verzocht heeft en daartoe bekwaam is, of kan hij over het verzet van deze ouder heenstappen in het belang van het kind en toch de overdracht toekennen aan een derde.<sup>866</sup> Volgens bepaalde rechtsleer kan zelfs bij een gezamenlijke uitoefening van het gezag door beide ouders

---

<sup>863</sup> Rapport LEONETTI, oktober 2009, (1) 65-66; P. COURBE en A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Parijs, Sirey, 2013, nr. 1355, 506; M. DOUCHY-LOUDOT, "Fasc. 1400-15: Autorité parentale", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 31 juli 2016), nr. 40; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: définition, sources et nature" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 232.33, (945) 949-950; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 2-3; P. SALVAGE-GEREST, "Fasc. 935: L'autorité parentale", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 2012), nr. 104.

<sup>864</sup> Zie voor een voorbeeld: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F3134> waar sprake is van een 'convention privé' tussen de ouders en zorgouder.

<sup>865</sup> A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.201, (969) 1020; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 12 en 78; Rapport LEONETTI, oktober 2009, (1) 66; zie ook: I. CARBONNIER, "Fasc. 10: Autorité parentale – Exercice de l'autorité parentale", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 7 oktober 2014), nr. 117.

<sup>866</sup> A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.201, (969) 1020; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 14-15 en nr. 10.

een van hen alleen een verzoek indienen bij de rechtbank. Zoniet zou de regeling onwerkbaar worden en zou art. 377, vierde lid Cc geen bestaansredenen hebben. In deze bepaling wordt immers de oproeping van beide ouders voor de rechtbank verplicht gesteld, wat aangeeft dat ook één ouder het verzoek om een overdracht kan indienen.<sup>867</sup> De zorgouder is daarentegen niet verplicht om op te treden bij de indiening van het verzoek.<sup>868</sup> Het is evenwel aan te raden dat ook hij of zij zich bij de verzoekende ouder(s) voegt aangezien daaruit het akkoord blijkt van de betrokkenen aangaande de (gedeelde) overdracht.<sup>869</sup>

In Engeland kan de zorgouder die aan de nodige vereisten voldoet zonder optreden van de ouder(s) van het kind verzoeken om een *PRO* of *CAO*, en desgevallend om een *SGO* of *EPO* ter verkrijging van het titularisschap van het ouderlijk gezag. Om dit doel te bereiken worden voornamelijk de *PRO* en *CAO* met een '*shared residence*' gehanteerd gelet op de finaliteit van beide *orders*.<sup>870</sup> Ook in Frankrijk kan de zorgouder die het kind bij zich heeft opgevoed zelf de rechter verzoeken om een gedwongen overdracht van (bestanddelen van) het ouderlijk gezag voor zover de ouders zich in de onmogelijkheid bevinden om het ouderlijk gezag uit te oefenen of ze een manifeste desinteresse vertonen in de opvoeding van het kind (art. 377, tweede lid Cc).<sup>871</sup> Dit verzoek kan ook worden ingediend door het Openbaar Ministerie met akkoord van de zorgouder (art. 377, derde lid Cc).

### § 3. Rol van het kind

252. Zowel in Nederland, Frankrijk als Engeland is het kind in beginsel geen partij in de procedure (A). Uitsluitend in Engeland kan daarop onder

---

<sup>867</sup> P. SALVAGE-GEREST, "Fasc. 935: L'autorité parentale", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 2012), nr. 106.

<sup>868</sup> Zie voor een voorbeeld:

<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/R44028> (geconsulteerd op 4 juni 2017).

<sup>869</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 78; zie ook: Circulaire 19 april 2017 relative à la protection judiciaire de l'enfant, *BOMJ* n°2017-04 van 28 april 2017, fiche n°4, (1) 2.

<sup>870</sup> F. BAILEY, "Blended families (part one)", *PCB* 2016, (260) 262-264.

<sup>871</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 78; P. SALVAGE-GEREST, "Fasc. 935: L'autorité parentale", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 2012), nr. 103; zie ook: Circulaire 19 april 2017 relative à la protection judiciaire de l'enfant, *BOMJ* n°2017-04 van 28 april 2017, fiche n°4, (1) 3-4.

bepaalde voorwaarden een uitzondering worden toegestaan. In de drie rechtsstelsels heeft het kind wel steeds het recht om te worden gehoord (B), waarbij in Nederland een leeftijdsgrens wordt gehanteerd (i) en in Frankrijk en Engeland niet (ii).

#### A. Proces(on)bekwaam

253. In Nederland en Frankrijk is het minderjarige kind geen partij in de procedure voor de rechtbank wegens zijn procesonbekwaamheid.<sup>872</sup> Bijgevolg moet het kind worden vertegenwoordigd door degene onder wiens gezag hij staat en die zijn goederen beheert (art. 1:245, vierde lid NBW *juncto* art. 1:253i, eerste lid NBW; art. 388-1-1 Cc). Met andere woorden wordt het kind in beide rechtsstelsels vertegenwoordigd door zijn juridische ouders, zij het dat in geval van een belangentegenstelling een bijzondere curator (i.e. Nederland) of een bewindvoerder *ad hoc* (i.e. Frankrijk) door de rechter wordt benoemd (art. 1:250 NBW; art. 383 Cc en art. 388-2 Cc).<sup>873</sup>

---

<sup>872</sup> **Frankrijk:** A. GOUTTENOIRE, , "Audition du mineur" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 236.08, (1036) 1039; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 79; C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nr. 106.

**Nederland:** HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535, *RvdW* 2015/32: "3.8 ... Een effectieve uitoefening van het recht van een oordeelsbekwame minderjarige om in een hem of haar betreffende procedure zijn of haar zienswijze kenbaar te maken, kan meebrengen dat hij of zij geïnformeerd dient te zijn over de inhoud van de gedingstukken. Ingeval de minderjarige niet ingevolge een bijzondere wettelijke bepaling procesbekwaam is of een eigen recht is toegekend op bepaalde stukken (vgl. art. 811 lid 1, aanhef en onder d, Rv), dient hij of zij zich daarvoor te wenden tot zijn of haar wettelijk vertegenwoordiger(s). Indien een minderjarige meent dat zijn of haar belang terzake door de wettelijk vertegenwoordiger(s) onvoldoende wordt behartigd, kan hij of zij aan de rechter bij wie de procedure aanhangig is, verzoeken een bijzondere curator te benoemen. Met die mogelijkheid is het in art. 6 lid 1 EVRM en art. 12 IVRK verankerde recht op toegang tot de rechter voldoende gewaarborgd, mits die mogelijkheid effectief kan worden benut..."; J. E. DOEK, *GS Personen- en familierecht*, Zesde Titel Rv, aant. 8 (bijgewerkt tot 14 mei 2012); R. Y. NAUTA, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 798 Rv (bijgewerkt tot en met 3 juli 2017), ov. 5; J. H. M. TER HAAR, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:234 NBW (bijgewerkt tot 1 juli 2016).

<sup>873</sup> **Frankrijk:** Cass. (1re civ.), 23 februari 1999, n°97-15.098 en n°97-20.514, *Bull.civ.*, I, n° 66; Circulaire 3 maart 1993, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, *JORF* 24 maart 1993, 2., (4555) 4555; A. GOUTTENOIRE, "Représentation et administration légale" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 237.10-237.16, (1071) 1076-1077 en nrs. 237.121-237.122, (1071) 1092-1094; M. DOUCHY-OUDOT, "Fasc. 1400-15: Autorité parentale", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 31 juli 2016), nr. 50; C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nrs. 110-131.

Ook in Engeland is het minderjarige kind procesonbekwaam en dus geen partij in de procedure wanneer de zorgouder verzoekt om een *PRO*, *CAO* of *SGO* (i.e. *private law proceedings*). Het kind moet bijgevolg worden vertegenwoordigd door zijn ouders die titularis zijn van het ouderlijk gezag. De rechter kan evenwel een uitzondering toestaan op dit beginsel en het kind toch partij maken in de procedure wanneer het bijvoorbeeld een oudere minderjarige betreft die zich uitdrukkelijk verzet tegen een bepaalde actie in het kader van de procedure of wanneer de mening van het kind niet voldoende tot uiting kan komen in een deskundigenrapport (rule 16.2 Family Procedure Rules 2010). In dat geval zal de rechter een voogd (ENG: *'guardian*) aanduiden die in de procedure moet optreden voor het kind (rule 16.4(c) Family Procedure Rules).<sup>874</sup> De rechter kan ook een dergelijke voogd aanduiden wanneer de zorgouder verzoekt om bij *CAO* te worden aangeduid als de persoon bij wie het kind zal wonen, en het belang van het kind de aanduiding van de voogd vereist (bv. bij een belangentegenstelling tussen de ouders en het kind) (s 41(1) CA 1989 *juncto* s 41(6) CA 1989).<sup>875</sup> Een dergelijke voogd zal ook optreden voor het kind wanneer de zorgouder om een *EPO* verzoekt aangezien het kind in deze procedure steeds een partij is.<sup>876</sup>

#### B. Hoorrecht

254. Aan de participatie van het kind in gerechtelijke procedures kan invulling worden gegeven op onrechtstreekse wijze via de voornoemde vertegenwoordiging in rechte of op rechtstreekse wijze via een vetorecht in hoofde van het kind of een hoorrecht uitgeoefend door het kind zelf.

255. Noch in Nederland, noch in Frankrijk of Engeland beschikt het kind in de procedure tot toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder over een vetorecht.

---

**Nederland:** R. Y. NAUTA, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 798 Rv (bijgewerkt tot en met 3 juli 2017), ov. 5.

<sup>874</sup> J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 494-497; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 467-469.

<sup>875</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 460-461.

<sup>876</sup> J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 493; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 470.

In Nederland kent de wetgever uitsluitend een vetorecht toe aan het kind bij verzoeken die raken aan zijn identiteit. Om die reden beschikt het kind bijvoorbeeld over een vetorecht vanaf twaalf jaar bij een verzoek om wijziging van zijn familienaam dat bij het verzoek om gezamenlijk gezag door de ouder en zorgouder wordt gevoegd (art. 1:253t, vijfde lid, a) NBW),<sup>877</sup> en beschikt het kind eveneens vanaf twaalf jaar over een vetorecht in zijn adoptie (art. 1:228, eerste lid a) NBW). *A contrario* volgt daaruit dat het kind geen vetorecht heeft inzake de toekenning van het gezamenlijk gezag aan zijn ouder en zorgouder (art. 1:253t NBW) aangezien een dergelijk verzoek niet raakt aan zijn identiteit doordat een wijziging van zijn afstammingsbanden of familienaam uitblijft.<sup>878</sup>

Ook in Frankrijk kan op basis van een *a contrario* redenering uit de wettekst worden afgeleid dat om dezelfde reden geen vetorecht toekomt aan het kind in de procedure tot overdracht van bestanddelen van het ouderlijk gezag aan de zorgouder (art. 377 Cc). Een dergelijk verzoek raakt immers niet aan de identiteit van het kind. Bijgevolg beschikt een kind wel over een vetorecht vanaf de leeftijd van dertien jaar in twee familierechtelijke aangelegenheden,<sup>879</sup> zijnde met betrekking tot zijn eigen adoptie (art. 345, derde lid Cc)<sup>880</sup> en met betrekking tot een wijziging van zijn (voor)naam

---

<sup>877</sup> HR 24 januari 2003, NJ 2003, 198 (eigen onderlijning): “*In aanmerking nemende dat de kinderen al hun hele leven deze naam dragen, weegt het belang om zich te kunnen identificeren met hun biologische vader zwaarder dan het belang van de verzoekers.*”; Rb. Noord-Holland 21 januari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:313 (eigen onderlijning): “*In beginsel dient terughoudend met een geslachtsnaamwijziging te worden omgegaan, gelet op de gevolgen van een dergelijke wijziging. De geslachtsnaam van een persoon behoort tot diens identiteits- en afstammingskenmerken. Indien het verzoek om geslachtsnaamwijziging een minderjarig kind betreft zijn de belangen van het gezin waarin dat kind opgroeit in beginsel ondergeschikt aan het belang van dat kind bij het behoud van zijn identiteit. Hoewel de identiteit van kinderen mede wordt gevormd door de verbondenheid met degenen die voor hen zorgen, is een ander belangrijk facet van die identiteit gelegen in de wortels van het kind. ...*”; zie ook: Nota van wijziging, TK 1995-96, nr. 23714/7, 7.

<sup>878</sup> Notitie leefvormen in het familierecht, TK 1994-95, nr. 22700/5, 5-6; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253t NBW, aant. 6 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016).

<sup>879</sup> A. GOUTTENOIRE, “Audition du mineur” in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 236.81-236.83, (1036) 1047-1048; A. GOUTTENOIRE, “Représentation et administration légale” in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 237.28, (1071) 1081-1082.

<sup>880</sup> Sénat, rapport 2 december 1992 sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, modifiant le code civil, relatif à l'état civil, à la famille et aux droits de



(artt. 61-3 en 60, tweede lid Cc).<sup>881</sup> Zowel de adoptieve afstammingsband als de naam van het kind hebben immers voor hem of haar een persoonsidentificerende functie.<sup>882</sup>

In Engeland daarentegen beschikt het kind niet over een vetorecht bij de toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder omdat een dergelijk recht vreemd is aan het Engelse familierecht en daarin als ongewoon wordt beschouwd.<sup>883</sup> De wetgever staat weigerachtig tegenover een vetorecht voor het kind omwille van twee redenen,<sup>884</sup> zijnde de vrees dat het kind daardoor zou worden belast met de psychologische druk van het nemen van een beslissing,<sup>885</sup> en het feit dat historisch gezien geen cultuur van een dergelijke inspraak van kinderen bestaat.<sup>886</sup> Bijgevolg moet een kind bijvoorbeeld niet toestemmen in zijn eigen adoptie (s 47(2) Adoption and Children Act 2002, hierna: 'ACA 2002'). Hoewel bij de wijziging van de adoptiewetgeving in 2002 werd voorgesteld om een vetorecht in te voeren voor kinderen vanaf twaalf jaar,<sup>887</sup> werd dit voorstel niet overgenomen in de uiteindelijke wettekst. Opvallend daarbij is dat in de voorbereidende werken nauwelijks een verklaring kan worden gevonden voor het weglaten van dit

---

l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, par L. DEJOIE, nr. 76, 45-46 (hierna: 'rapport DEJOIE').

<sup>881</sup> Assemblée Nationale, rapport 1 februari 2001 sur les propositions de loi n°2709, n°132, n°1012 par G. GOUZES, nr. 2911, 9-10 (hierna: 'rapport GOUZES').

<sup>882</sup> Rapport DEJOIE, n° 76 (1992-1993): "*Cependant, ce principe, qui tend à préserver la fonction d'identification du nom, n'en interdit pas toute modification. En premier lieu, le nom patronymique étant attribué à chaque individu en considération de sa filiation, il peut être modifié par une transformation ou une destruction de la filiation établie, par l'effet d'une adoption plénière ou encore par l'établissement d'une filiation complémentaire au profit d'un enfant naturel.*"

<sup>883</sup> C. PIPER en A. MIAKISHEV, "A child's right to veto in England and Wales – another welfare ploy?", *CFLQ* 2003, vol. 15, n°1, (57) 57-58.

<sup>884</sup> Law Commission n°172, para. 3.23; C. PIPER en A. MIAKISHEV, "A child's right to veto in England and Wales – another welfare ploy?", *CFLQ* 2003, vol. 15, n°1, (57) 64.

<sup>885</sup> zie onder andere: B. CANTWELL en S. SCOTT, "Children's Wishes, Children's Burdens" *Journal of Social Welfare and Family Law* 1995, vol. 17, n°3, 337 e.v.

<sup>886</sup> N. LOWE en M. MURCH, "Children's participation in the family justice system – translating principles into practice", *CFLQ* 2001, vol. 13, n°2, (137) 143.

<sup>887</sup> Dit voorstel was geformuleerd door een werkgroep in 1992: *Review of Adoption Law: Report to Ministers of An Inter-Departmental Working Group* (Consultative Document), 1992, para 9.5; later overgenomen in de clause 41(7) van de draft Adoption Bill; zie daarover onder andere: M. D. A. FREEMAN, "Annual survey of family law 1992. England: 1992 as annus horribilis", *Journal of family law* 1993-94, vol. 32, n° 2, (293) 301.

voorstel,<sup>888</sup> behalve dan dat de toestemming eisen van een kind door hem of haar kan worden opgevat als een verstoting van zijn ouders.<sup>889</sup> In de rechtsleer worden drie redenen aangehaald, met name dat ingevolge een vetorecht het kind de verantwoordelijkheid draagt bij de beslissing, dat de leeftijd van twaalf jaar als erg jong wordt ervaren en dat deze niet in overeenstemming is met andere bepalingen van de wetgeving.<sup>890</sup> Evenmin moet een kind toestemmen in de wijziging van zijn naam.<sup>891</sup> Aangezien de wetgever geen vetorecht toekent aan het kind voor dergelijke ingrijpende rechterlijke beslissingen, komt aan het kind *a fortiori* geen vetorecht toe met betrekking tot de toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder.

256. In Nederland, Frankrijk en Engeland heeft het kind het recht om te worden gehoord in de procedure tot toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder (art. 809 Rv; art. 388-1 Cc *juncto* art. 338-1 e.v. CPC; s 7(1) CA 1989 en s 41(2)(b) CA 1989). Het hoorrecht vormt de uitdrukking van een evolutie die zich heeft voltrokken sinds de jaren zeventig van vorige eeuw en waarbij steeds meer rekening werd gehouden met de wil en groeiende autonomie van de ouderwordende minderjarige. Dit gewijzigde kindsbeeld werd uiteindelijk opgenomen in het IVRK, en meer bepaald in de artikelen 12 en 13 waarin het recht op vrije meningsuiting voor kinderen wordt erkend.<sup>892</sup> Zowel in de procedure voor de Nederlandse als in de procedure voor de

---

<sup>888</sup> N. LOWE en M. MURCH, "Children's participation in the family justice system – translating principles into practice", *CFLQ* 2001, vol. 13, n<sup>o</sup>2, (137) 139-140, zie specifiek voetnoot 19; C. PIPER en A. MIAKISHEV, "A child's right to veto in England and Wales – another welfare ploy?", *CFLQ* 2003, vol. 15, n<sup>o</sup>1, (57) 58-59.

<sup>889</sup> zie daarover onder andere: J. MASSIN, "Paternalism, participation and placation: young people's experiences of representation in child protection proceedings in England and Wales" in J. DEWAR en S. PARKER (eds.), *Family law: processes, practices, pressures*, Oxford, Hart Publishers, 2003, (79) 81.

<sup>890</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 712.

<sup>891</sup> C. PIPER en A. MIAKISHEV, "A child's right to veto in England and Wales – another welfare ploy?", *CFLQ* 2003, vol. 15, n<sup>o</sup>1, (57) 62-64 met verwijzing naar rechtspraak aldaar.

<sup>892</sup> zie voor een overzicht van de wetsevolutie:

**Frankrijk:** A. GOUTTENOIRE, "Audition du mineur" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 236.40, (1036) 1044-1045; C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nrs. 1-10; Rapport DEJOIE, n<sup>o</sup>76 (1992-1993), 32.

**Nederland:** C. M. M. VAN LEEUWEN, "Het hoorrecht in het civiele jeugdrecht gaat over grenzen. Over de functie en de waarde van de leeftijdsgrens in het hoorrecht in het civiele jeugdrecht", *FJR* 2017/56, (260) 260-261;

**Engeland:** J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 494-495; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 452-454.

Franse en de Engelse rechter gaat het om een toepassing van het algemene hoorrecht voor minderjarigen in procedures die op hen betrekking hebben, en waardoor het kind het recht heeft om te worden gehoord.<sup>893</sup> De Franse wetgever had nochtans een specifieke procedure voor de overdracht van (bestanddelen van) het ouderlijk gezag ontwikkeld, maar bij gebrek aan duidelijke regels en verwijzingen moet worden teruggevallen op het gemeenrechtelijke regime inzake het hoorrecht van het kind.<sup>894</sup>

*i. Leeftijdsgrens*

257. In Nederland heeft het kind vanaf twaalf jaar het recht om te worden gehoord in de procedure tot verkrijging van gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag door de ouder en zorgouder (art. 809, eerste lid Rv). De wetgever heeft gekozen voor de leeftijd van twaalf jaar vanuit de idee dat op deze leeftijd kinderen strafrechtelijk verantwoordelijk worden en ze bovendien de overgang maken naar meer verantwoordelijkheid en zelfstandigheid op schoolvlak.<sup>895</sup>

Is het kind over wie de ouder en zorgouder gezamenlijk het ouderlijk gezag willen uitoefenen, minstens twaalf jaar oud dan moet de rechter het kind in de gelegenheid stellen om te worden gehoord. De rechter moet met andere woorden het kind attent maken op het recht om zijn mening te uiten, door het kind bijvoorbeeld op te roepen. Slechts op beperkte gronden kan

---

<sup>893</sup> **Frankrijk:** C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 82; M. DOUCHY-OUDOT, "Fasc. 1400-15: Autorité parentale", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 31 juli 2016), nr. 50; C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nr. 42; uitdrukkelijke erkenning van het hoorrecht: Circulaire 3 maart 1993, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, *JORF* 24 maart 1993, 1.1.2, (4555) 4555;

**Nederland:** Nader verslag, *TK* 1995-96, 23714/10, 5; Nota naar aanleiding van het verslag, *TK* 1996-97, 23714/11, 5 en 7;

**Engeland:** N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 445.

<sup>894</sup> M. DOUCHY-OUDOT, "Fasc. 600-25: audition du mineur en justice", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 13 april 2016); C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 82; P. SALVAGE-GEREST, "Fasc. 935: L'autorité parentale", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 30 januari 2012), nr. 114; C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nr. 103.

<sup>895</sup> Memorie van Toelichting, *TK* 1979-80, 16127/3, 5 met verwijzing naar rapport van de Commissie voor de herziening van het Kinderbeschermingsrecht, 1971, (hierna: 'commissie Wiarda') op p63.

worden afgezien van het verhoor, met name wanneer het kind niet in staat is om zich een mening te vormen wegens een geestelijke of lichamelijke stoornis, niet wenst gehoord te worden, of wanneer het horen zijn gezondheid zou schaden (art. 802 Rv *juncto* art. 809 Rv). Ook kan de rechter afzien van het verhoor wanneer een onmiddellijk en ernstig gevaar dreigt voor het kind (art. 809, derde lid Rv) of wanneer het gaat om zaken van kennelijk ondergeschikt belang (art. 809, eerste lid Rv). Er kan evenwel worden aangenomen dat in een procedure op grond van art. 1:253t NBW de rechter deze grond niet kan hanteren om af te zien van het verhoor van het kind. Wenst het kind na oproeping geen gebruik te maken van zijn hoorrecht dan kan hij toch nog op vraag van de rechter worden voorgeleid door het openbaar ministerie (art. 809, vierde lid NBW). Het kind wordt rechtstreeks door de rechter gehoord om te voorkomen dat zijn stem verloren gaat wanneer het door verscheidene professionals wordt gehoord die niet met elkaar communiceren.<sup>896</sup> De rechter leidt het gesprek en bepaalt vrij waar het verhoor zal plaatsvinden en op welke wijze (bv. schriftelijk of mondeling). Uit de praktijk blijkt dat het kind vaak een brief neerlegt met daarin zijn mening. Het verhoor van de minderjarige gebeurt in beginsel afzonderlijk, al kan desgevallend ook zijn bijzondere curator aanwezig zijn (cf. nr. 253) of zijn advocaat dan wel zijn begeleider of een andere vertrouwenspersoon.<sup>897</sup> Na het verhoor van de minderjarige geeft de rechter kort de inhoud ervan weer ter terechtzitting. Wanneer hij immers dit verhoor in acht neemt bij zijn oordeelsvorming moeten de ouders op de hoogte zijn van de inhoud van het verhoor gelet op het beginsel van tegenspraak.<sup>898</sup> Om deze reden is het kind tijdens het verhoor door de rechter niet verplicht om te spreken, en beslist het met andere woorden zelf welke elementen het

---

<sup>896</sup> Visiedocument Rechtspraak (echt)scheiding ouders met kinderen d. d. 10 oktober 2016, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/visiedocument-vechscheidingen.pdf>, 30-31.

<sup>897</sup> B. E. S. CHIN-A-FAT, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 809 Rv, aant. 1-4 en 6 (bijgewerkt tot en met 20 december 2016); R. Y. NAUTA, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 809 Rv (bijgewerkt tot en met 29 mei 2017), ov. 5, a), b) en c); zie voor een specifieke standaard inzake kinderverhoren zoals gehanteerd door de gerechtshoven: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/professionele-standaard-kindgesprekken.pdf>.

<sup>898</sup> HR 27 mei 1994, *NJ* 1994, 610, noot ASSER, zie spec. ov. 3.6.

meedeelt aan de rechter en welke niet.<sup>899</sup> Eens de mening van het kind is geuit hecht de rechter daaraan een passend belang in overeenstemming met diens maturiteit en leeftijd krachtens art. 12, eerste lid IVRK.

Verzoeken de ouder en zorgouder om gezamenlijk met het gezag te worden belast over een kind van jonger dan twaalf jaar dan is de rechter niet verplicht om dit kind op te roepen. Hij *kan* het kind wel horen, maar is daartoe niet verplicht zelfs niet als het kind zelf daarom verzoekt.<sup>900</sup> De beslissing van de rechter om het kind desgevallend toch niet te horen moet niet worden gemotiveerd, behoudens uitzonderlijke omstandigheden.<sup>901</sup> Informatie over de mening en gevoelens van het kind kan de rechter dan putten uit het rapport van de Raad voor de Kinderbescherming aan wie de rechter facultatief om advies kan vragen (art. 810, eerste lid Rv). Voornamelijk bij kinderen jonger dan twaalf jaar kan de rechter op die manier voldoende geïnformeerd worden.<sup>902</sup>

258. De Nederlandse regeling heeft als voordeel dat de rechter over een ruime bevoegdheid beschikt om de plaats te bepalen waar het verhoor zal doorgaan, alsook de wijze te bepalen waarop het kind zal worden gehoord.<sup>903</sup> Op die manier kan de rechter de behoeften van het kind en de concrete omstandigheden van het geval in acht nemen.<sup>904</sup> Bovendien vormt de leeftijdsgrens van twaalf jaar een duidelijk onderscheidingscriterium voor

---

<sup>899</sup> zie daarover onder andere: E. A. GROENHUIJSEN, "Horen of luisteren, het kind in scheidings- en omgangszaken", *FJR* 2007/101, 236-240.

<sup>900</sup> C. M. M. VAN LEEUWEN, "Het hoorrecht in het civiele jeugdrecht gaat over grenzen. Over de functie en de waarde van de leeftijdsgrens in het hoorrecht in het civiele jeugdrecht", *FJR* 2017/56, (260) 261.

<sup>901</sup> HR 24 januari 2003, LJN AF0204, *NJ* 2003/198 m.n. WORTMANN: "3.3 *De eerste klacht houdt in dat het Hof de kinderen had moeten horen alvorens een beslissing te geven. De klacht wordt ten onrechte aangevoerd, nu ingevolge art. 809 Rv. de rechter minderjarigen die de leeftijd van twaalf jaar nog niet hebben bereikt, in de gelegenheid kan stellen hem hun mening kenbaar te maken op een door hem te bepalen wijze. Hij is daartoe niet verplicht en behoeft zijn beslissing om hen niet te horen, behoudens bijzondere omstandigheden waarvan in dit geval niet is gebleken, niet te motiveren.*"

<sup>902</sup> B. E. S. CHIN-A-FAT, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 810 Rv, aant. 1 (bijgewerkt tot en met 1 januari 2017).

<sup>903</sup> bv. schriftelijk, zie onder andere: Rb. Oost-Brabant 14 juli 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:3906, via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl): "De griffier heeft [minderjarige X] in de gelegenheid gesteld om zijn mening over het verzoek aan de rechter kenbaar te maken. De minderjarige heeft van deze gelegenheid (schriftelijk) gebruik gemaakt."

<sup>904</sup> B. E. S. CHIN-A-FAT, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 809 Rv, aant. 1 (bijgewerkt tot en met 20 december 2016); R. Y. NAUTA, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 809 Rv (bijgewerkt tot en met 29 mei 2017), ov. 5, a).

de rechter om te bepalen welke kinderen hij moet horen en welke niet, waarbij onderzoek aantoonde dat de rechter het criterium vrij strikt toepast.<sup>905</sup> Ook aan het kind zelf verschaft deze leeftijdsgrens duidelijkheid en rechtszekerheid over wanneer het zal worden gehoord. Recent heeft de Commissie Herijking Ouderschap evenwel overwogen dat de leeftijdsgrens van twaalf jaar bij voorkeur zou moeten worden afgeschaft zodat de rechter geval per geval kan nagaan of het kind moet worden gehoord. Volgens de Commissie is de leeftijdsgrens van twaalf jaar arbitrair aangezien deze niet op objectieve argumenten kan worden gesteund. Niettegenstaande realiseert de Commissie zich evenwel dat in de praktijk een grote behoefte bestaat aan duidelijke leeftijdsgrenzen omtrent het hoorrecht van kinderen zodat ze voorstelt om met een leeftijdsgrens van acht jaar te werken. Vanaf die leeftijd zouden kinderen immers in staat moeten zijn om beslissingen inzake het ouderlijk gezag te begrijpen.<sup>906</sup> Met deze kritiek is niet iedereen het evenwel eens. Volgens bepaalde rechtsleer verschaft een leeftijdsgrens niet alleen duidelijkheid aan de rechter en het kind, dat daardoor op voorhand weet of het zal worden gehoord en met andere woorden niet afhankelijk is van de appreciatiebevoegdheid van de rechter, maar heeft een leeftijdsgrens ook een proceseconomische functie. Op die manier wordt immers voorkomen dat tijd en kosten worden geïnvesteerd in het beoordelen van de geschiktheid van elke minderjarige om te worden gehoord geval per geval.<sup>907</sup>

Naast voordelen wordt de Nederlandse regeling ook gekenmerkt door een aantal nadelen. Zo is hetgeen het kind vertelt tijdens het verhoor niet langer geheim aangezien de rechter tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek tot gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, kort en zakelijk de inhoud van het verhoor moet meedelen. Het komt bijgevolg voor dat het kind mogelijks geremd zal zijn tijdens het verhoor en niet meer vrij durft te spreken. Ook is de wetgever niet steeds even duidelijk geweest in de

---

<sup>905</sup> M. P. DE JONG-DE KRUIJF en K. A. M. VAN DER ZON, "Hoger beroep tegen een uithuisplaatsingsbeslissing en de rol van de minderjarige. 'Directe' participatie van minderjarigen bij gerechtshoven in Nederland", *Trema* nr. 9, 2015, (298) 306.

<sup>906</sup> Rapport Herijking Ouderschap, 2016, 390-392.

<sup>907</sup> C. M. M. VAN LEEUWEN, "Het hoorrecht in het civiele jeugdrecht gaat over grenzen. Over de functie en de waarde van de leeftijdsgrens in het hoorrecht in het civiele jeugdrecht", *FJR* 2017/56, (260) 265.

redactie van de wetsartikelen aangaande het hoorrecht waardoor misverstanden kunnen ontstaan. Zo wordt niet uitdrukkelijk vermeld in de wet dat de rechter de plaats en de wijze van het verhoor moet bepalen, waar dit onder de oude wet wel gebeurde. Niettegenstaande wordt aangenomen dat de rechter nog steeds over deze bevoegdheden beschikt omdat het niet de bedoeling was van de geest van de oude regeling af te wijken.<sup>908</sup> Het feit dat het kind uitsluitend door de rechter kan worden gehoord kan eveneens als een nadeel worden beschouwd. Allicht wordt een dergelijk gesprek door het kind als (eerder) intimiderend ervaren zodat het mogelijks minder geneigd zal zijn om te spreken. Bovendien heeft de rechter geen specifieke opleiding genoten om (jonge) kinderen te horen en hun non-verbale wijze van communicatie te lezen. Tegelijkertijd heeft een persoonlijk gesprek met de rechter dan weer als voordeel dat de rechter gerichte vragen kan stellen aan het kind zodat de communicatie op een onrechtstreekse wijze verloopt en een band tussen beiden kan worden opgebouwd. De vraag rijst immers of een gesprek met een psycholoog of sociaal assistent om te worden gehoord nog een meerwaarde biedt voor het kind aangezien het reeds tijdens de procedure met verschillende andere personen heeft gesproken zoals medewerkers van de Raad voor Kinderbescherming.<sup>909</sup>

*ii. Geen leeftijdsgrens*

259. In Frankrijk heeft de wetgever het hoorrecht van het kind niet afhankelijk gemaakt van een bepaalde leeftijdsgrens. Vereist is dat het kind over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt (art. 388-1 Cc *juncto* art. 338-1 e.v. Code Procédure Civile, hierna: CPC) opdat het kan worden gehoord in de procedure tot overdracht van (bestanddelen van) het ouderlijk gezag. Er werd bewust gekozen om geen leeftijdsgrens in de wet op te nemen zodat alle (ook jonge) kinderen kunnen worden gehoord en het hoorrecht een ruimer toepassingsgebied krijgt.<sup>910</sup> Een kind beschikt over

---

<sup>908</sup> B. E. S. CHIN-A-FAT, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 810 Rv, aant. 1 (bijgewerkt tot en met 1 januari 2017).

<sup>909</sup> C. M. M. VAN LEEUWEN, "Het hoorrecht in het civiele jeugdrecht gaat over grenzen. Over de functie en de waarde van de leeftijdsgrens in het hoorrecht in het civiele jeugdrecht", *FJR* 2017/56, (260) 265.

<sup>910</sup> Rapport DEJOIE, n° 76, sénat 1992-1993, 118: "*Cet article vise à insérer dans le code civil un article 388-1 nouveau afin de permettre une plus large audition de*

voldoende onderscheidingsvermogen wanneer het in staat is om de draagwijdte van zijn handelen en van levensgebeurtenissen correct in te schatten en zijn mening en gevoelens daaromtrent te uiten. Om vast te stellen of in hoofde van het kind voldoende onderscheidingsvermogen aanwezig is houdt de rechter bij gebrek aan een wettelijke definitie rekening met verscheidene elementen zoals onder meer de leeftijd van het kind, zijn intellectuele capaciteiten, zijn maturiteit, en het voorwerp van de gerechtelijke procedure.<sup>911</sup> Aangezien de rechter dienaangaande over een ruime appreciatiebevoegdheid beschikt kan hij bijvoorbeeld oordelen dat een kind van dertien jaar over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt om te worden gehoord inzake de overdracht van ouderlijk gezag aan de zorgouder, maar niet om te worden gehoord inzake het beheer van zijn goederen. Tevens heeft de ruime appreciatiebevoegdheid van de rechter tot gevolg dat in de ene rechtbank het kind wel wordt gehoord inzake het verzoek tot overdracht van (bestanddelen van) het ouderlijk gezag, en in de andere rechtbank mogelijks niet.<sup>912</sup>

Ook in Engeland moet het kind geen bepaalde leeftijd hebben opdat het kan worden gehoord in een gerechtelijke procedure tot toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder.<sup>913</sup> Krachtens s 1(3)(a) CA 1989 moet de rechter immers bij de opportuniteitscontrole van een verzoek om een CAO of SGO de wensen en gevoelens van het kind in acht nemen overeenkomstig diens leeftijd en maturiteit ('*welfarechecklist*' - s 1(4)(a) CA 1989), en kan hij dit eveneens doen bij de beoordeling van de opportuniteit van het verzoek om een PRO of EPO (cf. nr. 250). Of het kind kan worden gehoord is

---

*l'enfant dans toute procédure judiciaire le concernant.*"; L. GEBLER, « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *Enfances & psy* 2007/3, n°36, (50) 53.

<sup>911</sup> Zie specifiek: Circulaire 3 maart 1993, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, *JORF* 24 maart 1993, 1.1.1, (4555) 4555.

<sup>912</sup> C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nrs. 56-61; zie ook: Circulaire 19 april 2017 relative à la protection judiciaire de l'enfant, *BOMJ* n°2017-04 van 28 april 2017, fiche n°2, (1) 3.

<sup>913</sup> In 2014 heeft de Regering evenwel de belofte gedaan om naar de toekomst toe werk te maken van een beleid waarbij kinderen vanaf tien jaar kunnen worden gehoord door de rechter teneinde hun gevoelens en wensen over de te nemen beslissing aan hem over te maken. De keuze voor de leeftijd van tien jaar stemt overeen met beleid in andere domeinen en is bovendien de leeftijd voor strafrechtelijke verantwoordelijkheid in Engeland (Family Justice Minister, S. HUGHES, 25 juli 2014, <https://www.gov.uk/government/news/children-will-be-seen-and-heard-in-family-courts>).



afhankelijk van de vraag of het over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt.<sup>914</sup> Sinds het *Gillick*-arrest (1985) wordt aangenomen dat dit het geval is wanneer het kind voldoende intellectuele capaciteiten bezit om zelf een weloverwogen beslissing te nemen in de voorliggende aangelegenheid.<sup>915</sup> Bij de beoordeling van dit criterium in hoofde van het kind zal de rechter acht slaan op de aard van de beslissing die moet worden genomen, en of het kind met andere woorden in staat is om zich een oordeel te vormen over de toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder.<sup>916</sup> Doordat het *Gillick*-arrest een zeer ruime draagwijdte heeft en niet beperkt is tot medische beslissingen aangaande kinderen,<sup>917</sup> kan worden aangenomen dat de wetgever van de Children Act in 1989 zich gebaseerd heeft op de in dit arrest weergegeven argumenten tegen het gebruik van leeftijdsgrenzen om het onderscheidingsvermogen van kinderen te bepalen. Zo wordt overwogen dat geen enkele wettelijke grondslag kan rechtvaardigen dat kinderen onder een bepaalde leeftijd (*in casu* zestien jaar) louter op basis van hun leeftijd over onvoldoende onderscheidingsvermogen beschikken.<sup>918</sup> Bovendien is de volwassenwording van kinderen een gradueel proces dat zich voortdurend verder ontwikkelt en waaraan bijgevolg geen strikte leeftijdsgrenzen kunnen worden opgelegd. Oordelen in andere zin zou een ontkenning van de realiteit inhouden in een domein waar het recht juist oog

---

<sup>914</sup> N. LOWE en M. MURCH, "Children's participation in the family justice system – translating principles into practice", *CFLQ* 2001, vol. 13, n°2, (137) 147.

<sup>915</sup> House of Lords, *Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1986] 1 AC 112, zie specifiek Lord Scarman: *In casu* was een moeder van oordeel dat ze als ouder het recht had om te worden geïnformeerd over het feit dat een arts contraceptieadvies aan haar kinderen jonger dan zestien jaar zou geven. Haar vordering werd afgewezen door de rechter; zie daarover onder andere: F. BURTON, *Family law*, Londen, Routledge, 2015, 348 e.v.; S. GILMORE, "The limits of parental responsibility" in E. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, (63) 63-66; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 431 e.v.; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 318 e.v.; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12.032, 280 e.v.

<sup>916</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 320.

<sup>917</sup> Zie onder andere: R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12-033, 281; J. HERRING, *Family law*, Londen, Pearson, 2015, 489 e.v.

<sup>918</sup> House of Lords, *Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1986] 1 AC 112, Lord Fraser, (112) 162-176, zie spec. 166-170.

moet hebben voor de menselijke ontwikkeling en sociale evoluties.<sup>919</sup> In de rechtsleer wordt daarnaast nog aangehaald dat voor zover in de wet leeftijdsgrenzen worden gehanteerd deze vaak *ad hoc* oplossingen zijn voor problemen gerezen naar aanleiding van historische gebeurtenissen.<sup>920</sup> Niettegenstaande deze opvattingen moet worden vastgesteld dat rechters *de facto* wel gebruik maken van een leeftijdsgrens en dit op basis van een beleidsdocument (i.e. *Guidelines for Judges Meeting Children Who Are Subject to Family Proceedings*) opgesteld door de *Family Justice Council* in 2010. Dit beleidsdocument heeft tot doel om een zekere eenheid tot stand te brengen tussen de verschillende familierechtbanken in de praktijk van het horen van kinderen. In dit document wordt uitdrukkelijk de leeftijd van het kind als een relevant element beschouwd voor de rechter om al dan niet het kind te horen. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat kinderen van ongeveer zeven jaar al in staat kunnen zijn om de draagwijdte van een verzoek voor de rechter te begrijpen en daarover hun gevoelens en wensen uit te drukken.<sup>921</sup> Bovendien heeft de Regering in 2014 verklaard om naar de toekomst toe werk te maken van een beleid waarbij kinderen vanaf tien jaar kunnen worden gehoord door de rechter.<sup>922</sup> De keuze voor de leeftijd van tien jaar is ingegeven vanuit andere beleidsdomeinen en stemt overeen met

---

<sup>919</sup> House of Lords, *Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1986] 1 AC 112, Lord Scarman, (112) 176-191, zie spec. 182-190.

<sup>920</sup> A. BAINHAM, "The balance of power in family decisions", *CLJ* 1986/45, (262) 272-273.

<sup>921</sup> *Guidelines for Judges Meeting Children Who Are Subject to Family Proceedings*, 2010, para. 3, via:

[https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines\\_for\\_judges\\_meeting\\_children.pdf](https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf).

<sup>922</sup> Family Justice Minister, S. HUGHES, 24 juli 2014, <https://www.gov.uk/government/speeches/simon-hughes-speech-at-the-voice-of-the-child-conference>: "I therefore want to announce that it is the intention of the Ministry of Justice, and therefore the UK Government, that we move as soon as is practical to apply in all our family justice proceedings in England and Wales where children and young people are concerned the policy that it will be the normal practice, the norm, that, from the age of 10, children and young people involved in public or private law family justice proceedings before the courts will have access to the judge, in an appropriate way which reflects their feelings and wishes to make clear their views as to what is the best resolution of the family dispute in their interest. Children and young people of 10 and over will therefore be given the chance to make clear their views in person or if preferred in another way."

de leeftijd voor strafrechtelijke verantwoordelijkheid in Engeland.<sup>923</sup> Geen van beide documenten heeft evenwel juridische waarde.

260. Overeenkomstig art. 338-1 CPC zijn de verzoekende ouders, de voogd of een andere persoon of dienst aan wie het kind is toegewezen, verplicht om het kind te informeren over zijn hoorrecht.<sup>924</sup> De wetgever heeft bewust voor deze personen gekozen ervan uitgaande dat zij het meest geschikt zijn om de informatie over te brengen aan het kind in een voor hem of haar begrijpbare taal.<sup>925</sup> Op de rechter rust uitsluitend de verplichting om na te gaan of het kind terdege werd geïnformeerd over zijn hoorrecht (art. 338-1, vierde lid Cc). Desgevallend kan de rechter nog steeds zelf het kind inlichten.<sup>926</sup> Vervolgens kunnen het kind zelf of zijn ouder(s) in elke stand van de procedure tot overdracht van (bestanddelen van) het ouderlijk gezag de rechter verzoeken om het kind te horen (art. 338-2 CPC). Ook de rechter kan steeds zelf het initiatief nemen om het kind te horen wanneer hij dit opportuun acht, al is dit eerder uitzonderlijk.<sup>927</sup> Gaat het verzoek om te

---

<sup>923</sup> Family Justice Minister, S. HUGHES, 24 juli 2014, <https://www.gov.uk/government/speeches/simon-hughes-speech-at-the-voice-of-the-child-conference>: "Why 10? It seems to me wrong that a 10 year old in England and Wales is deemed old enough to be criminally responsible yet has no automatic voice in family proceedings in which decisions are being made about them. Children and young people should be involved and be seen to be involved. And if a child younger than 10 years is able to express themselves and wishes to do so then they too should have that opportunity. Though of course we must also recognise that where a child or young person is too vulnerable and needs their views to be represented by others, this also should be the case."

<sup>924</sup> L. FRANCOZ-TERMINAL, "Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire", *Dr. fam.* 2009, n°9, étude 30, nrs. 8-10; A. GOUTTENOIRE, "Audition du mineur" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 236.131, (1036) 1053; zie ook: Circulaire 19 april 2017 relative à la protection judiciaire de l'enfant, *BOMJ* n°2017-04 van 28 april 2017, fiche n° 2, (1) 2.

<sup>925</sup> Circulaire 3 juli 2009, présentation du décret n° 2009-572 van 20 mei 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, CIV/10/09: "Ayant la charge quotidienne de l'enfant, ces personnes apparaissent les plus aptes à lui parler dans un langage adapté à son degré de compréhension."

<sup>926</sup> A. GOUTTENOIRE, "Audition du mineur" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 236.132, (1036) 1053-1054; C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nr. 64; zie ook: Circulaire 19 april 2017 relative à la protection judiciaire de l'enfant, *BOMJ* n°2017-04 van 28 april 2017, fiche n° 2, (1) 2.

<sup>927</sup> Circulaire 3 maart 1993, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, *JORF* 24 maart 1993, 1.2.1, (4555) 4555; zie ook: Circulaire 19 april 2017 relative à la protection judiciaire de l'enfant, *BOMJ* n°2017-04 van 28 april 2017, fiche n°2, (1) 2; L. FRANCOZ-TERMINAL, "Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire", *Dr.fam.* 2009, n° 9, étude 30, nrs. 11-13; L.

worden gehoord uit van het kind zelf dan moeten geen specifieke vormvereisten worden nageleefd, zodat het verzoek mondeling of schriftelijk kan zijn. Een tussenpersoon, zoals bijvoorbeeld een advocaat, mag daarbij niet optreden.<sup>928</sup> De rechter kan het verzoek van het kind slechts weigeren op twee gronden. Ofwel wanneer blijkt dat het kind niet over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt, ofwel wanneer de procedure geen betrekking heeft op het kind (art. 338-4, eerste lid CPC). Deze laatste weigeringsgrond kan de rechter evenwel niet hanteren in een procedure tot overdracht van (bestanddelen van) het ouderlijk gezag (art. 377 Cc).<sup>929</sup> Gaat het verzoek uit van de ouders dan kan de rechter bovendien weigeren om het kind te horen wanneer dit niet noodzakelijk is om het geschil op te lossen of strijdig is met het belang van het kind (art. 338-4, tweede lid CPC). De rechter die een verzoek om te worden gehoord afwijst moet dit op uitdrukkelijke wijze motiveren aan de hand van concrete elementen die bijvoorbeeld aantonen dat het kind niet voldoende onderscheidingsvermogen heeft om zijn mening te uiten over de overdracht van (bestanddelen van) het ouderlijk gezag aan de zorgouder.<sup>930</sup>

In Engeland speelt de medewerker van de sociale dienst bij de familierechtbank, zijnde de *Children and Family Court Advisory and Support*

---

GEBLER, « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *Enfances & psy* 2007/3, n° 36, (50) 54; A. GOUTTENOIRE, "Audition du mineur" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 236.141-236.147, (1036) 1055-1057; C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nrs. 67-77; zie specifiek inzake het verzoek van de rechter en de kwalificatie van dit verhoor: M. DERAÏN, *L'enfant et sa parole en justice*, (Défenseur des enfants. Rapport annuel 2013), 2013, 38-39.

<sup>928</sup> Cass. (1re civ.), 19 september 2007, n°06-18.379: JurisData n°2007-040379; *RTD civ.* 2008, p. 100, obs. J. HAUSER; M. DOUCHY-OUUDOT, "Fasc. 600-25: audition du mineur en justice", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 13 april 2016), nr. 26; L. FRANCOZ-TERMINAL, "Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire", *Dr.fam.* 2009, n° 9, étude 30, nrs. 16-17; C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nrs. 67-69.

<sup>929</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 82.

<sup>930</sup> Cass. (1re civ.), 18 mei 2005, n°02-20.613: JurisData n°2005-028424; *Bull.civ.* 2005, I, n°211; L. FRANCOZ-TERMINAL, "Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire", *Dr.fam.* 2009, n° 9, étude 30, nr. 18-19; A. GOUTTENOIRE, "Audition du mineur" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 236.161, (1036) 1058; C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nrs. 60, 71 en 76.

*Service* (hierna: *CAFCASS officer*) een cruciale rol bij het horen van het kind.<sup>931</sup> Deze medewerker staat krachtens de wet in voor de bescherming van het kind en de behartiging van zijn belangen in de procedure tot toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder (s 12(1) Criminal Justice and Court Services Act 2000). Het komt bijgevolg aan de *CAFCASS officer* toe om het kind te informeren over de mogelijkheid om zijn wensen en gevoelens te uiten over het verzoek van de zorgouder.<sup>932</sup> Ook de rechter kan steeds zelf nagaan of het kind wenst te worden gehoord.<sup>933</sup> Bovendien mag de rechter verwachten dat de advocaat van het kind of de *CAFCASS officer* hem melden wanneer het kind wenst te worden gehoord. In dat geval moet de advocaat of *CAFCASS officer* tevens meedelen met welk doel een dergelijk verhoor zou plaatsvinden en of daarmee de belangen van het kind worden gediend.<sup>934</sup> De rechter zal het verzoek afwijzen wanneer het kind niet over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt of het horen in strijd is met zijn belang.<sup>935</sup> Aangeraden wordt om in dat geval een korte schriftelijke verklaring te overhandigen aan het kind.<sup>936</sup>

261. Beslist de rechter daarentegen om het kind te horen, dan leidt hij in beginsel zelf dit verhoor (art. 388-1, eerste lid Cc), waarvan hij tevens de

---

<sup>931</sup> De belangen van het kind in de procedure worden behartigd door een sociale dienst bij de familierechtbanken, zijnde *the Children and Family Court Advisory and Support Service of CAFCASS* (zie *Practice Direction 12B*, hierna: 'PD12B'). Deze onafhankelijke dienst werd in 2001 opgericht door de Criminal Justice and Court Services Act. (cf. Chapter II "Children and Family Court Advisory and Support Service", <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/43/contents>).

<sup>932</sup> zie *Guidelines for Judges Meeting Children Who Are Subject to Family Proceedings*, 2010, preambule, tweede punt via: [https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines\\_for\\_judges\\_meeting\\_children.pdf](https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf).

<sup>933</sup> zie onder andere: *Re G (Abduction: Children's Objections)*, [2010] EWCA Civ 1232; *Re J (Abduction: Children's Objections)*, [2011] EWCA Civ 1448.

<sup>934</sup> *Guidelines for Judges Meeting Children Who Are Subject to Family Proceedings*, 2010, para. 1, via: [https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines\\_for\\_judges\\_meeting\\_children.pdf](https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf).

<sup>935</sup> zie bv. *Re S (Contact: Intractable Dispute)* [2010] EWCA Civ 447: de rechtbank was van oordeel dat het niet in het belang was van kinderen van twaalf en dertien jaar om elke keer te beslissen of ze het contact met hun ouder wilden uitoefenen of niet; zie daarover: R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 10.007, 230.

<sup>936</sup> *Guidelines for Judges Meeting Children Who Are Subject to Family Proceedings*, 2010, para. 4, via: [https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines\\_for\\_judges\\_meeting\\_children.pdf](https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf).

modaliteiten vastlegt.<sup>937</sup> Bij gebreke aan een uitdrukkelijke wettekst dienaangaande beschikt hij over een ruime appreciatiebevoegdheid zodat in de praktijk veel verschillen hieromtrent bestaan tussen de onderscheiden hoven en rechtbanken. De wetgever heeft bewust geen strikte invulling gegeven aan het verloop van het verhoor vanuit de vrees dat een streng formalisme het kind zou kunnen afschrikken om vrij te spreken. Bijgevolg kan de rechter vrij het verdere verloop van het gesprek bepalen en zodoende in het belang van het kind tegemoet komen aan de diversiteit van opvoedingssituaties waarmee hij wordt geconfronteerd.<sup>938</sup> Bij wijze van uitzondering kan de rechter ook een psycholoog of sociaal assistent aanduiden om het kind te horen, voor zover de belangen van het kind dit vereisen (art. 388-1, eerste lid Cc *juncto* art. 338-9, tweede lid CPC). Deze beslissing moet op uitdrukkelijke wijze worden gemotiveerd in het licht van de belangen van het kind. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan de situatie dat het kind zich moeilijk kan uitdrukken of dat het kind een psychologische druk ervaart van zijn tweede ouder om zich negatief uit te laten over de opvoedingskwaliteiten van de zorgouder aan wie de andere ouder van het kind bestanddelen van het ouderlijk gezag wenst over te dragen. De rechter zal een neutrale en onpartijdige psycholoog of sociaalassistent aanduiden. Deze mag met andere woorden geen banden hebben met het kind, een van zijn ouders of de zorgouder (art. 338-9, eerste lid CPC).<sup>939</sup> De mogelijkheid voor de rechter om het kind te laten

---

<sup>937</sup> Circulaire 3 maart 1993, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, *JORF* 24 maart 1993, 1.2.3, (4555) 4555; Circulaire 19 april 2017 relative à la protection judiciaire de l'enfant, *BOMJ* n°2017-04 van 28 april 2017, fiche n°2, (1) 2; A. GOUTTENOIRE, , "Audition du mineur" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 236.203-236.204, (1036) 1061; C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nr. 78.

<sup>938</sup> C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nrs. 85-87.

<sup>939</sup> M. DOUCHY-LOUDOT, "Fasc. 600-25: audition du mineur en justice", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 13 april 2016), nr. 49; L. FRANCOZ-TERMINAL, "Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire", *Dr.fam.* 2009, n° 9, étude 30, nrs. 28-34; L. GEBLER, « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *Enfances & psy* 2007/3, n° 36, (50) 54-55; A. GOUTTENOIRE, , "Audition du mineur" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 236.203-236.204 en nrs. 236.211-236.216, (1036) 1061-1063; C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nrs. 78-82.

horen door een andere persoon wordt verantwoord vanuit de idee dat het kind zoveel als mogelijk gestimuleerd moet worden om zijn mening te uiten in de voor hem meest gunstige omstandigheden.<sup>940</sup> Niettegenstaande blijft het een uitzonderlijke maatregel aangezien het doel van het verhoor door de rechter erin bestaat een persoonlijk contact tot stand te brengen met het kind over wie de zorgouder het ouderlijk gezag wenst uit te oefenen.<sup>941</sup>

Ook in Engeland kan de rechter steeds het kind horen in een persoonlijk gesprek om zodoende op rechtstreekse wijze kennis te nemen van diens wensen en gevoelens.<sup>942</sup> Zoals *supra* toegelicht gaat het dan meestal om kinderen van zeven jaar of ouder (cf. nr. 259). De rechter beschikt over een ruime appreciatiebevoegdheid om te bepalen waar en wanneer het gesprek zal plaatsvinden, wie het kind moet voorbereiden op het verhoor (meestal de *CAFCASS officer*) en wie het kind van en naar het verhoor zal brengen.<sup>943</sup> In de praktijk blijken dergelijke persoonlijke gesprekken eerder weinig voor te komen.<sup>944</sup> De terughoudendheid van de rechters om het kind naar zijn of haar mening te vragen in een privégesprek houdt verband met de procesrechtelijke bewijsregels en het beginsel van tegenspraak. Om deze redenen kan het verhoor van het kind niet geheim blijven en moet de verkregen informatie door de rechter aan de zorgouder en/of de ouders worden meegedeeld.<sup>945</sup> Het is aan de rechter om het kind

---

<sup>940</sup> Cass. (2e civ.), 5 juni 1991, *Bull. civ.* 1991, II, n°173; zie de bevestiging van deze rechtspraak in Circulaire 3 maart 1993, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, *JORF* 24 maart 1993, 1.2.1, (4555) 4555.

<sup>941</sup> Circulaire 3 maart 1993, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, *JORF* 24 maart 1993, 1.2.1, (4555) 4555; M. DOUCHY-OUDOT, "Fasc. 600-25: audition du mineur en justice", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 13 april 2016), nr. 47.

<sup>942</sup> zie onder andere: F. BURTON, *Family law*, Londen, Routledge, 2015, 346.

<sup>943</sup> zie *Guidelines for Judges Meeting Children Who Are Subject to Family Proceedings*, 2010, para. 5, i)-v), via:

[https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines\\_for\\_judges\\_meeting\\_children.pdf](https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf).

<sup>944</sup> L. CAFFREY, "Hearing the 'voice of the child?' The role of child contact centres in the family justice system", *CFLQ* 2013/25, (357) 358-359; N. LOWE en M. MURCH, "Children's participation in the family justice system – translating principles into practice", *CFLQ* 2001, vol. 13, n°2, (137) 141; zie recent over deze discussie: S. BERG, "Should children be heard in English family law cases?", *BB News*, 17 oktober 2017, via: <http://www.bbc.com/news/uk-41603236>.

<sup>945</sup> *Mabon v Mabon* [2005] EWCA Civ 634 [2005] Fam 366 at [38]; zie onder andere: Baroness HALE, "The voice of the child", *IFL* 2007, 171-176.

hierover te informeren.<sup>946</sup> De rechter bepaalt tevens wie verslag uitbrengt van het verhoor en hoe dit aan de ouders en de zorgouder moet worden gecommuniceerd zodat zij eventueel opmerkingen kunnen maken.<sup>947</sup> Daarnaast kan de rechter ook informatie verkrijgen over de wensen en gevoelens van het kind op indirecte wijze via een welzijnsrapport (s 7(1) CA 1989).<sup>948</sup> De rechter kan op elk ogenblik in de procedure de opmaak van een dergelijk rapport bevelen door een *CAFCASS officer*.<sup>949</sup> Een welzijnsrapport heeft tot doel om de rechter informatie te verschaffen over de familiale omstandigheden waarin het kind opgroeit en meer algemeen het welzijn van het kind teneinde een weloverwogen beslissing te kunnen nemen inzake de toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder. In de uitvoering van zijn opdracht zal de *CAFCASS officer* de nodige onderzoeken moeten doen, en meer specifiek het kind horen in een voor hem vertrouwde omgeving, alsook de andere betrokkenen zoals de ouders en de zorgouder.<sup>950</sup> Het verhoor kan plaatsvinden in persoon of via moderne communicatiemiddelen (o.a. skype, telefoon) op momenten en plaatsen bepaald door de *CAFCASS officer*.<sup>951</sup> Vervolgens brengt de *CAFCASS officer* mondeling of schriftelijk verslag uit van zijn bevindingen aan de rechter. In de praktijk wordt meestal een schriftelijk rapport overhandigd dat onder andere informatie uit het verhoor

---

<sup>946</sup> zie *Guidelines for Judges Meeting Children Who Are Subject to Family Proceedings*, 2010, para. 6, i), via: [https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines\\_for\\_judges\\_meeting\\_children.pdf](https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf).

<sup>947</sup> zie *Guidelines for Judges Meeting Children Who Are Subject to Family Proceedings*, 2010, para. 5, vii) en para. 6, iv), via: [https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines\\_for\\_judges\\_meeting\\_children.pdf](https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf).

<sup>948</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 455; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 10-007, 230; zie ook: J. MASSIN, "Paternalism, participation and placation: young people's experiences of representation in child protection proceedings in England and Wales" in J. DEWAR en S. PARKER (eds.), *Family law: processes, practices, pressures*, Oxford, Hart Publishers, 2003, (79) 81.

<sup>949</sup> Onder bepaalde voorwaarden kan ook de 'local authority' deze opdracht krijgen.

<sup>950</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 456-457; N. LOWE en M. MURCH, "Children's participation in the family justice system – translating principles into practice", *CFLQ* 2001, vol. 13, n<sup>o</sup>2, (137) 142; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 13-026, 301; zie daarover ook: *Cafcass Operating Framework*, nr. 1.20 en nrs. 1.23-1.26, via:

[https://www.cafcass.gov.uk/media/212819/cafcass\\_operating\\_framework.pdf](https://www.cafcass.gov.uk/media/212819/cafcass_operating_framework.pdf).

<sup>951</sup> *Cafcass Operating Framework*, nrs. 2.21-2.25, via:

[https://www.cafcass.gov.uk/media/212819/cafcass\\_operating\\_framework.pdf](https://www.cafcass.gov.uk/media/212819/cafcass_operating_framework.pdf).



van het kind bevat alsook aanbevelingen.<sup>952</sup> Maar ook wanneer geen welzijnsrapport is bevolen zal de *CAFCASS officer* de wensen en gevoelens van het kind over de tot toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder in een brief aan de rechter kunnen overhandigen.<sup>953</sup> Zodoende vormt de *CAFCASS officer* het belangrijkste communicatiekanaal voor het kind in de gerechtelijke procedure.<sup>954</sup>

262. Het kind kan in Frankrijk afzonderlijk worden gehoord over het verzoek tot overdracht van bestanddelen van het ouderlijk gezag, of in aanwezigheid van een advocaat of andere vertrouwenspersoon (art. 388-1, tweede lid Cc). De wetgever laat uitdrukkelijk de aanwezigheid van andere personen toe tijdens het verhoor teneinde een omgeving te creëren waarbinnen het kind wordt gestimuleerd om zijn gevoelens te uiten.<sup>955</sup> Opteert het kind voor de aanwezigheid van een advocaat, dan kan het zelf zijn advocaat kiezen, bij gebreke waarvan de rechter een advocaat aanduidt (art. 338-7 CPC). De rol van de advocaat tijdens het verhoor bestaat erin het kind te helpen bij het verwoorden van zijn mening zonder evenwel in zijn plaats te treden. Er is met andere woorden geen sprake van een vertegenwoordiging in rechte van het kind of het verlenen van juridische bijstand.<sup>956</sup> Opteert het kind om te worden gehoord over de overdracht van het ouderlijk gezag in aanwezigheid van een vertrouwenspersoon, dan kan het elke persoon aanduiden die het verwoorden van zijn mening helpt

---

<sup>952</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 458; zie specifiek: *Cafcass Services, Principles and Standards*, para 3.11.1-3.11.3.

<sup>953</sup> zie *Guidelines for Judges Meeting Children Who Are Subject to Family Proceedings*, 2010, preambule, eerste punt, via: [https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines\\_for\\_judges\\_meeting\\_children.pdf](https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf).

<sup>954</sup> *The Government Response to the Family Justice Review: A system with children and families at its heart*, 2012, 27, via: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/177097/CM-8273.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/177097/CM-8273.pdf); zie ook in die zin: Law Commission n°172, para 3.23; *Cafcass Operating Framework*, nrs. 1.17-1.18, via: [https://www.cafcass.gov.uk/media/212819/cafcass\\_operating\\_framework.pdf](https://www.cafcass.gov.uk/media/212819/cafcass_operating_framework.pdf).

<sup>955</sup> M. DOUCHY-LOUDOT, "Fasc. 600-25: audition du mineur en justice", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 13 april 2016), nr. 46.

<sup>956</sup> L. FRANCOZ-TERMINAL, "Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire", *Dr.fam.* 2009, n°9, étude 30, nr. 24; A. GOUTTENOIRE, "Audition du mineur" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 236.221-236.223, (1036) 1063-1065 en nrs. 236.231-236.232, (1036) 1064-1065; C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nrs. 89-94.

bevorderen, zoals een sociaal assistent of een onderwijzer. De verzoekende ouders zelf kunnen als partijen niet bij het verhoor aanwezig zijn. Dit geldt eveneens voor de ouder die slechts een recht van toezicht en informatie uitoefent en om die reden zich kan verzetten tegen het verzoek gedaan door de andere ouder die het ouderlijk gezag uitoefent (cf. nr. 251). De rechter kan bovendien in het belang van het kind diens keuze terzijde schuiven en een andere persoon als vertrouwenspersoon aanduiden.<sup>957</sup>

Wordt het kind in Engeland gehoord door een rechter dan zal de rechter bepalen wie aanwezig *moet* zijn bij het verhoor. Een kind kan immers niet door de rechter alleen worden gehoord.<sup>958</sup> Heeft de *CAFCASS officer* een gesprek met het kind al dan niet in het kader van een onderzoek naar diens welzijn (s7 (1) CA 1989), dan kunnen eveneens andere personen aanwezig zijn. Een dergelijke praktijk is nergens verboden in de wetgeving noch in de gedragsrichtlijnen opgesteld voor de *CAFCASS officers* (cf. nr. 261).<sup>959</sup>

263. Hoewel in Frankrijk het verdere verloop van het verhoor van het kind niet aan specifieke procedurele regels onderworpen is (cf. nr. 261), dienen de algemene procesrechtelijke principes wel te worden nageleefd.<sup>960</sup> Zodoende moet de rechter krachtens het beginsel van tegenspraak verslag (FR: '*compte rendu*') uitbrengen van het verhoor zodat de ouders desgevallend opmerkingen kunnen maken (art. 338-12 CPC). Omwille van het belang van het kind zal de rechter in dit verslag geen elementen opnemen die het kind in gevaar kunnen brengen, maar uitsluitend elementen weergeven die relevant zijn voor de vorming van zijn oordeel

---

<sup>957</sup> Circulaire 3 maart 1993, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, *JORF* 24 maart 1993, 1.2.2, (4555) 4555, A. GOUTTENOIRE, "Audition du mineur" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 236.224, (1036) 1064; C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nrs. 95-98.

<sup>958</sup> zie *Guidelines for Judges Meeting Children Who Are Subject to Family Proceedings*, 2010, para. 5, vi), via: [https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines\\_for\\_judges\\_meeting\\_children.pdf](https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf).

<sup>959</sup> zie *Cafcass Operating Framework*, via: [https://www.cafcass.gov.uk/media/212819/cafcass\\_operating\\_framework.pdf](https://www.cafcass.gov.uk/media/212819/cafcass_operating_framework.pdf).

<sup>960</sup> C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nr. 85.

over het verzoek tot overdracht van (bestanddelen van) het ouderlijk gezag aan de zorgouder.<sup>961</sup> Het verslag moet niet verplicht schriftelijk zijn, zodat ook een mondelinge weergave volstaat.<sup>962</sup> Dat de informatie uit het verhoor aan de tegenspraak van de ouders moet worden onderworpen, vloeit voort uit het feit dat het belang van het kind een van de elementen is waarop de rechter zich baseert om al dan niet de overdracht van bestanddelen van het ouderlijk gezag aan de zorgouder toe te staan.<sup>963</sup> Binnen deze context is het kind dan ook niet verplicht om op alle vragen van de rechter te antwoorden tijdens zijn verhoor. Het kind beschikt met andere woorden over een zwijgrecht.<sup>964</sup>

Een gelijkaardige regeling geldt in Engeland. Zoals *supra* toegelicht moet een verslag van het verhoor door de rechter worden gecommuniceerd aan de ouders (cf. nr. 261). Maar ook wanneer door de *CAFCASS officer* een welzijnsrapport werd opgesteld met daarin de wensen en gevoelens van het kind moet de inhoud van dit rapport aan de ouders worden meegedeeld. Slechts bij gevaar voor het kind kan daarvan worden afgezien.<sup>965</sup>

264. Na het verhoor bepaalt de rechter in Frankrijk op soevereine wijze welke waarde toekomt aan de mening van het kind rekening houdend met diens maturiteit en leeftijd overeenkomstig art. 12, eerste lid IVRK. Aangezien een specifieke wetgevende bepaling ontbreekt, maakt de rechter daarbij een afweging tussen de mening van het kind en diens belang. Stemt de mening van het kind niet overeen met zijn belang zoals opgevat door de

---

<sup>961</sup> M. DOUCHY-OUDOT, "Fasc. 600-25: audition du mineur en justice", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 13 april 2016), nrs. 51-52; L. FRANCOZ-TERMINAL, "Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire", *Dr.fam.* 2009, n°9, étude 30, nr. 26.

<sup>962</sup> M. DOUCHY-OUDOT, "Fasc. 600-25: audition du mineur en justice", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 13 april 2016), nr. 50; met veel verschillen in de praktijk tot gevolg: L. GEBLER, « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *Enfances & psy* 2007/3, n°36, (50) 55-57.

<sup>963</sup> L. FRANCOZ-TERMINAL, "Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire", *Dr.fam.* 2009, n°9, étude 30, nr. 27.

<sup>964</sup> A. GOUTTENOIRE, "Audition du mineur" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 236.181, (1036) 1059-1060.

<sup>965</sup> Re D (minors) (adoption reports: confidentiality) [1996] AC 593; Re A (A Child)(Disclosure of Third Party Information)[2012] EWCA Civ 1204; A. ZUCKERMAN, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, Londen, Thomson Reuters, 2013, 3.196, 154-155.

rechter, dan moet de rechter het belang van het kind laten prevaleren.<sup>966</sup> Wanneer bijvoorbeeld het kind tijdens zijn verhoor zich positief heeft uitgelaten over zijn zorgouder maar deze reeds veroordeeld werd voor zedenfeiten ten aanzien van minderjarigen, dan zal de rechter geen overdracht van bestanddelen van het ouderlijk gezag toestaan.

Ook in Engeland neemt de rechter de gevoelens en wensen van het kind met betrekking tot de toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder in acht overeenkomstig zijn leeftijd en maturiteit (s 1(3)(a) CA 1989).<sup>967</sup> De rechter gaat tevens na op welke wijze deze wensen en gevoelens zijn tot stand gekomen. Werd het kind beïnvloed onder druk van zijn ouders of de zorgouder dan zal de rechter de door het kind geuite wensen en gevoelens kunnen opzijshuiven.<sup>968</sup> Dit zal de rechter eveneens kunnen doen wanneer de wensen en gevoelens van het kind niet overeenstemmen met zijn eigen belangen.<sup>969</sup> Omgekeerd zal de rechter meer waarde hechten aan de wensen en gevoelens van een kind dat goede redenen heeft om deze te uiten en zich bewust is van het verzoek en de gevolgen ervan.<sup>970</sup>

265. Een evaluatie van de Franse en Engelse regeling laat toe te besluiten dat deze door een aantal voor- en nadelen worden gekenmerkt.

Zo heeft de rechter een grote appreciatiebevoegdheid om te oordelen of hij het kind zal horen of niet. Daartoe moet de rechter controleren of het kind over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt om te worden gehoord. In beide rechtsstelsels werd bewust gekozen voor een dergelijk open criterium opdat geen kind zou kunnen worden uitgesloten van het hoorrecht louter op basis van zijn leeftijd en rekening kan worden

---

<sup>966</sup> A. GOUTTENOIRE, "Audition du mineur" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 236.281-236.282, (1036) 1069-1070.

<sup>967</sup> Law Commission n°172, para. 3.23; N. LOWE en M. MURCH, "Children's participation in the family justice system – translating principles into practice", *CFLQ* 2001, vol. 13, n°2, (137) 140; C. PIPER en A. MIAKISHEV, "A child's right to veto in England and Wales – another welfare ploy?", *CFLQ* 2003, vol. 15, n°1, (57) 62.

<sup>968</sup> R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 10-007, 229.

<sup>969</sup> M. D. A. FREEMAN, "Annual survey of family law 1992. England: 1992 as annus horribilis", *Journal of family law* 1993-94, vol. 32, n°2, (293) 305.

<sup>970</sup> R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 10-007, 230.

gehouden met de evolutie van het kind naar volwassenheid (cf. nr. 259).<sup>971</sup> De afwezigheid van een leeftijdsgrens heeft evenwel als nadeel dat de rechtbanken zwaarder worden belast omdat ze geval per geval moeten beoordelen of het kind kan worden gehoord. Tevens rijst het probleem dat rechters niet opgeleid zijn om te communiceren met (jonge) kinderen.<sup>972</sup> Bovendien komt bij gebrek aan een leeftijdsgrens de bewijslast om te worden gehoord bij het kind zelf te liggen.<sup>973</sup> Verder heeft de ruime appreciatiebevoegdheid van rechters tot gevolg dat kinderen verschillend worden behandeld al naargelang de familierechtbank waar ze verzoeken om te worden gehoord.<sup>974</sup> Om al deze redenen wordt gepleit voor de invoering van een wettelijke leeftijdsgrens waarop rechters zich kunnen baseren als vermoeden dat een kind vanaf die leeftijd over het nodige onderscheidingsvermogen beschikt.<sup>975</sup> In de praktijk blijkt immers dat rechters in beide rechtsstelsels *de facto* reeds een leeftijdsgrens hanteren, die in Frankrijk rond dertien jaar ligt en in Engeland rond zeven jaar (cf. nr.

---

<sup>971</sup> **Engeland:** House of Lords, *Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1986] 1 AC 112, Lord Scarman, (112) 176-191, zie spec. 182-190;

**Frankrijk:** Rapport annuel du Défenseur des enfants (M. DERAÏN), "L'enfant et sa parole en justice", 2013, 36.

<sup>972</sup> **Engeland:** N. LOWE en M. MURCH, "Children's participation in the family justice system – translating principles into practice", *CFLQ* 2001, vol. 13, n°2, (137) 143-144; zie daarover specifiek: C. SAWYER, "The competence of children to participate in family proceedings", *CFLQ* 1995, 180 e.v.;

**Frankrijk:** C. BRISSET, *L'enfant face à la justice*, (Défenseur des enfants. Rapport annuel 2005), 2005, 100.

<sup>973</sup> C. M. M. VAN LEEUWEN, "Het hoorrecht in het civiele jeugdrecht gaat over grenzen. Over de functie en de waarde van de leeftijdsgrens in het hoorrecht in het civiele jeugdrecht", *FJR* 2017/56, (260) 264.

<sup>974</sup> **Engeland:** R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 10-007, 228;

**Frankrijk:** C. BRISSET, *L'enfant face à la justice*, (Défenseur des enfants. Rapport annuel 2005), 2005, 97; Rapport annuel du Défenseur des enfants (M. DERAÏN), "L'enfant et sa parole en justice", 2013, 36; L. GEBLER, « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *Enfances & psy* 2007/3, n°36, (50) 53; C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nr. 55.

<sup>975</sup> **Engeland:** Family Justice Minister, S. HUGHES, 24 juli 2014, <https://www.gov.uk/government/speeches/simon-hughes-speech-at-the-voice-of-the-child-conference>;

**Frankrijk:** C. BRISSET, *L'enfant face à la justice*, (Défenseur des enfants. Rapport annuel 2005), 2005, 99-100; L. FRANCOZ-TERMINAL, "Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire", *Dr.fam.* 2009, n°9, étude 30, nr. 6; L. GEBLER, « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *Enfances & psy* 2007/3, n°36, (50) 53.

259).<sup>976</sup> Een ander nadeel is dat in beide rechtsstelsels het beginsel van tegenspraak vereist dat de inhoud van het verhoor met het kind wordt meegedeeld aan de ouders (cf. nr. 263). Niettegenstaande zowel in Frankrijk als in Engeland de wetgever het horen van kinderen zoveel als mogelijk tracht te stimuleren door onder andere de aanwezigheid van een vertrouwenspersoon of advocaat bij het gesprek toe te laten (cf. nr. 262), bestaat de kans dat het kind zich toch geremd voelt om zijn gevoelens en wensen ten volle te uiten doordat het verhoor niet geheim is. Daarenboven heeft in geen van beide rechtsstelsels de wetgever bepaald op welke wijze de inhoud van het verhoor aan de ouders moet worden gecommuniceerd. Dient bijvoorbeeld een proces-verbaal te worden opgemaakt of volstaat een mondeling verslag? Doordat de rechter zelf invulling moet geven aan deze verplichting bestaan in de praktijk grote verschillen tussen de familierechtbanken. Bijgevolg bestaat ook hier het risico op een verschillende behandeling van de betrokkenen al naargelang de familierechtbank waar ze verzoeken om ouderlijk gezag toe te kennen aan de zorgouder. Bovendien moet worden opgemerkt dat in Frankrijk de ouders ook kunnen verzoeken dat het kind wordt gehoord (cf. nr. 260). Deze mogelijkheid is opvallend aangezien de ouders van het kind niet aanwezig mogen zijn bij het verhoor uit vrees dat ze druk zouden uitoefenen op het kind (cf. nr. 262).

De ruime appreciatiebevoegdheid van de rechter heeft in Frankrijk en Engeland ook voordelen. Het feit dat de rechter immers volledig vrij kan bepalen waar, wanneer en op welke wijze het verhoor zal plaatsvinden, en wie daarbij aanwezig kan zijn maakt het mogelijk dat hij rekening kan houden met de behoeften van het kind en de concrete omstandigheden waarin het verzoek om toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder wordt gedaan (cf. nr. 261).<sup>977</sup> Door het verhoor bijvoorbeeld bij het kind

---

<sup>976</sup> **Engeland:** *Guidelines for Judges Meeting Children Who Are Subject to Family Proceedings*, 2010, para. 3, via: [https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines\\_for\\_judges\\_meeting\\_children.pdf](https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf);

**Frankrijk:** C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nrs. 57-58.

<sup>977</sup> **Engeland:** zie *Guidelines for Judges Meeting Children Who Are Subject to Family Proceedings*, 2010, para. 5, i)-v), via:

thuis te laten plaatsvinden, kan de rechter een context creëren waarbinnen het kind gestimuleerd wordt om te spreken. Mede vanuit deze *ratio* kan de rechter in Frankrijk beslissen om het kind te laten horen door een psycholoog of sociaalassistent, en kan ook in Engeland het kind worden gehoord door een medewerker van de sociale dienst van de familierechtbank (i.e. *CAFCASS officer* – cf. nr. 261). Anders dan de rechter beschikken deze personen immers over de nodige competenties om een kind te horen en zijn ze allicht minder intimiderend voor een kind om een gesprek aan te gaan.<sup>978</sup> Deze onrechtstreekse wijze van horen heeft evenwel tot gevolg dat geen band wordt opgebouwd tussen de rechter en het kind, terwijl dit juist het doel van het verhoor uitmaakt.

### **AFDELING 3. Van rechtswege**

266. Indien aan alle toepassingsvoorwaarden voldaan is, verkrijgt de zorgouder in Duitsland van rechtswege de uitoefening van een beperkt *Sorgerecht* (§ 1687b (1) BGB, § 9(1) LPartG). Uit de voorbereidende werken blijkt dat de wetgever de overeenstemming tussen de ouder en de zorgouder (D: *im Einvernehmen*) die tot uiting komt in een huwelijk of geregistreerd partnerschap als voldoende beschouwt om dit recht aan de zorgouder toe te kennen. Bijgevolg is een tussenkomst van de rechter niet nodig en moet het kind niet worden gehoord.<sup>979</sup> Ook elders in de wet gaat de wetgever van deze veronderstelling uit, zoals onder meer bij de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag ingevolge het huwelijk van de ouders na de geboorte (§ 1626a(1), tweede zin BGB) of de toestemming van beide ouders in de

---

[https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines\\_for\\_judges\\_meeting\\_children.pdf](https://fnf.org.uk/phocadownload/downloads/guidelines_for_judges_meeting_children.pdf); **Frankrijk**: C. WATINE-DROUIN, "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), nrs. 85-87.

<sup>978</sup> **Engeland**: N. LOWE en M. MURCH, "Children's participation in the family justice system – translating principles into practice", *CFLQ* 2001, vol. 13, n°2, (137) 143-144;

**Frankrijk**: Rapport annuel du Défenseur des enfants (M. DERAÏN), "L'enfant et sa parole en justice", 2013, 36-37.

<sup>979</sup> BT-Drucksache 14/2096, 8; BT-Drucksache 14/3751, 39, 45; G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nr. 2; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 71; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 6.

exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag door de vader (§ 1671(2), eerste zin BGB).

267. In de rechtsleer heerst evenwel kritiek op de van rechtswege toekenning van een beperkt *Sorgerecht* aan de zorgouder. Daardoor is immers geen toetsing mogelijk aan het belang van het kind en kan het kind evenmin gehoord worden. Hij of zij wordt automatisch onderworpen aan de uitoefening van beperkte bevoegdheden van het ouderlijk gezag door een derde, zijnde de zorgouder. Tevens wordt op die manier het belang van het kind steeds voorafgegaan door het belang van de ouder bij een erkenning van de nieuwe familiebanden ontstaan ingevolge zijn huwelijk of geregistreerd partnerschap met de zorgouder.<sup>980</sup> Bovendien verhindert een toekenning van rechtswege dat rekening wordt gehouden met de concrete omstandigheden waarin het kind wordt opgevoed zodat geen regeling op maat kan worden uitgewerkt voor de zorgouder.<sup>981</sup> Middels een toekenning van rechtswege wordt met andere woorden de sociale realiteit van diverse opvoedingssituaties en gezinssamenstellingen ontkend. Om deze redenen wordt door bepaalde rechtsleer verdedigd dat de uitoefening van (beperkte) bevoegdheden van het ouderlijk gezag via een rechterlijke tussenkomst aan de zorgouder moet worden toegekend. De rechter moet dan in het belang van het kind nagaan of een nauwe band bestaat tussen de zorgouder en het kind waarvoor een samenwoning tussen beiden noodzakelijk is, alsook of de zorgouder bereid is het contact te bevorderen tussen het kind en zijn eventuele tweede ouder en andere broers en zussen. De ouder en de zorgouder dienen volgens deze rechtsleer niet gehuwd te zijn aangezien de nauwe band tussen het kind en de zorgouder centraal staat bij de toekenning van bevoegdheden van het ouderlijk gezag aan de zorgouder. Deze band kan immers ook ontstaan wanneer geen sprake is van een huwelijk. Oordelen in andere zin zou bovendien kinderen die buiten een huwelijk van hun ouder en zorgouder worden opgevoed verschillend

---

<sup>980</sup> B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 71.

<sup>981</sup> L. SALGO, "§ 1687b BGB" in *Staudinger BGB IV §§ 1684-1717*, Berlijn, Sellier, 2006, nr. 14, (361) 369.



behandelen zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording voorhanden is.<sup>982</sup>

Andere rechtsleer is daarentegen wel voorstander van de toekenning van rechtswege. Op die manier is de rechtspositie van de zorgouder immers onmiddellijk afgebakend zowel ten aanzien van derden als ten aanzien van het kind.<sup>983</sup> De zorgouder die het kind van zijn nieuwe echtgenoot of partner in zijn huishouden opneemt is met andere woorden zeker dat hij over een beperkte vorm van ouderlijk gezag beschikt ten aanzien van dit kind zonder dat hij zelf stappen moet ondernemen.<sup>984</sup> Bij een rechterlijke tussenkomst is daarentegen wel een actief optreden vereist van de zorgouder en/of de ouder(s) van het kind, wat door de zorgouder als vernederend kan worden ervaren. Bovendien vereist een rechterlijke tussenkomst dat de ouders en de zorgouder op de hoogte zijn van deze mogelijkheid. Dat dit evenwel niet steeds het geval is blijkt uit de praktijk onder het oude recht, zijnde voor de invoering van § 1687b BGB, waar zorgouders slechts zelden de rechter om een machtiging verzochten voor het stellen van bepaalde handelingen in de opvoeding van het kind. Bijgevolg beschermt de toekenning van rechtswege de rechtsonderhorigen tegen hun eigen onwetendheid door dadelijk de rechtspositie van de zorgouder af te bakenen en rechtszekerheid te verschaffen.<sup>985</sup> Verder wordt ook op andere plaatsen in de wet van rechtswege de uitoefening van ouderlijk gezag toegekend aan bepaalde derden, zoals bijvoorbeeld aan pleegzorgers (§ 1688 (1) BGB), zodat een dergelijke werkwijze niet strijdt met de geest van de bestaande

---

<sup>982</sup> N. DETHLOFF, "Reform des Kindschaftsrechts", *NJW* 1992, (2200) 2202-2203; zie ook niet aangenomen voorstellen in die zin: *BT-Drucksache* 12/4024 (1992), nr. 23 en *BT-Drucksache* 13/1752, nr. 22.

<sup>983</sup> D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2005, (761) 763; J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 2, 750.

<sup>984</sup> L. M. PESCHEL-GUTZEIT, "Stiefkinder und ihre Familien in Deutschland - Rechtlicher Status und tatsächliche Situation", *FPR* 2004, (47) 49.

<sup>985</sup> D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2005, (761) 767; J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 2, 750.

wetgeving.<sup>986</sup> Anders dan bij een rechterlijke tussenkomst is tevens de omvang van het toegekend recht bij wet vastgelegd zodat onzekerheden over de draagwijdte ervan grotendeels achterwege blijven. Daarbij moet worden opgemerkt dat de zorgouder niet verplicht is om het *Sorgerecht* uit te oefenen,<sup>987</sup> en dat de ouder en zorgouder desgevallend zelf dit recht kunnen beperken (cf. *infra* nr. 362).<sup>988</sup>

## **HOOFDSTUK 2.       Zorgouderschapsstatuut - *de lege ferenda***

268. In dit proefschrift kan het zorgouderschapsstatuut op twee wijzen worden verkregen, ofwel via een gemeenschappelijke verklaring afgelegd bij de ambtenaar van de burgerlijke stand (afdeling 1), ofwel via een rechterlijke beslissing wanneer een verklaring niet mogelijk is (afdeling 2).

### **AFDELING 1.   Via zorgouderschapsverklaring**

269. In wat volgt wordt eerst verantwoord waarom in dit proefschrift wordt geopteerd voor een zorgouderschapsverklaring ter verkrijging van het statuut (§ 1), om daarna de werking ervan uiteen te zetten (§ 2).

#### **§ 1.   Verantwoording**

270. De keuze voor een zorgouderschapsverklaring past binnen de tendens in het familierecht om steeds meer de wilsautonomie van individuen te erkennen.<sup>989</sup> Deze tendens heeft zich in twee fasen voltrokken. Waar

---

<sup>986</sup> D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2005, (761) 767.

<sup>987</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 2, 750.

<sup>988</sup> D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2005, (761) 767-768.

<sup>989</sup> zie daarover onder andere: A. HEYVAERT, "De contractualisering van verhoudingen van staat" in X (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, nrs. 20 e.v., (165) 171-195; F. SWENNEN, "Contractualisation of family law", *Familie & Recht* 2013, juli-september, DOI: 10.5553/FenR/000008; F. SWENNEN (ed.), *Contractualisation of family law – Global perspectives*, Springer, 2015, 372p; zie ook: C. BUDZIKIEWICZ, "Contracting on parentage" in *Family law and culture in Europe*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 151-168, zie vnl. 167-168; zie daarover ook uitgebreid: S. MATTHÉ, *Familie recht als verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2016, 517p.

aanvankelijk in de Code Napoleon het zwaartepunt van het familierecht bij de grote familie lag,<sup>990</sup> is dit na de Tweede Wereldoorlog in een eerste fase verschoven naar het kerngezin,<sup>991</sup> om sinds enkele decennia in een tweede fase te zijn verschoven naar de individuele gezinsleden. De opkomst van de wilsautonomie gaat met andere woorden hand in hand met het individualisme dat de huidige maatschappij kenmerkt.<sup>992</sup> Dit individualisme in het (familie)recht vindt zijn oorsprong in de mensenrechten die sinds de tweede helft van de twintigste eeuw steeds meer op de voorgrond zijn getreden (bv. EVRM, BUPO),<sup>993</sup> en waardoor individuen binnen de familierelaties rechten en plichten ten aanzien van elkaar verkregen (bv. het recht op familieleven – cf. nrs. 90 e.v.). Zo worden kinderen in het IVRK uitdrukkelijk erkend als dragers van mensenrechten die omwille van hun onrijpheid en bijgevolg kwetsbare positie recht hebben op bescherming en verzorging, alsook op inspraak in alle aangelegenheden die hen aanbelangen.<sup>994</sup> Volgens bepaalde rechtsleer is deze juridisering van familierelaties problematisch aangezien daardoor het risico op conflictueuze relaties stijgt (cf. nrs. 340-358).<sup>995</sup>

---

<sup>990</sup> Bijvoorbeeld: bloedverwanten tot de twaalfde graad konden erven van de erflater.

<sup>991</sup> Zo kan de langstlevende echtgenoot erven sinds 1981, terwijl deze onder de Code Napoleon niet kon erven.

<sup>992</sup> E. LANCKSWERDT, *Menselijke kracht in het recht. Een ontwikkelingsgerichte visie op het recht en de rechtspraak*, Gent, Larcier, 2014, 41-46, zie vnl. 42-46 voor een aantal kanttekeningen bij de individualisering van het recht; D. LUYTEN en S. EGGERMONT, in D. LUYTEN, H. VAN CROMBRUGGE en K. EMMERY (eds.), *Het gezin in Vlaanderen 2.0: over het eigene van gezinnen en gezinsbeleid*, Antwerpen, Garant, 2017, (77) 101 e.v.; zie daarover uitgebreid: J.-L. RENCHON, "Le droit de la personne et de la famille: de l'indisponibilité à l'autodétermination?" in D. HEIRBAUT en G. MARTYN (eds.), *Napoleons Nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België*, Mechelen, Kluwer, 2005, 99 e.v. zie specifiek 114-121 met voorbeelden; J.-L. RENCHON, "Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille" in A. WIJFFELS (eds.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Brussel, Bruylant, 2005, 269 e.v., zie vnl. nrs. 23-31 met voorbeelden vanaf nrs. 32 e.v.

<sup>993</sup> F. SWENNEN, "Contractualisation of family law", *Familie & Recht* 2013, juli-september, DOI: 10.5553/FenR/000008.

<sup>994</sup> E. DE KEZEL, "Het begrip 'het belang van het kind' ", *RW* 1998-99, nr. 9, (1163) 1165; H. VAN CROMBRUGGE, "De gezinspedagogische betekenis van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind" in M. BOUVERNE-DE BIE e.a. (eds.), *Het gezin en de rechten van het Kind*, Leuven, Acco, 1999, (13) 13-16.

<sup>995</sup> V. POULEAU, "À propos de la Convention des droits de l'enfant. L'enfant sujet de droits: enfin une réalité", *JT* 1990, nr. 11, (617) 619, nr. 43, (617) 624 en nr. 70, (617) 627; R. J. LEVY, "The rights of parents", *Brigham Young University Law Review* 1976, (693) 693-707; *contra*: M. COUZENS, "Autonomy rights versus parental autonomy" in A. ALLEN, H. BOSLY en M. DE BIE, J. VANDE LANOTTE, e.a. (eds.), *The*

Binnen het familierecht wordt het individualisme bovendien nog verder gestimuleerd door de brede waaier aan statuten die de wetgever ter beschikking stelt om de relaties tussen volwassenen (bv. huwelijk, wettelijke samenwoning) en tussen kinderen en volwassenen (bv. pleegzorg, pleegvoogdij, adoptie, etc.) juridisch te omkaderen. Elk van deze statuten tracht tegemoet te komen aan de specifieke feiten van de relatie en de behoeften van de betrokken rechtssubjecten.<sup>996</sup> Ook het zorgouderschapstatuut omkadert als dusdanig een specifieke opvoedingssituatie die zich om de voormelde redenen onderscheidt van andere situaties waarin kinderen worden opgevoed door een persoon die als feitelijke ouder optreedt zonder hun juridische of biologische ouder te zijn (cf. nrs. 3 en 48).

Het paradoxale gevolg van dit individualisme binnen het familierecht is evenwel dat de overheid gedwongen wordt tot een terugtred in de regulering van de familie (*'delegalisation of the family'*) ten voordele van een zelfregulering door de betrokken individuen.<sup>997</sup> Deze zelfregulering vormt de uitdrukking van de wilsautonomie die een steeds meer centrale plaats inneemt bij de totstandkoming, invulling en beëindiging van relaties tussen volwassenen en tussen volwassenen en kinderen. Zo kan bijvoorbeeld juridisch ouderschap ontstaan op basis van een wilsuiting in de vorm een MBV-overeenkomst (art. 56 MBV-wet, art. 325/9 BW) of een erkenning (art. 313 BW, art. 319 BW, art. 325/4 BW), en kunnen gehuwden via een huwelijksovereenkomst hun huwelijksvermogensstelsel wijzigen (art. 1394 e.v. BW). Deze voorbeelden tonen aan dat de wilsautonomie in het familierecht de vorm kan aannemen van een (niet-) eenzijdige rechtshandeling of van een meezijdige rechtshandeling, i.e. een overeenkomst, bestaande uit het samentreffen van meerdere wilsuitingen in hoofde van de betrokken rechtssubjecten.<sup>998</sup> Aangezien de zorgouder met de

---

*UN Children's rights Convention: theory meets practice*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 419-438.

<sup>996</sup> A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys en Breesch, 1995, nrs. 437-438, 164-165.

<sup>997</sup> F. SWENNEN, "Contractualisation of family law", *Familie & Recht* 2013, juli-september, DOI: 10.5553/FenR/.000008.

<sup>998</sup> A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys en Breesch, 1995, nrs. 439-441, 165-167.

zorgouderschapsverklaring de verkrijging van het statuut beoogt, en zodoende rechtsgevolgen in het leven wil roepen, moet deze verklaring als een rechtshandeling worden gekwalificeerd.<sup>999</sup> Meer specifiek gaat het om een vrijwillige buitengerechtelijke rechtshandeling, aangezien een optreden van de rechter niet vereist is en de zorgouder uit vrije wil de verklaring moet afleggen. Hij kan daartoe door niemand worden gedwongen.

271. Het vrijwillige karakter van een verklaring vormt een andere reden waarom in dit proefschrift wordt geopteerd voor de zorgouderschapsverklaring ter verkrijging van het statuut. Centraal bij het zorgouderschap staat immers de vrije wil en bewuste keuze van de zorgouder om het kind op te voeden.<sup>1000</sup> Aangezien de vrije wil in hoofde van de zorgouder noodzakelijk is voor een goede werking van het statuut, dient deze eveneens doorslaggevend te zijn bij de toekenning ervan. Onder meer om deze reden is een toekenning van rechtswege op grond van de geïnstitutionaliseerde partnerrelatie, zoals een huwelijk of wettelijke samenwoning, tussen de zorgouder en ouder uit den boze. Ook uit de rechtspraakanalyse van het recht op familieleven in de zin van art. 8 EVRM blijkt immers duidelijk dat de bescherming van de verticale relatie tussen de zorgouder en het kind losstaat van de horizontale partnerrelatie tussen de zorgouder en de ouder van het kind (cf. nr. 113).

Bovendien staat in de reeds bestaande gezagsinstellingen van voogdij, provoogdij, pleegvoogdij en adoptie het vrijwillige karakter van de regeling eveneens centraal. Geen van deze regelingen kan worden opgelegd. Telkenmale is een uitdrukkelijke aanvaarding vereist (cf. nrs. 11, 15, 21 en 25).<sup>1001</sup> De rechtsvergelijkende analyse toont aan dat in Nederland, Frankrijk en Engeland de vrije wil van de zorgouder om het kind op te voeden tevens centraal staat bij de toekenning van ouderlijk gezag aan hem (cf. nrs. 243 e.v.).

---

<sup>999</sup> S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht – boek I*, Leuven, Acco, 2005, nr. 353.

<sup>1000</sup> Ook in die zin: S. CAP en J. SOSSON, "La place juridique du tiers au lien de filiation" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 36, (267) 308-309; N. GALLUS, "Les fondements et la représentation juridique de la parenté" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, nr. 18, (7) 19-20; L. LESTIENNE-SAUVÉ, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Parijs, LGDJ, 2013, nr. 44, 40-41.

<sup>1001</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS. cf. nr. 130 e.v.

Verder is de keuze voor een zorgouderschapsverklaring zonder tussenkomst van de familierechter, verantwoord vanuit de conflictueuze context waarbinnen een rechter normalerwijze optreedt.<sup>1002</sup> Aangezien bij de zorgouderschapsverklaring in beginsel geen geschil tussen de zorgouder en de ouder(s) bestaat kan dan ook niet worden ingezien welke meerwaarde een rechterlijke tussenkomst hier kan bieden.<sup>1003</sup> De afweging van de belangen van het kind, de ouder(s) en de zorgouder is immers al *in abstracto* gebeurd bij de uitwerking van het statuut en is daaraan met andere woorden inherent (cf. nr. 163). Bijgevolg dient een minnelijke verkrijging van het statuut door een verklaring voor de ambtenaar van de burgerlijke stand prioritair te zijn.

Ten slotte kan zoals *supra* vermeld (cf. nr. 5) vanaf 1 april 2018 zelfs de vestiging van een juridische afstammingsband gebeuren door middel van een eenvoudige verklaring voor de ambtenaar van de burgerlijke stand (i.e. erkenning). Bijgevolg kan *a fortiori* worden verdedigd dat via een verklaring de uitoefening van bepaalde ouderlijke bevoegdheden aan de zorgouder kan toekomen.

## **§ 2. Werking**

272. Opdat de zorgouderschapsverklaring geldig zou zijn, is vereist dat de zorgouder deze verklaring aflegt voor de ambtenaar van de burgerlijke stand (A) samen met de ouders van het kind die titularis zijn van het ouderlijk gezag (B). Tevens moet de verklaring een aantal verplichte gegevens bevatten (C).

A. Verklaring voor de ambtenaar van de burgerlijke stand

273. De keuze om de ambtenaar van de burgerlijke stand bevoegd te maken voor het afnemen van de verklaring houdt voornamelijk verband met proceseconomische redenen. Op die manier wordt een overbelasting van de rechtbank vermeden. Tevens kan via een verklaring voor de ambtenaar het

---

<sup>1002</sup> zie over de perceptie van de burger inzake het optreden van de rechter: M. MALSCH en E. DE BAKKER, "Niet-professionele rechtsdeelnemers over de rechtspraak" in M. MALSCH (ed.), *Recht der Werkelijkheid*, 2002, 3-12, via: <https://rechtensamenlevingdotorg.files.wordpress.com/2012/03/rdw2002-3-de-burger-in-de-rechtspraak-ervaringen-en-percepties-van-niet-professionele-procesdeelnemers.pdf>.

<sup>1003</sup> zie ook in die zin: Law Commission n°172, para. 2.18.

statuut veel sneller worden verkregen dan via een gerechtelijke procedure wat beter is voor het kind en diens opvoeding. Ten slotte sluit de verklaring voor de ambtenaar van de burgerlijke stand aan bij de recente evolutie in de wetgeving waarbij de notaris wordt ontlast van verklaringen die voortaan voor de ambtenaar moeten worden afgelegd (cf. nr. 5).<sup>1004</sup>

274. De bevoegde ambtenaar is de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woonplaats van het kind op wie de verklaring betrekking heeft. Deze verklaring kan worden afgelegd op ieder ogenblik. De ambtenaar van de burgerlijke stand kan de verklaring niet weigeren in ontvangst te nemen om opportuniteitsredenen, maar wel wanneer de persoon die aanspraak maakt op het zorgouderschapsstatuut niet over het nodige onderscheidingsvermogen beschikt. Dienaangaande voert de ambtenaar van de burgerlijke stand een controle uit zodat hij bijvoorbeeld een zorgouderschapsverklaring kan weigeren wanneer de persoon in kwestie door de vrederechter onbekwaam werd verklaard in het licht van een gerechtelijke beschermingsmaatregel met betrekking tot de persoon op grond van art. 492/1 BW. Zoals evenwel vermeld verzet de huidige stand van de wetgeving zich niet tegen het feit dat een ontvoogde minderjarige en een niet-ontvoogde minderjarige met voldoende onderscheidingsvermogen een zorgouderschapsverklaring afleggen, aangezien deze ook een kind kunnen erkennen (art. 328, § 1 BW) en het ouderlijk gezag kunnen uitoefenen (cf. nr. 241).<sup>1005</sup> Om vast te stellen of voldoende onderscheidingsvermogen aanwezig is zal de ambtenaar van de burgerlijke stand telkenmale *in concreto* moeten beoordelen of de persoon die een zorgouderschapsverklaring wil afleggen de draagwijdte van zijn voorgenomen handeling begrijpt.<sup>1006</sup> Ontbreekt voldoende onderscheidingsvermogen dan kan geen zorgouderschapsverklaring worden afgelegd aangezien bijstand of vertegenwoordiging uitgesloten is wegens het

---

<sup>1004</sup> Toekomstige art. 327/1 BW zoals ingevoegd door de Wet van 19 september 2017, BS 4 oktober 2017.

<sup>1005</sup> Naar analogie met de regeling voor de erkenning van een kind (zie onder andere: G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 120-122, 57-58).

<sup>1006</sup> Naar analogie met de regeling voor de erkenning van een kind: T. QUIREYNS, "De erkenning en de instemming met de erkenning door een minderjarige", *T.Fam.* 2016, nr. 8, (164) 167; G. VERSCHULDEN, "Art. 328 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 2009), nr. 4; G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 389, 246.

hoogstpersoonlijke karakter van de rechtshandeling.<sup>1007</sup> Evenwel kan de onbekwaamverkleerde meerderjarige van de vrederechter een bijzondere machtiging verkrijgen om de zorgouderschapsverklaring af te leggen, voor zover hij daartoe wilsbekwaam wordt geacht. Aangezien deze mogelijkheid bestaat voor de erkenning van een kind waarmee een juridische afstammingsband wordt gevestigd moet dit *a fortiori* mogelijk zijn voor het afleggen van de zorgouderschapsverklaring waardoor minder verstrekkende rechtsgevolgen ontstaan (naar analogie met art. 492/1, § 1, derde lid, 7° BW).<sup>1008</sup>

#### B. Gemeenschappelijke verklaring

275. De zorgouderschapsverklaring is een gemeenschappelijke verklaring afgelegd door de zorgouder en de ouders van het kind, voor zover zij titularis zijn van het ouderlijk gezag en ongeacht de wijze waarop zij het ouderlijk gezag uitoefenen.

De keuze voor een gemeenschappelijke verklaring is allereerst verantwoord omwille van het door art. 8 EVRM beschermde recht op familielevens van de ouders met hun kind (cf. nrs. 90 e.v.). De toekenning van een zorgouderschapsstatuut heeft immers een invloed op het ouderlijk gezag in hoofde van de ouders die moeten gedogen dat voortaan een derde ook het gezag uitoefent.

Bovendien benadrukt een gemeenschappelijke verklaring dat in hoofde van de ouders en de zorgouder duidelijk de wil aanwezig is om de zorgouder op lange termijn te betrekken in de opvoeding van het kind. Bijgevolg moet de ambtenaar van de burgerlijke stand niet controleren of een vertrouwensrelatie aanwezig is tussen de zorgouder en minstens een van de ouders (cf. nrs. 223-230) en of de zorgouder het kind opvoedt of wil opvoeden (cf. nrs. 199-204). Deze materiële toepassingsvoorwaarden worden verondersteld vervuld te zijn door het afleggen van de

---

<sup>1007</sup> Naar analogie met de regeling voor de erkenning van een kind: T. QUIREYNS, "De erkenning en de instemming met de erkenning door een minderjarige", *T.Fam.* 2016, nr. 9, (164) 167.

<sup>1008</sup> Naar analogie met de regeling voor de erkenning van een kind: T. QUIREYNS, "De erkenning en de instemming met de erkenning door een minderjarige", *T.Fam.* 2016, nr. 10, (164) 167.



gemeenschappelijke zorgouderschapsverklaring.<sup>1009</sup> De ambtenaar van de burgerlijke stand moet daarentegen wel nagaan of niet reeds een andere persoon als zorgouder werd erkend in de horizontale relatie tussen de zorgouder en de ouder (cf. nrs. 237-238), en of alle titularissen van het ouderlijk gezag mee de verklaring afleggen. Desgevallend weigert hij de zorgouderschapsverklaring. Bij weigering kunnen de zorgouder en de ouder(s) zich tot de familierechtbank wenden om toch nog het statuut te kunnen verkrijgen, naar analogie met de regeling van een erkenning (cf. art. 327/1, § 3, derde lid BW en art. 330/2, vijfde lid BW).<sup>1010</sup>

Verder toont ook de rechtsvergelijkende analyse aan dat in alle rechtsstelsels, behalve in het Duitse, beide ouders betrokken worden in de toekenning van ouderlijk gezag aan de zorgouder. Zo moet in Nederland de tweede ouder van het kind worden gehoord als belanghebbende in de procedure zonder zelf titularis te zijn van het ouderlijk gezag (cf. nr. 250). In Frankrijk daarentegen moet de tweede ouder die desgevallend niet verzoekt om de overdracht van het ouderlijk gezag wel titularis zijn om over het verzoek te worden geïnformeerd (cf. nr. 251), terwijl in Engeland eveneens vereist is dat de ouders titularis zijn van het ouderlijk gezag om te kunnen toestemmen in de *parental responsibility agreement* die ze aangaan met de zorgouder (cf. nr. 244).

Ten slotte moet worden vastgesteld dat ook in de familierechtelijke overeenkomst bij een echtscheiding door onderlinge toestemming beide ouders die als titularissen het ouderlijk gezag over hun kind kunnen uitoefenen, moeten optreden om schriftelijke afspraken te maken over de verdere uitoefening van het gezag (art. 1288, eerste lid, 2° Ger.W.). Bijgevolg kan worden aangenomen dat ouders die titularis zijn van het ouderlijk gezag *a fortiori* moeten optreden wanneer het ouderlijk gezag aan een derde, zijnde de zorgouder wordt toegekend. Ook in andere gezagsinstellingen moeten de juridische ouders van het kind desgevallend optreden. Dit is het geval bij adoptie en pleegvoogdij waarin de ouders

---

<sup>1009</sup> Naar analogie met de regeling voor de erkenning van een kind (zie onder andere: G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 120, 57).

<sup>1010</sup> Zie daarover: P. SENAEVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1363-1364, 408-409 en nr. 1421, 423.

moeten toestemmen resp. instemmen omdat ze een juridische afstammingsband hebben met het kind (cf. nrs. 13 en 17). Ook in het kader van de provoogdij moeten de (niet-)ontzette ouder(s) worden gehoord over de aanwijzing van de provoogd (art. 34, tweede lid Jeugdbeschermingswet) als titularis of voormalig titularis van het ouderlijk gezag, zonder evenwel over een vetorecht te beschikken (cf. nr. 25).

276. De zorgouderschapsverklaring is een *gemeenschappelijke* verklaring en geen gezamenlijke verklaring. Bijgevolg moeten de ouders en de zorgouder niet samen de verklaring afleggen, maar kunnen zij dit ook afzonderlijk doen wanneer een van hen zich in de materiële onmogelijkheid bevindt om voor de ambtenaar van de burgerlijke stand te verschijnen (bv. verblijf in het buitenland, in het ziekenhuis of in de gevangenis). Vereist is wel dat de inhoud van de verklaring identiek is. In dergelijk geval *kan* de niet-verschijnende ouder of zorgouder tevens de verklaring laten opnemen in een notariële akte of een akte opgemaakt door de Belgische diplomatieke en consulaire overheden in het buitenland. In deze akte moet dan de reden van niet-verschijning worden vermeld (naar analogie met art. 316*bis* BW).<sup>1011</sup>

Het kind zelf moet evenwel niet mee de verklaring afleggen, noch daarmee instemmen of daarin toestemmen. Deze keuze past vooreerst binnen het kader van de huidige gezagsinstellingen. Zo verkrijgen juridische ouders van rechtswege het ouderlijk gezag vanaf de vestiging van een juridische afstammingsband met hun kind zonder dat diens toestemming of instemming daarvoor vereist is.<sup>1012</sup> De toestemming of instemming van het kind is evenmin vereist in het kader van de familierechtelijke overeenkomst bij de echtscheiding door onderlinge toestemming waarin de uitoefening van het gezag over zijn persoon wordt geregeld (art. 1288 Ger. W.).<sup>1013</sup>

---

<sup>1011</sup> Naar analogie met de regeling voor art. 316*bis* BW: P. SENAËVE, "Art. 316*bis* BW" in *Comm.Pers.* (bijgewerkt tot 13 juni 2014), nr. 23; P. SENAËVE, "De vaderlijke afstamming binnen het huwelijk" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 53, (9) 27; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 96, 45.

<sup>1012</sup> Zoals ook duidelijk overwogen door het toenmalige Arbitragehof in het arrest d. d. 8 oktober 2003 (zie overweging B.2).

<sup>1013</sup> G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 1980 e.v., 875 e.v.

Uitsluitend wanneer het titularisschap van het ouderlijk gezag aan een voogd of provoogd wordt toegekend moet het kind vanaf twaalf jaar worden gehoord door de rechter zonder evenwel over een vetorecht te beschikken (cf. nrs. 21 en 27). Aangezien beide rechtsfiguren slechts in werking treden wanneer de juridische ouders hun opvoedende rol niet (meer) kunnen vervullen, kan worden verantwoord dat wanneer de ouders hun opvoedende rol wel nog kunnen vervullen maar hulp wensen van een derde, zoals bij de toekenning van het zorgouderschapsstatuut, het kind *a fortiori* geen grotere inspraak moet hebben dan een hoorrecht. Er kan immers worden aangenomen dat de belangen van het kind voldoende worden behartigd door zijn ouders die het kind vertegenwoordigen.<sup>1014</sup> Daarbij komt dat de zorgouderschapsverklaring voor de ambtenaar van de burgerlijke stand moet worden afgelegd die evenwel niet bevoegd is om het kind te horen. Uitsluitend de rechter kan daartoe overgaan op grond van art. 1004/1 Ger.W. Het feit dat het kind daarentegen wel moet toestemmen vanaf twaalf jaar in de totstandkoming van de pleegvoogdij (art. 475*bis* BW) kan worden verklaard vanuit de oorspronkelijke adoptiecontext waarin deze rechtsfiguur werd aangewend. Bijgevolg zijn de grondvoorwaarden van pleegvoogdij geïnspireerd op de grondvoorwaarden van adoptie (cf. nr. 15). Een kind vanaf twaalf jaar beschikt immers steeds over een vetorecht met betrekking tot zijn eigen adoptie (art. 348-1, eerste lid BW - cf. nr. 13). In deze context is de toestemming van het kind verantwoord omwille van de vestiging van een adoptieve afstammingsband in zijn hoofd met ingrijpende rechtsgevolgen. Bij de toekenning van het zorgouderschapsstatuut worden daarentegen de juridische afstammingsbanden van het kind niet gewijzigd en hebben de rechtsgevolgen een minder verstrekkend karakter aangezien ze uitsluitend betrekking op de uitoefening van het ouderlijk gezag (cf. nr. 293). En zelfs wanneer de afstammingsband van het kind langs moeders-, vaders- of meemoederszijde wordt gewijzigd tijdens de minderjarigheid is niet vereist dat het kind instemt met de daaruit voortvloeiende

---

<sup>1014</sup> ook in die zin: H. VAN CROMBRUGGE, "The upbringing pledge as a framework for the parent-child relationship" in H. VAN CROMBRUGGE, W. VANDENHOLE en J. C. M. WILLEMS (eds.), *Shared pedagogical responsibility*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (5) 11.

naamswijziging, die desgevallend door zijn ouders gekozen is (art. 335, § 3, vierde lid BW en art. 335ter, § 2, vierde lid BW).

Bovendien blijkt uit de rechtsvergelijkende analyse dat het kind in Engeland evenmin moet worden gehoord of zijn toestemming of instemming moet verlenen in de *parental responsibility agreement* gesloten tussen de ouders en de zorgouder, vanuit de idee dat een akkoord tussen de ouders over de toekenning van ouderlijk gezag volstaat (cf. nrs. 244-245). Het feit dat het kind niet moet worden gehoord in het kader van de zorgouderschapsverklaring, noch zijn instemming of toestemming moet gegeven, betekent evenwel niet dat de stem van het kind niet in rekening wordt gebracht, wel integendeel. Bij de verdere uitwerking van het statuut wordt in voldoende mate rekening gehouden met de belangen van het kind, zodat diens tussenkomst bij de zorgouderschapsverklaring niet vereist is.

#### C. Vermeldingen in de verklaring

277. De wil van de zorgouder om het kind op te voeden maakt de kern uit van de zorgouderschapsverklaring. Bijgevolg wordt om redenen van eenvormigheid en transparantie ervoor gekozen om de verklaring in eenduidige en bij wet vastgestelde bewoordingen af te leggen in een bij KB voorgeschreven formulier. In de verklaring dienen verder nog de volgende elementen verplicht te worden opgenomen:

- Naam- en voornamen, plaats van geboorte, datum van geboorte en woonplaats van het kind waarop de zorgouderschapsverklaring betrekking heeft;
- Naam- en voornamen, plaats van geboorte, datum van geboorte en woonplaats van de persoon die aanspraak maakt op het zorgouderschapsstatuut en de zorgouderschapsverklaring aflegt;
- Naam- en voornamen, plaats van geboorte, datum van geboorte en woonplaats van de ouder(s) ten aanzien van wie de juridische afstamming met het kind vaststaat en die mee de verklaring afleggen als titularissen van het ouderlijk gezag.

## **AFDELING 2. Via rechterlijke beslissing**

278. Hierna wordt eerst verantwoord waarom de rechterlijke tussenkomst een subsidiaire wijze van verkrijging van het zorgouderschapsstatuut uitmaakt (§ 1), om vervolgens de procedure voor de rechter toe te lichten (§ 2).

### **§ 1. Verantwoording**

279. Wanneer een van beide ouders weigert om de zorgouderschapsverklaring af te leggen samen met de zorgouder, dan kunnen de zorgouder en de andere ouder zich tot de familierechter wenden van de woonplaats van de minderjarige (naar analogie met art. 629*bis*, § 2 Ger.W.) om alsnog het zorgouderschapsstatuut te verkrijgen via rechterlijke beslissing. De keuze voor een rechterlijke tussenkomst *als subsidiaire wijze* van verkrijging van het statuut is verantwoord vanuit de voormelde redenen dat een procedure voor de rechter tijdrovend en niet goedkoop is en dus slechts als laatste redmiddel moet worden aangewend (cf. nr. 244). Bovendien is een concrete afweging van de betrokken belangen slechts aan de orde wanneer deze niet overeenstemmen zodat geen zorgouderschapsverklaring kan worden afgelegd. In dat geval moet de rechter tussenkomen aangezien de ambtenaar van de burgerlijke stand niet bevoegd is om een belangenafweging door te voeren.

### **§ 2. Bevoegdheid**

280. Kan voor de familierechter geen minnelijke oplossing van het geschil worden bereikt (art. 1253*ter*/3, § 1, tweede lid Ger.W.),<sup>1015</sup> dan moet de rechter oordelen over de toekenning van het zorgouderschapsstatuut aan de zorgouder. De rechter is slechts bevoegd wanneer een van beide ouders weigert om de zorgouderschapsverklaring af te leggen samen met de zorgouder. In dat geval kunnen de zorgouder en de andere ouder zich tot de familierechter wenden. Overeenkomstig rechtspraak van het EHRM (cf.

---

<sup>1015</sup> Zie daarover uitgebreid: S. DEBAUW en G. VERSCHULDEN, "De kamer voor minnelijke schikking en de bevordering van een minnelijke oplossing van familiale geschillen" in P. SENAËVE (ed.), *Handboek Familieprocesrecht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 139-223, zie specifiek 216-223; K. DEVOLDER, "De invoering van een familie- en jeugdrechtbank. Commentaar op de wet van 30 juli 2013", *T.Fam.* 2014, nrs. 43-47, (128) 140-141.

*Söderbäck/Zweden, Chepelev/Rusland*) kan de rechter dan het recht op familieleven van de zorgouder met het kind laten primeren op het familieleven van de tweede ouder met het kind dat niet meer daadwerkelijk wordt beleefd. Ook in Nederland en Frankrijk bestaat een dergelijke regeling en kan de rechter onder bepaalde voorwaarden bevoegdheden van het ouderlijk gezag aan de zorgouder toekennen niettegenstaande de tweede ouder zich daartegen verzet (cf. nr. 250). Steeds is daarvoor wel de medewerking van minstens één ouder vereist die tevens titularis is van het ouderlijk gezag.

Weigeren evenwel beide ouders of de enige ouder om mee de zorgouderschapsverklaring af te leggen dan is een rechterlijke tussenkomst ter verkrijging van het statuut uitgesloten. Het zorgouderschapsstatuut kan immers niet worden opgelegd aan beide ouders of de enige ouder aangezien het statuut tot gevolg heeft dat de zorgouder samen met een ouder het ouderlijk gezag uitoefent. Bijgevolg is een zekere bereidwilligheid vereist, en niet uitsluitend in hoofde van de zorgouder. Het feit dat de rechter bij adoptie van een kind wel over de weigering van de enige ouder of beide ouders heen kan stappen, met name wanneer hij van oordeel is dat de weigering van de ouder een onverantwoord karakter heeft (art. 348-11, tweede lid BW), betekent niet dat een gelijkaardige regeling *a fortiori* moet gelden bij de toekenning van het zorgouderschapsstatuut. Adoptie is immers een bijzondere maatregel van jeugdbescherming die bedoeld is om een kind van wie de ouders overleden zijn of dat verlaten werd door zijn ouders, een nieuw gezin te verschaffen (cf. nr. 13). Vanuit die optiek komt het logisch voor dat een rechter de onverantwoorde weigering van een ouder naast zich neer kan leggen. Bij de toekenning van het zorgouderschapsstatuut gaat het daarentegen om een hele andere opvoedingssituatie waarin de ouders wel bereid zijn om hun kind op te voeden, en het kind dus een gezin heeft, maar zij daarvoor hulp wensen van een derde (cf. nrs. 3 en 48).

281. Wanneer de rechter zich moet uitspreken over de toekenning van het zorgouderschapsstatuut dan zal hij eerst een legaliteitscontrole doorvoeren van het verzoek (A) en nadien in het kader van een opportuniteitscontrole beoordelen of de toekenning van het zorgouderschapsstatuut het belang van het kind dient (B).

#### A. Legaliteitscontrole

282. De rechter moet controleren of de persoon die aanspraak maakt op het zorgouderschapstatuut voldoet aan de drie materiële toepassingsvoorwaarden om als zorgouder te worden beschouwd.

Bijgevolg moet de rechter eerst nagaan of de zorgouder een opvoedende rol vervult ten aanzien van het kind of een dergelijke rol wenst te vervullen (cf. nrs. 199-204). De verzoekende ouder en zorgouder kunnen het bewijs leveren van een opvoedende rol of de wil daartoe met alle middelen van recht. Desgevallend kan de rechter een maatschappelijk onderzoek bevelen. Ook kunnen de verzoekende ouder en zorgouder gebruik maken van de voormelde twee weerlegbare vermoedens. In het licht van deze vermoedens wordt de zorgouder geacht een opvoedende rol te vervullen ten aanzien van het kind wanneer hij een band van verwantschap heeft met het kind met wie hij tevens samenwoont, dan wel gehuwd of wettelijk samenwonend is met de ouder van het kind met wie hij daadwerkelijk samenwoont. Beide vermoedens kunnen met alle middelen van recht worden weerlegd door de ouder die zich verzet tegen de toekenning van het statuut aan de zorgouder.

Vervolgens moet de rechter ook nagaan of een vertrouwensrelatie voorhanden is tussen de verzoekende ouder en zorgouder (cf. nrs. 223-230). Zij kunnen dit bewijs leveren met alle middelen van recht. Het bestaan van een vertrouwensrelatie wordt zelfs vermoed wanneer de verzoekende ouder en zorgouder verbonden zijn door een geïnstitutionaliseerde samenlevingsvorm, door een band van verwantschap of wanneer beiden daadwerkelijk samenwonen. Deze vermoedens kunnen met alle middelen van recht worden weerlegd door de ouder die zich verzet tegen een toekenning van het statuut. Deze ouder zal dan moeten bewijzen dat de persoon die aanspraak maakt op het zorgouderschapstatuut geen betrouwbaar persoon is om het kind op te voeden.

Daarna moet de rechter nagaan of de verzoekende ouder titularis is van het ouderlijk gezag en daarvan niet ontzet werd (cf. nrs. 235-236). De wijze waarop de verzoekende ouder het gezag uitoefent is niet relevant. Dit bewijs kan op eenvoudige wijze worden geleverd, aangezien de ontzetting

uit het ouderlijk gezag wordt vermeld op het strafregister van de ouder in kwestie en deze maatregelen aan de gerechtelijke overheden ter kennis mogen worden gebracht (art. 63, eerste en derde lid Jeugdbeschermingswet).

Ten slotte moet de rechter nagaan of niet reeds een andere persoon als zorgouder werd erkend in de relatie met de verzoekende ouder (cf. nrs. 237-238). Ook hier zal de rechter op relatief eenvoudige wijze de relevante informatie kunnen bekomen, met name via de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woonplaats van het kind of via de familierechtbank wanneer het statuut door de rechter werd toegekend.

#### B. Opportuniteitscontrole

283. Wanneer aan alle materiële toepassingsvoorwaarden voldaan is, moet de rechter oordelen of de toekenning van het statuut aan de zorgouder het belang van het kind dient.

Om een antwoord te formuleren op deze vraag voert de rechter een belangenafweging door tussen de belangen van de ouders, de zorgouder en het kind. Overeenkomstig art. 22*bis* Gw moet de rechter in deze belangenafweging een voorrangspositie toekennen aan het belang van het kind gelet op het functionele karakter van het statuut voor de zorgouder dat een verdere socialisatie en begeleiding van het kind naar volwassenheid beoogt. Het belang van het kind heeft met andere woorden een primordiaal karakter, zonder evenwel op absolute wijze voorrang te krijgen op de andere betrokken belangen (cf. nrs. 153 en 163). In het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof gaat het om een belangenafweging *in concreto* zodat de rechter de betrokken belangen in het licht van de specifieke feiten van elke opvoedingssituatie dient te beoordelen. Tevens betreft het een *volledige toetsing* van de belangen van het kind en geen marginale.<sup>1016</sup> De rechter zal dus met alle elementen van de voorliggende situatie rekening

---

<sup>1016</sup> GwH 7 maart 2013, nr. 30/2013; GwH 17 oktober 2013, nr. 139/2013; GwH 20 maart 2014, nr. 48/2014; GwH 2 juli 2015, nr. 101/2015; GwH 2 juli 2015, nr. 102/2015; zie daarover: P. SENAEVE, "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht (2014-2016)" in P. SENAEVE e.a. (eds.), *Themis personen- en familierecht nr. 98*, Brugge, die Keure, 2017, nrs. 114-118, (1) 44-46; P. SENAEVE, "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht (2011-2013)" in P. SENAEVE e.a. (eds.), *Themis personen- en familierecht nr. 85*, Brugge, die Keure, 2014, nrs. 73-76, (1) 30-33.



houden om te oordelen of de toekenning van het statuut het belang van het kind ten goede komt. Bijgevolg zal hij het verzoek niet alleen afwijzen wanneer zich kennelijke problemen of gevaren voor het kind kunnen voordoen. Het onderzoek van de rechter is dienaangaande beperkt tot de vraag of de toekenning van het statuut de opvoeding van het kind positief zal beïnvloeden. Het belang van het kind wordt immers op een *positieve wijze* ingevuld, en niet op een negatieve wijze.<sup>1017</sup> Er is sprake van een positieve invulling wanneer een bepaald voordeel voor het kind aanwezig moet zijn.<sup>1018</sup> Is daarentegen de afwezigheid van een nadeel vereist dan wordt het belang van het kind op een negatieve wijze ingevuld, zoals in het oorspronkelijke afstammingsrecht gebeurt in het kader van een verhaal voor de rechtbank na een toestemmingsweigering in de erkenning of wanneer bezwaren worden geuit tegen een gerechtelijke vaststelling van de afstammingsband.<sup>1019</sup> Deze negatieve invulling van het belang van het kind in het oorspronkelijke afstammingsrecht kan worden verklaard vanuit de premisse dat een kind belang heeft bij een dubbelzijdige afstamming.<sup>1020</sup> Gelet op de formulering van art. 3 IVRK kan worden verdedigd dat bij de toekenning van het statuut aan de zorgouder moet worden nagegaan of dit de opvoeding van het kind ten goede komt, veeleer dan dat wordt nagegaan of de toekenning van het statuut de opvoeding van het kind *niet* schaadt. Artikel 3 IVRK vermeldt immers uitdrukkelijk dat maatregelen aangaande kinderen "*in het belang van het kind*" moeten worden genomen.<sup>1021</sup> Op bewijsrechtelijk vlak heeft dit tot gevolg dat de verzoekende ouder en

---

<sup>1017</sup> P. SENA EVE, "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht (2014-2016)" in P. SENA EVE e.a. (eds.), *Themis personen- en familierecht nr. 98*, Brugge, die Keure, 2017, nrs. 120-121, (1) 47; P. SENA EVE, "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht (2011-2013)" in P. SENA EVE e.a. (eds.), *Themis personen- en familierecht nr. 85*, Brugge, die Keure, 2014, nr. 77, (1) 33.

<sup>1018</sup> Zie voor deze strekking: J. GERLO, "Het Verdrag inzake de rechten van het kind en het Belgische personen- en familierecht" in X (ed.), *Kinderrechtengids*, Gent, Mys en Breesch, 1998, Deel 1, 1.2, nr. 3, 5.

<sup>1019</sup> Zie voor deze strekking: E. DE KEZEL, "Het begrip 'het belang van het kind' ", *RW* 1998-99, nr. 13, (1163) 1167: Volgens deze auteur dient de rechter bij het nemen van een beslissing na te gaan in hoeverre deze beslissing schadelijk is voor de belangen van het kind.

<sup>1020</sup> G. VERSCHULDEN, "Het belang van het kind in het afstammingsrecht", *TJK* 2005, nr. 13, (168) 171 en nr. 20, (168) 175.

<sup>1021</sup> S. MEUWESE, "Het belang van het kind in het VN-verdrag inzake de rechten van het kind: verwarring over een fraaie formule", *NJB* 2000, afl. 15, (806) 807.

zorgouder moeten aantonen dat hun verzoek opportuun is voor de opvoeding van het kind.<sup>1022</sup>

Om te bepalen wat het belang van het kind vormt in de voorliggende situatie kan de rechter steeds het kind horen zij het ambtshalve, zij het op verzoek van het kind zelf dat vanaf twaalf jaar over zijn hoorrecht wordt ingelicht door de rechter dan wel op verzoek van de procespartijen of het Openbaar Ministerie (art. 1004/1 Ger.W.). Anders dan in Frankrijk en Engeland (cf. nr. 261) moet de rechter in België het kind persoonlijk horen omdat anders bepaalde nuances van het gesprek hem mogelijks niet bereiken. Zoals in alle bestudeerde rechtsstelsels (cf. nrs. 257 en 261) bepaalt de rechter ook vrij waar hij het kind hoort. Dit zal in beginsel in het gerechtsgebouw zijn, al kan het in bepaalde situaties raadzaam zijn om buiten het gerechtsgebouw het kind te horen (bv. op school). Het kind kan op geen andere wijze zijn mening aan de rechter kenbaar maken dan in een persoonlijk gesprek. Anders dan in Nederland en Engeland is voor bv. het overhandigen van een brief aan de rechter geen wettelijke grondslag voorhanden (cf. nrs. 257 en 261). Verder wordt het kind in principe alleen gehoord, tenzij de rechter daarvan afwijkt op gemotiveerde wijze. Een vertrouwenspersoon of een advocaat mogen dus niet aanwezig zijn bij het verhoor (art. 1004/1, § 5, eerste lid *in fine* Ger.W.), wat daarentegen wel toegestaan is in alle andere rechtsstelsels (cf. nrs. 257 en 262). Het kind beschikt daarnaast ook over een zwijgrecht aangezien een verslag moet worden opgemaakt van het gesprek dat bij het rechtsplegingsdossier wordt gevoegd omwille van het beginsel van tegenspraak (art. 1004/1, § 5, tweede lid Ger.W.). De rechter hecht vervolgens een passend belang aan de mening van het kind overeenkomstig zijn leeftijd en maturiteit (art. 1004/1, § 6, tweede lid Ger.W.). Dezelfde regeling geldt in alle andere bestudeerde rechtsstelsels waar het kind eveneens niet verplicht is om te spreken en de

---

<sup>1022</sup> P. SENA EVE, "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht (2014-2016)" in P. SENA EVE e.a. (eds.), *Themis personen- en familierecht nr. 98*, Brugge, die Keure, 2017, nr. 123, (1) 47; P. SENA EVE, "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht (2011-2013)" in P. SENA EVE e.a. (eds.), *Themis personen- en familierecht nr. 85*, Brugge, die Keure, 2014, nr. 78, (1) 33.

rechter een passend belang hecht aan zijn mening (cf. nrs. 257, 263-264).<sup>1023</sup>

Daarnaast kan de rechter ook een maatschappelijk onderzoek bevelen om zich een beeld te vormen van het belang van het kind (art. 1253ter/6 Ger.W.).

### **HOOFDSTUK 3. Besluit**

284. In dit proefschrift wordt verdedigd dat het zorgouderschapstatuut op twee wijzen kan worden verkregen, zijnde via een zorgouderschapsverklaring of via een rechterlijke beslissing.

Wenst de zorgouder het statuut te verkrijgen via een zorgouderschapsverklaring dan moet hij zich daarvoor naar de ambtenaar van de burgerlijke stand begeben van de woonplaats van het kind. Het betreft een gemeenschappelijke verklaring die door de zorgouder en de ouders van het kind, voor zover ze titularis zijn van het ouderlijk gezag, moet worden afgelegd. De ambtenaar van de burgerlijke stand moet niet controleren of een vertrouwensrelatie aanwezig is tussen de zorgouder en minstens een van de ouders, en of de zorgouder het kind opvoedt of wil opvoeden. Hij mag ervan uitgaan dat aan deze materiële toepassingsvoorwaarden van het zorgouderschap voldaan is gelet op de gemeenschappelijke verklaring. Niet vereist is dat het kind mee de verklaring aflegt, gehoord wordt of zijn toestemming of instemming verleent met de zorgouderschapsverklaring. Bij de verdere uitwerking van het statuut voor de zorgouder worden immers in voldoende mate de belangen van het kind in acht genomen. Opdat de verklaring geldig zou zijn is vereist dat deze wordt afgelegd middels een bij KB voorgeschreven formulier waarin uitdrukkelijk de wil van de zorgouder om het kind op te voeden is

---

<sup>1023</sup> P. SENAËVE, "Het hoorrecht van minderjarigen" in P. SENAËVE (ed.), *Handboek Familieprocesrecht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 403-449, zie vnl. nrs. 820 e.v.; P. SENAËVE, "Het hoorrecht van minderjarigen sinds de wet op de familie- en jeugdrechtbank", *T.Fam.* 2014, 176-195; zie ook: L. DRESER, "Uitdagingen bij de toepassing van het hoorrecht bij minderjarige kinderen" in I. BOONE en Ch. DECLERCK (eds.), *Actualia Familierecht. Co-ouderschap vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2017, 27-54.

opgenomen. Tevens moet dit formulier een aantal verplichte gegevens bevatten die toelaten het kind, de zorgouder en de ouder(s) te identificeren. De ambtenaar van de burgerlijke stand weigert evenwel de zorgouderschapsverklaring in ontvangst te nemen wanneer de persoon die aanspraak maakt op het zorgouderschapsstatuut niet over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt, wanneer niet alle ouders die titularis zijn van het ouderlijk gezag de verklaring wensen af te leggen of wanneer reeds een persoon als zorgouder werd erkend in de horizontale relatie tussen de zorgouder en de ouder met wie hij een vertrouwensrelatie heeft (cf. nrs. 273-277).

Weigert de ambtenaar om een van de voormelde redenen de zorgouderschapsverklaring in ontvangst te nemen of weigert een van beide ouders die titularis is van het ouderlijk gezag de zorgouderschapsverklaring af te leggen, dan kunnen de zorgouder en de ouder met wie hij een vertrouwensrelatie heeft zich tot de familierechter wenden. De familierechter zal dan moeten oordelen over de toekenning van het statuut aan de zorgouder. Daarbij zal de rechter eerst een legaliteitscontrole doorvoeren en nagaan of aan alle materiële toepassingsvoorwaarden voor het zorgouderschap is voldaan (cf. nr. 282). De bewijslast dienaangaande rust op de verzoekende ouder en zorgouder. Zijn de materiële toepassingsvoorwaarden vervuld, dan moet de rechter vervolgens oordelen of de toekenning van het statuut aan de zorgouder het belang van het kind dient. De bewijslast dienaangaande rust op de verzoekende ouder en zorgouder. In het kader van deze opportuniteitscontrole zal de rechter een belangenafweging *in concreto* doorvoeren waarin hij tevens de belangen van de ouders en de zorgouder betreft (cf. nr. 283). Het belang van het kind neemt evenwel een voorrangspositie in krachtens art. 22*bis* Gw en de rechter zal dan ook een volledige, en geen marginale toetsing, van dit belang doorvoeren.

## **DEEL V. Statuut van de zorgouder**

285. In het vijfde deel van dit proefschrift wordt onderzocht welke rechten en plichten aan de zorgouder kunnen toekomen ten aanzien van het kind. Ter beantwoording van deze vraag wordt achtereenvolgens onderzocht of de zorgouder het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag verkrijgt (titel 1), wat de concrete inhoudelijke draagwijdte van het statuut is (titel 2), welke rechtspositie het kind heeft in het kader van het statuut (titel 3), op welke wijze het statuut kan worden gewijzigd (titel 4) en op welke gronden het statuut kan worden beëindigd (titel 5).

### **TITEL 1. Titularisschap vs. uitoefening van het ouderlijk gezag**

286. Om de concrete inhoudelijke draagwijdte van het statuut te kunnen bepalen moet worden nagegaan of de zorgouder het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag verkrijgt. Deze vraag wordt eerst rechtsvergelijkend geanalyseerd (hoofdstuk 1), om vervolgens aan de hand van onder meer deze rechtsvergelijkende analyse stelling naar Belgisch recht *de lege ferenda* in te nemen (hoofdstuk 2).

#### **HOOFDSTUK 1. Rechtsvergelijkende analyse**

287. Een analyse van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer in de bestudeerde rechtsstelsels leert dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen twee types. Volgens het eerste type wordt het titularisschap van het ouderlijk gezag aan de zorgouder toegekend (Nederland, Engeland) (afdeling 1). Volgens het tweede type wordt uitsluitend de uitoefening van (bepaalde bestanddelen van) het ouderlijk gezag aan de zorgouder toegekend (Frankrijk, Duitsland) (afdeling 2).

## **AFDELING 1. Eerste type: toekenning van het titularisschap van het ouderlijk gezag aan de zorgouder**

288. Zowel in Nederland als in Engeland wordt de zorgouder titularis van het ouderlijk gezag.<sup>1024</sup> Dit is mogelijk omdat in beide rechtsstelsels de verkrijging van het titularisschap van het ouderlijk gezag niet onlosmakelijk is verbonden met de vestiging van een juridische afstammingsband ten aanzien van het kind ('gemengd dualisme', cf. *supra* nr. 169 en nr. 174). Zo kan de zorgouder in Nederland het titularisschap van het ouderlijk gezag verkrijgen na een gezamenlijk verzoek van de met het exclusieve gezag belaste ouder en de zorgouder aan de rechtbank (art. 1:253t NBW).<sup>1025</sup> Ook in Engeland kan de zorgouder titularis van het ouderlijk gezag worden. Dit kan op twee verschillende manieren gebeuren. Ofwel sluiten de met gezag belaste ouder(s) een overeenkomst met de zorgouder (i.e. een '*parental responsibility agreement*' of *PRA* - s 4A(1)(a) CA 1989), ofwel kent de rechter aan de zorgouder een *order* toe. Wat dit laatste betreft, kan het gaan om een *parental responsibility order* (i.e. *PRO* - (s 4A(1)(b) CA 1989)<sup>1026</sup>, een *child arrangement order* (i.e. *CAO* - (s 12(2) CA 1989)<sup>1027</sup>, een *special guardianship order* (i.e. *SGO* - (s 14A CA 1989)<sup>1028</sup> of een *emergency protection order* (i.e. *EPO* - (s 44(1) CA 1989)<sup>1029, 1030</sup>.

---

<sup>1024</sup> In wat volgt wordt voor de duidelijkheid ook voor Engeland gesproken van ouderlijk gezag, niettegenstaande de wetgever het begrip '*parental responsibilities*' (=ouderlijke verantwoordelijkheden) hanteert.

<sup>1025</sup> Zie onder andere: Notitie leefvormen in het familierecht, TK 1994-95, nr. 22700/5, 11; ASSER/DE BOER, 1\* *Personen- en familierecht*, 2010, nr. 839f; S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 131, 233-234.

<sup>1026</sup> Wanneer een ouder weigert om een *parental responsibility agreement* te sluiten.

<sup>1027</sup> Wanneer een zorgouder wordt aangeduid als de persoon bij wie het kind zal wonen in de toekomst. Meer specifiek gaat het dan om wat onder het oude recht als een '*shared residence order*' werd aangeduid (cf. nr. 147).

<sup>1028</sup> Waarmee een meer permanente status wordt verschaft aan derden die een kind opvoeden zonder diens juridische afstammingsbanden te doorbreken.

<sup>1029</sup> Wanneer het kind zich in een gevaarlijke situatie bevindt of dreigt te bevinden.

<sup>1030</sup> zie onder andere: S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 411-414 (*PRA*, *PRO*, *CAO* en *SGO*), 479 e.v. (specifiek *CAO*), 628 e.v. (specifiek *EPO*), 744 e.v. (specifiek *SGO*); N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 386-390 (*PRA* en *PRO*), 486-488 en 513 e.v. (*CAO*), 583-589 (*EPO*), 730-740 (*SGO*); R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12.019, 271-272 (*PRA* en *PRO*), nr. 12.022, 273 (*SGO*), nr. 12.026, 276 (*EPO*), nr. 12.024, 274-275 en nr. 13-016, 295-296 (*CAO*).

289. De toekenning van het titularisschap van het ouderlijk gezag aan de zorgouder brengt in Nederland niet met zich mee dat meer dan twee personen tegelijkertijd titularis van het ouderlijk gezag zijn en dit gezag ook uitoefenen.<sup>1031</sup> Dit volgt uit een letterlijke lezing van art. 1:253t, eerste lid NBW. Krachtens deze bepaling kan een zorgouder het titularisschap van het ouderlijk gezag slechts verkrijgen voor zover het ouderlijk gezag bij één ouder berust (cf. nr. 218). Heeft het kind bijgevolg één juridische ouder die titularis is van het gezag, omdat bijvoorbeeld de andere ouder overleden is (art. 1:253f NBW), dan rijst geen probleem. Heeft het kind daarentegen twee juridische ouders dan mag slechts een van hen exclusief met het gezag belast zijn. Dit is het geval wanneer bijvoorbeeld het ouderlijk gezag door de rechter wordt beëindigd in hoofde van de andere ouder zodat deze het titularisschap verliest (art. 1:266 NBW *juncto* art. 1:274, eerste lid NBW), maar niet wanneer de uitoefening van het gezag in hoofde van een tweede ouder wordt geschorst. In dat geval kan de gezamenlijke uitoefening van het gezag door beide ouders immers herleven (art. 1:253t, vierde lid NBW). Heeft het kind twee juridische ouders dan zullen bovendien nog twee bijkomende voorwaarden moeten worden vervuld (cf. nr. 218). Zo zal ingevolge art. 1:253t, tweede lid NBW niet alleen een nauwe persoonlijke betrekking moeten bestaan tussen de zorgouder en het kind, maar zal de zorgouder tevens samen met de verzoekende ouder het kind moeten hebben opgevoed gedurende een aaneengesloten periode van minstens één jaar voorafgaand aan het verzoek én moet de verzoekende ouder gedurende minstens drie jaar alleen met het gezag belast zijn geweest.<sup>1032</sup> Op deze manier wil de Nederlandse wetgever zoveel als mogelijk aansluiting vinden bij de klassieke gezinssituatie waarbij een kind afstamt van een man en een

---

<sup>1031</sup> Zie onder andere: M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA, K. BOELE-WOELKI, C. BIJLEVELD, C. JEPPESEN DE BOER en G. VAN ROSSUM, *Meeroudergezag: een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders? Een empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek* (hierna: 'WODC-rapport Meeroudergezag'), Den Haag, BJU, 2014, 47-48 en 69-70; Rapport Herijking Ouderschap, 2016, 251-252; M. ANTOKOLSKAIA, "Parenting in step-parent families: legal status versus *de facto* roles", *CFLQ* 2015/3, (271) 273; M. VONK, "Enige overdenkingen bij de voorgestelde wijziging van art. 1:253o NBW en de positie van de opvoeder niet-ouder", *FJR* 2005/13, (34) 38-39.

<sup>1032</sup> ASSER/DE BOER, *1\* Personen- en familierecht*, 2010, nr. 839a-b (bijgewerkt tot 1 maart 2010); I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253t NBW, aant. 2 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016).

vrouw die beiden de voorkeur genieten om het gezag over hun kind uit te oefenen, met uitsluiting van alle anderen.<sup>1033</sup> Wordt het titularisschap van het ouderlijk gezag toegekend aan de zorgouder krachtens art. 1:253t NBW dan oefent hij dit vervolgens gezamenlijk uit met de ouder van het kind.

Dit staat in schril contrast met de regeling in Engeland waarbij wel meer dan twee personen tegelijkertijd titularis van het ouderlijk gezag kunnen zijn (cf. s 2(5) en s (6) CA 1989).<sup>1034</sup> Bovendien kan elke titularis dit ouderlijk gezag alleen en zonder tussenkomst van de overige titularissen uitoefenen (s 2(7) CA 1989). In beginsel geldt dus geen voorafgaande consultatieplicht en moeten beslissingen niet gezamenlijk worden genomen (cf. zie evenwel *infra* nr. 301).<sup>1035</sup>

---

<sup>1033</sup> Memorie van toelichting, TK 1993-94, 23714/3, 2; ASSER/DE BOER, *1\* Personen- en familierecht*, 2010, nr. 839a (bijgewerkt tot 1 maart 2010); WODC-rapport Meeroudergezag, 2014, 47-48 en 69-70; zie evenwel het Rapport Herijking Ouderschap, 2016, 444-447: De Staatscommissie Herijking ouderschap stelt in haar rapport voor om een 'meeroudergezag' in Nederland mogelijk te maken. De rechter zou dan op verzoek van meer dan twee aspirant-gezagsdragers hen met het gezag kunnen belasten en zodoende een 'meeroudergezag' kunnen vaststellen. De aspirant-gezagsdragers kunnen maximaal vier personen zijn uit twee afzonderlijke huishoudens die bij hun verzoek aan de rechter een overeenkomst voegen over de wijze waarop ze samen het gezag zullen invullen.

<sup>1034</sup> Bijvoorbeeld: Verkrijgt een zorgouder ouderlijk gezag dan verdwijnt deze verantwoordelijkheid niet in hoofde van de ouder(s); D (Contact and Parental Responsibility: Lesbian Mothers and Known Father), Re, [2006] WL 63668: *In casu* verkreeg de biologische vader, naast de moeder en de meemoeder, via een *parental responsibility order* ook aan voorwaarden onderworpen ouderlijk gezag; M. ANTOKOLSKAIA, "Parenting in step-parent families: legal status versus *de facto* roles", *CFLQ* 2015/3, (271) 274; A. BAINHAM, "Is legitimacy legitimate?", *Fam.Law* 2009, (673) 676; S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT, "Introduction: Parental Responsibility-Law, Issues and Themes" in S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford, Hart Publishing, 2009, (1) 8; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 419; S. HARRIS-SHORT en J. MILES, *Family Law Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford UP, 2011, nr. 10.3, 660; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 392-394; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12.001, 259-260.

<sup>1035</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 419; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 393-394; J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 111-112.



## **AFDELING 2. Tweede type: toekenning van de uitoefening van het ouderlijk gezag aan de zorgouder**

290. Zowel in Duitsland als in Frankrijk verkrijgt de zorgouder uitsluitend de uitoefening van het ouderlijk gezag. Dit komt omdat in beide rechtsstelsels de verkrijging van het titularisschap van het ouderlijk gezag onlosmakelijk is verbonden met de vestiging van een juridische afstammingsband ten aanzien van het kind ('monisme', cf. *supra* nr. 169 en nr. 174). In Duitsland verkrijgt de zorgouder de uitoefening van het ouderlijk gezag door te huwen of een geregistreerd partnerschap aan te gaan met de ouder die exclusief het gezag uitoefent (§ 1687b(1) BGB en § 9(1) LPartG).<sup>1036</sup> In Frankrijk kan de zorgouder de uitoefening van het ouderlijk gezag op tweeërlei wijze verkrijgen. Ofwel komen de ouder(s) en zorgouder op vrijwillige basis een (gedeelde) overdracht van de uitoefening van het ouderlijk gezag overeen (art. 377, eerste lid en art. 377-1 Cc), waarbij een tussenkomst van de rechter noodzakelijk is opdat de overdracht rechtsgevolgen zou teweegbrengen. Ofwel kent de rechtbank de uitoefening van het ouderlijk gezag toe aan de zorgouder nadat deze laatste hierom heeft verzocht wegens wangedrag in hoofde van de ouders bij de opvoeding van hun kind of wegens de feitelijke onmogelijkheid in hoofde van de ouders om het ouderlijk gezag uit te oefenen<sup>1037</sup> (art. 377, tweede lid Cc).<sup>1038</sup>

291. De toekenning van de uitoefening van het ouderlijk gezag aan de zorgouder brengt in Duitsland niet met zich mee dat het ouderlijk gezag door meer dan twee personen kan worden uitgeoefend. Ofwel wordt het ouderlijk gezag gezamenlijk uitgeoefend door de titularissen van het ouderlijk gezag, dit zijn de twee personen die een juridische afstammingsband ten aanzien

---

<sup>1036</sup> Zie onder andere: B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, 67 e.v.; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015; specifiek over de vraag waarom de toekenning van titularisschap in strijd is met de (grond)wet: D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 2005, (761) 764-767.

<sup>1037</sup> Daarbij kan onder meer worden gedacht aan een ziekte in hoofde van de ouder of verblijf in de gevangenis waardoor deze wordt verhinderd om het ouderlijk gezag geheel of gedeeltelijk uit te oefenen.

<sup>1038</sup> Zie daarover onder andere: A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale:exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 234.190-234.236, (969) 1020-1027; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010).

van het kind hebben gevestigd, ofwel wordt het ouderlijk gezag uitgeoefend door de juridische ouder die exclusief met het gezag belast werd en diens echtgenoot (§ 1687b(1) BGB) of geregistreerde partner als zorgouder (§ 9(1) LPartG). Op deze manier wenst de Duitse wetgever de uitoefening van het ouderlijk gezag zoveel als mogelijk te laten aansluiten bij de klassieke gezinssituatie waarbij twee personen een kind opvoeden en grootbrengen.<sup>1039</sup>

Dit staat in schril contrast met de regeling in Frankrijk. Doordat de ouder(s) de uitoefening van een deel van het ouderlijk gezag aan de zorgouder kunnen overdragen (art. 377, eerste lid Cc) of met een zorgouder de uitoefening van heel het ouderlijk gezag kunnen delen (art. 377-1 Cc), kunnen (maximaal) drie personen tegelijkertijd dit gezag uitoefenen. Een overdracht van de uitoefening van het ouderlijk gezag ten voordele van meer dan één persoon (bv. een paar) is daarentegen uitgesloten.<sup>1040</sup> Dit uitgangspunt geldt eveneens voor een gedwongen overdracht, voor zover de rechter niet de uitoefening van alle ouderlijke prerogatieven aan de zorgouder heeft overgedragen (art. 377, tweede lid Cc).<sup>1041</sup>

## **HOOFDSTUK 2.           Zorgouderschapsstatuut - *de lege ferenda***

292. In dit proefschrift wordt de zienswijze verdedigd dat de zorgouder geenszins het titularisschap van het ouderlijk gezag, maar enkel de uitoefening van het ouderlijk gezag moet (kunnen) verkrijgen (afdeling 1).

---

<sup>1039</sup> Zie onder andere: D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nr. 664, 295 e.v.

<sup>1040</sup> M. BEAGUE, S.-M. FERRIÉ, J. HOUSIER en M. SUALIER, "Beau-parent/Co-parent" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, (71) 83; L. LESTIENNE-SAUVÉ, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Parijs, LGDJ, 2013, nrs. 95-96, 73-74; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale - Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 21; zie voor een voorbeeld: CA Lyon 16 november 2004, n° 03/05867: *JurisData* n° 2004-267411; *Dr.Fam.* 2005, n° 266, n. P. MURAT: *In casu* besliste de rechter te Lyon dat, hoewel de oom en de tante samen reeds zes jaar lang het kind hadden opgevoed, uitsluitend aan de tante een overdracht kon worden toegekend.

<sup>1041</sup> A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 234.221-234.222 en 234.235, (969) 1023 en 1027; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale - Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 34.

Deze stelling brengt met zich mee dat meer dan twee personen het ouderlijk gezag (kunnen) uitoefenen (afdeling 2).

### **AFDELING 1. Toekenning van de uitoefening van het gezag aan de zorgouder**

293. De zienswijze dat een zorgouder uitsluitend de uitoefening van het ouderlijk gezag moet kunnen verkrijgen kan als volgt worden verantwoord.

Ten eerste vloeit deze zienswijze voort uit de evolutie van het Belgische recht van een zuiver monistisch naar een gecorrigeerd monistisch systeem, waartoe reeds een eerste aanzet werd gegeven door de Wet Pleegzorg van 19 maart 2017 (cf. nr. 174). In een gecorrigeerd monistisch systeem wordt benadrukt dat de juridische ouders als titularissen van het gezag de eerste opvoedingsverantwoordelijken van het kind zijn overeenkomstig de artt. 5 en 18 IVRK. Beide bepalingen verhinderen evenwel niet dat ook andere personen, zoals zorgouders, het kind kunnen opvoeden en begeleiden in de uitoefening van zijn rechten. Deze personen worden als opvoedingsverantwoordelijken evenwel pas na de ouders vermeld, waaruit de primauteit van de ouders blijkt. In een gecorrigeerd monistisch systeem geniet de zorgouder bijgevolg slechts een ondergeschikte positie. Om die reden verkrijgt hij de uitoefening van het ouderlijk gezag dat gebaseerd is op het titularisschap van dit gezag in hoofde van de ouders.

Ten tweede wordt door de toekenning van de uitoefening van het gezag recht gedaan aan het specifieke karakter van de opvoedende rol van de zorgouder. De zorgouder ondersteunt en helpt de ouder(s) immers in de opvoeding van het kind door de vervulling van zijn rol (cf. nrs. 158 en 162). De opvoedende rol van de zorgouder heeft met andere woorden een bijkomstig en ondersteunend karakter ten aanzien van de opvoedende rol van de ouders. Tevens volstaat de uitoefening van het ouderlijk gezag gelet op de finaliteit van het zorgouderschapsstatuut (cf. nrs. 48 en 171). In de reeds bestaande gezagsinstellingen van pleegvoogdij, voogdij en provoogdij verkrijgt de feitelijke opvoeder daarentegen het titularisschap van (delen van) het ouderlijk gezag. Dit verhindert evenwel niet dat een zorgouder

slechts de uitoefening van het ouderlijk gezag verkrijgt. Bij voogdij en provoogdij kan de verkrijging van het titularisschap worden verklaard door het wegvallen van de ouder in de opvoeding van het kind. De voogdij ontstaat immers wanneer de beide ouders van het kind overleden zijn, wettelijk onbekend zijn, in de voortdurende onmogelijkheid verkeren om het ouderlijk gezag uit te oefenen of wilsonbekwaam zijn (art. 389 BW – cf. nr. 20). Ook de provoogdij ontstaat slechts wanneer een ouder ontzet is uit het ouderlijk gezag en zijn afstammingsband met het kind dus niet meer functioneel is (art. 34, eerste lid Jeugdbeschermingswet - cf. nr. 25). Het titularisschap van de pleegvoogd kan dan weer worden verklaard vanuit de adoptiecontext waarin de pleegvoogdij destijds is ontstaan (cf. nr. 15). Adoptanten verkrijgen eveneens het titularisschap van het ouderlijk gezag over het geadopteerde kind door de vestiging van een adoptieve afstammingsband (cf. nr. 10). Bij de verkrijging van het zorgouderschapstatuut wordt evenwel een ander uitgangspunt gehanteerd. In deze situatie wil een zorgouder samen met de ouder(s) hun kind helpen opvoeden. Er is met andere woorden geen sprake van een ouder die in zijn opvoedende rol vervangen wordt door de zorgouder. Integendeel, de ouders blijven de eerste opvoedingsverantwoordelijken van het kind.

Ten derde heeft ook het toenmalige Arbitragehof de wetgever in zijn arrest d. d. 8 oktober 2003 aangespoord om te preciseren onder welke voorwaarden ouderlijk gezag kan toekomen aan personen zonder een juridische afstammingsband (cf. nrs. 120-129). Met dergelijke bewoordingen duidt het Arbitragehof op een gebruik van het gezagsrecht, wat in een gecorrigeerd monistisch systeem impliceert dat uitsluitend de uitoefening van het ouderlijk gezag kan toekomen aan de zorgouder. Oordelen in andere zin, en het titularisschap van het ouderlijk gezag laten toekomen aan de zorgouder, zou vereisen dat het Belgische recht evolueert naar een dualistisch systeem. Een dergelijke evolutie is evenwel niet wenselijk omdat het een radicale breuk betekent met de Belgische rechtstraditie en het Belgische rechtsdenken, zoals vermeld (cf. nr. 174).

## **AFDELING 2. Gevolgen voor de uitoefening van het ouderlijk gezag door de ouder(s)**

294. Wanneer de uitoefening van het ouderlijk gezag wordt toegekend aan de zorgouder kan dit tot gevolg hebben dat het gezag tegelijkertijd door meer dan twee personen wordt uitgeoefend. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het kind een zorgouder heeft en twee juridische ouders die als titularis eveneens gezamenlijk het gezag uitoefenen. De keuze voor een meerhoofdige uitoefening van het ouderlijk gezag laat toe dat meerdere personen een bijdrage kunnen leveren aan de opvoeding van het kind en op die manier een meerwaarde kunnen betekenen voor zijn ontwikkeling. Op die manier vervult het recht een ordenende en dienende functie.<sup>1042</sup> Een erkenning van de specifieke opvoedingssituatie dient zowel de belangen van de ouders en de zorgouders als de belangen van het kind.<sup>1043</sup> Bovendien is de vaak gehoorde kritiek dat een meerhoofdige uitoefening van het ouderlijk gezag tot meer opvoedingsconflicten zou leiden<sup>1044</sup> niet wetenschappelijk bewezen.<sup>1045</sup> Integendeel, de Engelse ervaring vormt het bewijs dat *niet noodzakelijk* meer conflicten bestaan tussen de verschillende personen die het ouderlijk gezag uitoefenen.<sup>1046</sup> Meer nog, de toekenning van ouderlijke rechten en plichten aan de personen betrokken in de opvoeding van het kind zou zelfs het conflictpotentieel kunnen verlagen aangezien de rechtspositie

---

<sup>1042</sup> Rapport Herijking Ouderschap, 2016, 445; M. VONK, "Zijn alle gezinnen gelijk? Een nadere analyse van de voorstellen van de Staatscommissie Herijking Ouderschap over de juridische verankering van het meerouderschap", AA oktober 2017, (790) 793; zie daarover uitgebreid als voorstander: A. J. M. NUYTINCK, "Meerouderschap, meeroudergezag en draagmoederschap: een persoonlijke ontboezeming" in *In Verbondenheid. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P. Vlaardingerbroek ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer, Kluwer, 2017, 59-72.

<sup>1043</sup> J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 118-119, zie ook vanuit het standpunt van het kind: 108 en 113; M. VONK, "Zijn alle gezinnen gelijk? Een nadere analyse van de voorstellen van de Staatscommissie Herijking Ouderschap over de juridische verankering van het meerouderschap", AA oktober 2017, (790) 794-795.

<sup>1044</sup> Zie bv. Informatieverslag betreffende een onderzoek van de mogelijkheden voor een wettelijke regeling van meeouderschap, *Parl. St.* Senaat 6-98/2 (spreker N. GALLUS), (1) 111.

<sup>1045</sup> Rapport Herijking Ouderschap, 2016, 445; M. VONK, "Zijn alle gezinnen gelijk? Een nadere analyse van de voorstellen van de Staatscommissie Herijking Ouderschap over de juridische verankering van het meerouderschap", AA oktober 2017, (790) 793.

<sup>1046</sup> WODC-rapport Meeroudergezag, 2014, 220 en 231; zie ook: J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 109-110.

van de betrokkenen beter omkaderd zou zijn dan *de lege lata* het geval is.<sup>1047</sup> Daarbij komt dat ook de *CEFL Principles* inzake ouderlijk gezag uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid van een meerhoofdige uitoefening van het ouderlijk gezag.<sup>1048</sup> Tot slot wordt met een meerhoofdige uitoefening van het ouderlijk gezag tegemoet gekomen aan de kritiek van de Raad van State die van oordeel is dat de toekenning van ouderlijke rechten en plichten aan een zorgouder op zich niet rechtvaardigt dat om die reden de rechten van een tweede ouder worden beperkt (cf. nrs. 130 e.v.).<sup>1049</sup> De toekenning van het voorgestelde statuut zou een meerhoofdige uitoefening van het ouderlijk gezag tot gevolg hebben en de rechten en plichten van beide ouders onverlet laten.

295. Vervolgens rijst de vraag met hoeveel personen het ouderlijk gezag tegelijkertijd kan worden uitgeoefend. In dit proefschrift wordt de zienswijze verdedigd dat elke ouder zich in de opvoeding van het kind kan laten helpen door één zorgouder (cf. nrs. 237-238). Bijgevolg kunnen maximaal vier personen tegelijkertijd het ouderlijk gezag uitoefenen, zijnde de twee juridische ouders samen met twee zorgouders. Evenwel is niet steeds een uitoefening van het gezag met vier personen voorhanden. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het ouderlijk gezag door een van beide ouders exclusief wordt uitgeoefend samen met een zorgouder of wanneer het ouderlijk gezag door beide ouders wordt uitgeoefend en slechts één persoon als zorgouder optreedt.

De beperking tot maximaal vier personen houdt verband met de kritiek dat een meerhoofdige uitoefening van het ouderlijk gezag tot een verhoging van het conflictpotentieel leidt. Hoewel zoals *supra* toegelicht deze kritiek niet kan beletten dat het ouderlijk gezag door meerdere personen tegelijkertijd wordt uitgeoefend, kan ze wel een uitdaging vormen om rekening te houden met het *potentiële* conflictgehalte van een dergelijke regeling en in het licht daarvan te zoeken naar conflictverlagende oplossingen zoals een beperking van het aantal personen dat het ouderlijk

---

<sup>1047</sup> WODC-rapport Meeroudergezag, 2014, 219.

<sup>1048</sup> **Principle 3:17 Exercise in addition to or instead of the parents**

"A person other than a parent may exercise some or all parental responsibilities in addition to or instead of the parents."

<sup>1049</sup> Adv. RvS., nr. 77, 81.

gezag uitoefent.<sup>1050</sup> Op die manier wordt de complexiteit van een meerhoofdige uitoefening van het ouderlijk gezag verminderd. Er kunnen immers maar maximaal zoveel verschillende meningen bestaan, als er personen zijn die het ouderlijk gezag uitoefenen. Bovendien kan worden verwacht dat de zorgouder en ouder die een vertrouwensrelatie onderhouden mogelijks dezelfde mening zullen delen. Bijgevolg zullen desgevallend slechts twee verschillende meningen bestaan, vertegenwoordigd door de beide ouders en hun zorgouders. Anders dan in het Engelse recht waar elke titularis van het ouderlijk gezag zelfstandig kan optreden en de titularis die niet akkoord gaat met een bepaalde opvoedingsbeslissing zich tot de rechter moet wenden (s 2(7-8) CA 1989),<sup>1051</sup> geldt in het Belgische recht de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag als uitgangspunt. Concreet houdt dit in dat de ouder die een opvoedingsbeslissing wenst te nemen of een opvoedingshandeling wil stellen met betrekking tot de persoon van het kind of het beheer van diens goederen, eerst moet proberen tot een akkoord te komen met de andere ouder. Gaat deze ouder niet akkoord met de voorgenomen opvoedingsbeslissing- of handeling, dan kan de andere ouder de rechtbank verzoeken om een vervangende machtiging (art. 373, derde lid BW).<sup>1052</sup> In het huidige Belgische recht moet de ouder die wordt verhinderd om een beslissing te nemen of een handeling te stellen, het geschil dus bij de rechter aanhangig maken. Vervolgens geldt in de verhouding jegens derden te goeder trouw een (weerlegbaar) vermoeden van instemming voor alle handelingen gesteld door één ouder met betrekking tot de persoon van het kind (art. 373, tweede lid BW) en het beheer van zijn goederen (art. 376, tweede lid BW).<sup>1053</sup> Dit vermoeden geldt niet voor de

---

<sup>1050</sup> WODC-rapport Meeroudergezag, 2014, 219-220.

<sup>1051</sup> J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 110-112: Door deze regeling is allicht het aantal opvoedingsconflicten in Engeland beperkt.

<sup>1052</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1177-1180 en nrs. 1187-1192; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 822 en 847.

<sup>1053</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1181-1184; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 821, en nr. 846, 375.

vertegenwoordigingsbevoegdheid van de ouders.<sup>1054</sup> Bijgevolg moeten in dat geval beide ouders gezamenlijk optreden. Gelet op de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, kan worden aangenomen dat de betrokkenheid van een onbeperkt aantal personen het beslissingsproces bemoeilijkt en zodoende nefast is voor de opvoeding van het kind. Om die reden wordt het titularisschap van het ouderlijk gezag in de meeste Europese jurisdicties beperkt tot de personen van wie wordt vermoed dat ze betrokken zijn in de opvoeding van het kind, zijnde de twee juridische ouders. In het merendeel van de gevallen kan immers worden aangenomen dat de toekenning van het titularisschap van het ouderlijk gezag aan de juridische ouders in het belang van het kind is.<sup>1055</sup> In dit proefschrift wordt daarbij vanuit het gelijkheidsbeginsel verdedigd dat elk van de ouders door een zorgouder kan worden geholpen met de opvoeding van het kind. Zodoende wordt tegemoetgekomen aan de vaak gehoorde kritiek bij pleegvoogdij en adoptie, nl. dat elk van deze instellingen slechts een oplossing biedt voor één zorgouder (cf. nrs. 13, 19), alsook aan de kritiek bij voogdij en provoogdij, nl. dat een gezamenlijke uitoefening van het gezag met de ouders van het kind niet mogelijk is (cf. nrs. 24, 30).<sup>1056</sup>

Bovendien sluit de uitoefening van het ouderlijk gezag door maximaal twee zorgouders beter aan bij de meest voorkomende situaties waarin kinderen door meer dan twee personen worden opgevoed.<sup>1057</sup> Daarbij kan worden gedacht aan de situatie dat elke ouder van het kind een nieuwe partner heeft en het kind week om week bij zijn vader of moeder verblijft. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat de complexiteit van het

---

<sup>1054</sup> P. SENAEVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1185; *contra* G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 846, 375: volgens deze auteur kan in de geest van wet worden aangenomen dat bij de vertegenwoordiging in rechte een ouder alleen kan optreden als eiser in een procedure tegen een derde te goeder trouw.

<sup>1055</sup> J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 106-107; zie ook: J. FERRER-RIBA, "Parental responsibility in a European perspective" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. III – Family Law in a European perspective*, Cheltenham, Elgar, 2016, (284) 291-295.

Dit staat evenwel los van de vraag of juridische ouders ook dadelijk ouderlijk gezag verkrijgen.

<sup>1056</sup> zie ook in die zin: Adv. RvS. nr. 130 e.v.

<sup>1057</sup> Naar analogie met het rapport Herijking Ouderschap, 2016, 446 *juncto* 430.



leven van kinderen wordt verhoogd wanneer ze worden opgevoed in twee contexten die rond beide ouders zijn gesitueerd. Niet alleen het mogelijke heen-en-weer verhuizen, maar ook nieuwe opvoedingsfiguren verstoren de bestaande gezinsstructuren.<sup>1058</sup>

Maar ook wanneer het kind in één context wordt opgevoed door zijn ouders en bijvoorbeeld een grootouder die krachtens het zorgouderschapstatuut opvoedingsbeslissingen kan nemen, kan worden aangenomen dat het kind deze wijziging binnen zijn gezinsstructuur moet kunnen plaatsen. Kinderen hebben immers nood aan continuïteit in hun opvoeding en een duidelijke afbakening van opvoedingsrollen waargenomen door ouders en zorgouders is daarvoor cruciaal. Om te vermijden dat het kind met een te groot aantal nieuwe zorgouders wordt geconfronteerd die elk een eigen opvoedingsstijl hanteren, kan elke ouder door slechts één zorgouder worden geholpen in de opvoeding van het kind (cf. nrs. 237-238). Tevens is de beperking tot vier personen gerechtvaardigd vanuit de idee dat een kind niet met oneindig veel personen een beschermenswaardig familieleven kan onderhouden.<sup>1059</sup>

## **TITEL 2. Rechten en plichten van de zorgouder**

296. Hierna wordt onderzocht welke rechten en plichten aan de zorgouder moeten toekomen. Teneinde een antwoord op deze vraag te formuleren wordt eerst een rechtsvergelijkende analyse doorgevoerd (hoofdstuk 1), waarbij vervolgens onder meer de resultaten van deze analyse worden aangewend bij de uitwerking van rechten en plichten voor de zorgouder (hoofdstuk 2).

Hierbij moet voor ogen worden gehouden dat met het gebruik van de term 'recht' wordt bedoeld op ofwel een *bevoegdheid* ('powers') om een bepaalde handeling te stellen zonder dat een overeenstemmende plicht in

---

<sup>1058</sup> S. VANASSCHE, A. K. SODERMANS en K. MATTHIJS, "Opvoeden door ex-partners: samen of apart? Bevindingen uit sociaalwetenschappelijk onderzoek rond co-ouderschap in Vlaanderen" in I. BOONE en CH. DECLERCK (eds.), *Co-ouderschap vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 16-18, (1) 9.

<sup>1059</sup> Naar analogie met het rapport Herijking Ouderschap, 2016, 446 *juncto* 430.

hoofde van een derde wordt gevestigd,<sup>1060</sup> dan wel wordt bedoeld op een recht *sensu stricto* waarbij iemands belang wordt beschermd door in hoofde van een andere persoon wel een overeenstemmende plicht te vestigen.<sup>1061</sup> De term 'recht' wordt in wat volgt niet in zijn derde betekenis gebruikt als zijnde een *vrijheid* ('*liberties*') om een bepaalde gedraging te stellen.<sup>1062</sup>

## HOOFDSTUK 1.      **Rechtsvergelijkende analyse**

297. Een analyse van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer in de bestudeerde rechtsstelsels leert dat twee types kunnen worden onderscheiden. Volgens het eerste type verkrijgt de zorgouder (de uitoefening van) alle bestanddelen van het ouderlijk gezag (i.e. 'ouderlijke rechten of bevoegdheden en de daaraan verbonden plichten') (Nederland, Engeland) (afdeling 1). Volgens het tweede type verkrijgt de zorgouder (de uitoefening van) enkele bestanddelen van het ouderlijk gezag (Frankrijk, Duitsland) (afdeling 2).

298. Bij dit onderzoek moet voorafgaand worden vermeld dat het recht om toe te stemmen in de adoptie van het kind in alle bestudeerde rechtsstelsels uitsluitend toekomt aan de personen die een juridische afstammingsband met het kind hebben, en dit ongeacht of ze titularis zijn van het ouderlijk gezag.<sup>1063</sup>

---

<sup>1060</sup> Zoals bijvoorbeeld ook het recht om een testament op te maken; J. W. SALMOND, *Jurisprudence*, 7th ed., Londen, Stevens and Haynes, 1924, § 76, 248-250.

<sup>1061</sup> Bijvoorbeeld het recht op een onderhoudsuitkering vestigt een onderhoudsplicht in hoofde van een andere persoon; J. W. SALMOND, *Jurisprudence*, 7th ed., Londen, Stevens and Haynes, 1924, § 70- § 74, 235-246.

<sup>1062</sup> Zoals bijvoorbeeld het recht om iemands landgoed te betreden wanneer deze daarvoor toestemming heeft gegeven; J. W. SALMOND, *Jurisprudence*, 7th ed., Londen, Stevens and Haynes, 1924, § 75, 246-248.

<sup>1063</sup> **Engeland:** s 47 en s 52(6) Adoption and Children Act 2002, zie S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 418;

**Nederland:** J. KOK, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:228 NBW, aant. 6.2; W. SCHRAMA, "Het adoptierecht" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BBU, 2014, (237) 244 met verwijzing naar Kamerstukken II 1995-96, 24649, nr. 3, 14-16;

**Frankrijk:** art. 377-3 Cc; P. COURBE en A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Parijs, Sirey, 2013, nr. 1290, 481-482; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.222 (969) 1023; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 113-115 en nr. 135;

## **AFDELING 1. Eerste type: toekenning van de uitoefening van alle bestanddelen van het ouderlijk gezag**

299. Zowel in Nederland als Engeland kan de zorgouder alle bestanddelen van het ouderlijk gezag uitoefenen. Dit is logisch omdat de zorgouder in beide rechtsstelsels het titularisschap van het ouderlijk gezag verkrijgt. Het gaat dan meer bepaald om de hiernavolgende rechten en plichten.

### **§ 1. Recht (en plicht) om beslissingen te nemen met betrekking tot de persoon van het kind**

300. Krachtens art. 1:253v, eerste lid NBW *juncto* art. 1:247, eerste lid NBW heeft de zorgouder het recht en de plicht om het kind op te voeden en te verzorgen, waaronder wordt verstaan het bevorderen van diens welzijn, persoonlijke ontwikkeling en veiligheid. De zorgouder mag hierbij geen gebruik maken van geweld of enige andere onterende behandeling (art. 1:247, tweede lid NBW). Concreet houdt dit in dat de zorgouder zowel dagelijkse opvoedingsbeslissingen kan nemen als meer fundamentele beslissingen, zoals bijvoorbeeld de keuze van een school, jeugdvereniging of kerkgenootschap en het verlenen van een toestemming voor het ondergaan van een medische behandeling.<sup>1064</sup>

Ook in Engeland heeft de zorgouder alle rechten, plichten, bevoegdheden en verantwoordelijkheden die een ouder heeft jegens de persoon van zijn kind (s 3(1) CA 1989). In het algemeen wordt aanvaard dat een zorgouder de verantwoordelijkheid heeft om het kind op te voeden, te onderhouden, te onderrichten, te beschermen, te voeden, contact te hebben met het kind, diens woonplaats te bepalen en beslissingen te nemen aangaande de persoon van het kind (bv. instemmen met diens huwelijk, medische ingreep).<sup>1065</sup>

---

**Duitsland:** J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 57, 883.

<sup>1064</sup> ASSER/DE BOER, *1\* Personen- en familierecht*, 2010, nrs. 818-818a (bijgewerkt tot 1 maart 2010); J. H. M. TER HAAR, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:247 NBW, nrs. 1-2 (bijgewerkt tot en met 15 februari 2017); E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 65-73.

<sup>1065</sup> S. HARRIS-SHORT en J. MILES, *Family Law Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford UP, 2011, nr. 10.2.2, 660; met een omschrijving van ouderlijk gezag: N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2007, 377 - met een

301. Wanneer zowel de zorgouder als de ouder het recht heeft om beslissingen te nemen over de persoon van het kind is het noodzakelijk om hun verhouding onderling en ten aanzien van derden te bepalen.

Zo wordt in Nederland in de verhouding tussen de ouder en zorgouder onderling het alleenoptreden van een van hen begrensd door het beginsel van de gezamenlijkheid van het ouderlijk gezag. Dit beginsel en de wijze waarop het gezag moet worden uitgeoefend wordt niet nader omschreven in de wet, noch maakt de wet een onderscheid tussen belangrijke opvoedingsbeslissingen en dagelijkse opvoedingsbeslissingen.<sup>1066</sup> Volgens rechtspraak en rechtsleer houdt dit beginsel evenwel in dat de zorgouder en ouder die krachtens art. 1:253t NBW gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen zeker over alle belangrijke opvoedingsbeslissingen een akkoord moeten bereiken, ongeacht of ze een gezin vormen of niet.<sup>1067</sup> Komen de ouder en zorgouder niet tot een akkoord en bestaat een geschil tussen hen over de gezamenlijke uitoefening van het gezag dan kan de ouder en/of zorgouder het geschil aan de rechtbank voorleggen (art. 1:253a, eerste lid NBW). De rechter zal een beslissing nemen in het belang van het kind, zoals bijvoorbeeld een vervangende toestemming verlenen<sup>1068</sup> of zelf het geschil beslechten<sup>1069</sup>.<sup>1070</sup> In de verhouding ten aanzien van derden bevat de wet evenmin een specifieke bepaling die de ouder en zorgouder

---

verwijzing naar deze omschrijving: F. BURTON, *Family law*, Londen, Routledge, 2015, 310-313; J. HERRING, *Family law*, Londen, Pearson, 2015, 434; R. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 351p; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12-003, 261-262.

<sup>1066</sup> WODC-rapport Meeroudergezag, 2014, 48 met verwijzing naar rechtspraak aldaar en 218-219; M. ANTOKOLSKAIA, "Parenting in step-parent families: legal status versus *de facto* roles", *CFLQ* 2015/3, (271) 275.

<sup>1067</sup> Rb. Utrecht 18 augustus 2006, *RFR* 2007, 13; M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA en M. TOMASSEN-VAN DER LANS, "Gezag" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (255) 256-257; M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA en M. TOMASSEN-VAN DER LANS, "Verdeling van zorg- en opvoedingstaken, omgang en informatie" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (271) 272; M. ANTOKOLSKAIA, "Parenting in step-parent families: legal status versus *de facto* roles", *CFLQ* 2015/3, (271) 276.

<sup>1068</sup> Denk bijvoorbeeld aan een vervangende toestemming voor de vaccinatie van het kind wanneer er een risico op besmetting met een levensgevaarlijke ziekte is.

<sup>1069</sup> Denk bijvoorbeeld aan de inschrijving van het kind in een bepaalde school.

<sup>1070</sup> ASSER/DE BOER, *1\* Personen- en familierecht*, 2010, nrs. 839f en 820a (bijgewerkt tot 1 maart 2010); J. E. DOEK, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253a NBW, aant. 1 (bijgewerkt tot 1 november 2010).

toelaat om alleen op te treden.<sup>1071</sup> Aangezien evenwel het beginsel van de gezamenlijkheid van het ouderlijk gezag de ouder en de zorgouder verplicht om met elkaar te overleggen over opvoedingsbeslissingen, kan worden vermoed dat wanneer een ouder of zorgouder alleen optreedt, hij handelt met de impliciete instemming van de zorgouder resp. de ouder.<sup>1072</sup> Niettegenstaande is het raadzaam voor derden, bijvoorbeeld artsen, om zeker bij belangrijke opvoedingsbeslissingen zoals zware medische ingrepen na te gaan of beide titularissen van het ouderlijk gezag hun instemming hebben verleend.<sup>1073</sup>

In Engeland kan de zorgouder in beginsel alleen en zonder tussenkomst van de overige titularissen beslissingen nemen met betrekking tot de persoon van het kind (s 2(7) CA 1989). Op deze manier wenst de wetgever de opvoedingsverantwoordelijkheid van de titularissen te stimuleren en te voorkomen dat de regeling onwerkbaar wordt door het opleggen van een preventieve consultatieplicht.<sup>1074</sup> De ouder of zorgouder die niet akkoord gaat met een voorgenomen opvoedingsbeslissing zal dus door zijn toestemmingsweigering de beslissing niet kunnen voorkomen. Hij of zij zal daarvoor daadwerkelijk zich tot de rechter moeten wenden. Bijgevolg is in de Engelse regeling de bewijslast omgekeerd in vergelijking met de Nederlandse regeling.<sup>1075</sup> Het principe van zelfstandigheid in s 2(7) CA 1989 wordt evenwel op tweeërlei wijzen getemperd. Ten eerste

---

<sup>1071</sup> In het kader van het bewind over het vermogen van het kind bevat de wet wel een dergelijke bepaling (zie art. 1:253i NBW) (cf. nr. 304).

<sup>1072</sup> WODC-rapport Meeroudergezag, 2014, 48-49; *CEFL Principles Parental Responsibilities – National Report: The Netherlands*, Q 39.

<sup>1073</sup> M. ANTOKOLSKAIA, "Parenting in step-parent families: legal status versus *de facto* roles", *CFLQ* 2015/3, (271) 276: Volgens deze auteur zijn zij daartoe zelfs verplicht. - "They are required to acquire the consent of both holders of parental responsibility for every medical treatment. The only exception to this rule is emergency treatment."

<sup>1074</sup> Law Commission n°172, para. 2.10; J. EEKELAAR, "Do parents have a duty to consult?", *LQR* 1998/114, (337) 340: Volgens deze auteur is een dergelijke consultatieplicht problematisch aangezien niet op limitatieve wijze kan worden bepaald voor welke beslissingen een voorafgaande consultatie vereist is. Bovendien zou een dergelijke consultatieplicht meer conflicten veroorzaken tussen de ouders en is het tevens moeilijk te rechtvaardigen waarom de ouder die het kind opvoedt de ouder moet raadplegen die niet in de opvoeding betrokken is en op wie zelfs geen plicht rust om contact te houden met het kind; S. MAIDMENT, "Parental responsibility – Is there a duty to consult?", *Fam.Law* 2001, (518) 518.

<sup>1075</sup> M. ANTOKOLSKAIA, "Parenting in step-parent families: legal status versus *de facto* roles", *CFLQ* 2015/3, (271) 276-277; J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 110-112.

interpreteert de Engelse rechtspraak s 2(7) CA 1989 in die zin dat voor bepaalde belangrijke beslissingen met lange termijn gevolgen wel een voorafgaandelijke consultatieplicht tussen de titularissen van het ouderlijk gezag bestaat.<sup>1076</sup> Bijgevolg kan de zorgouder niet alleen beslissen om de voornaam van het kind te veranderen,<sup>1077</sup> of om het kind te laten besnijden of steriliseren.<sup>1078</sup> Evenmin kan de zorgouder zonder voorafgaandelijke consultatie van de overige titularissen het kind in een bepaalde school inschrijven.<sup>1079</sup> Ten tweede mag een alleenoptredende zorgouder niet handelen in strijd met door de rechtbank opgelegde *orders* (s 2(8) CA 1989).<sup>1080</sup> Ingevolge s 10 CA 1989 kunnen daartoe bevoegde personen immers verzoeken om een *order* in de zin van s 8 CA 1989 die de zorgouder verplicht om voorafgaandelijk aan een opvoedingsbeslissing de andere titularissen van het ouderlijk gezag daarover te consulteren. Wordt een dergelijke '*order to consult*' toegekend dan kan de zorgouder niet meer alleen optreden voor de in de *order* opgesomde handelingen.<sup>1081</sup>

302. De verhouding van de zorgouder ten aanzien van het kind wordt medebepaald door de rechtspositie van het kind die wordt gevormd door zijn doelmatig recht op het verschaffen van een opvoeding en de uitoefening van de ouderlijke bevoegdheden in zijn belang (cf. nr. 343) en zijn recht om daarin te participeren (cf. nr. 345). Beide rechten bepalen de wijze waarop de zorgouder opvoedingsbeslissingen moet nemen door grenzen te stellen aan zijn bevoegdheden.

---

<sup>1076</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 419; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 393-394; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12.028, 277-278; zie daarover uitgebreid: J. EEKELAAR, "Do parents have a duty to consult?", *LQR* 1998/114, 337-341; S. MAIDMENT, "Parental responsibility – Is there a duty to consult?", *Fam.Law* 2001, 518-524.

<sup>1077</sup> Re PC (Change of surname), *FLR* 1997/2, 730.

<sup>1078</sup> Re J (Specific issue order)(Muslim upbringing and circumcision), *FLR* 2000/1, 571.

<sup>1079</sup> Re G (Parental Responsibility: education), *FLR* 1994/2, 964.

<sup>1080</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 419; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 393.

<sup>1081</sup> J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 111-112 zie ook in die zin: S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 421; S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT, "Introduction: parental responsibility – law, issues and themes" in S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford, Hart Publishing, 2009, (1) 14-15.

## § 2. Recht (en plicht) om de goederen van het kind te beheren

303. In Nederland is de zorgouder bevoegd om samen met de ouder het bewind over het vermogen van de minderjarige waar te nemen als een goede huisvader, voor zover althans deze ouder het bewind voert (art. 1:253v, eerste en tweede lid NBW *juncto* art. 1:253i en j NBW).<sup>1082</sup> In het kader van dit bewind kan de zorgouder daden van beheer stellen met betrekking tot het vermogen van de minderjarige, zoals bijvoorbeeld vorderingen innen. Evenwel heeft de zorgouder voor bepaalde handelingen een rechterlijke machtiging nodig. Het gaat dan om zwaarwichtige handelingen zoals het stellen van daden van beschikking of het maken of aanvaarden van bepaalde giften (art. 1:345 NBW).<sup>1083</sup> Wil de zorgouder een goed van het kind kopen, huren of pachten dan is een rechterlijke goedkeuring van de overeenkomst vereist om te vermijden dat de zorgouder de goederen beneden hun waarde verwerft (art. 1:346 NBW).<sup>1084</sup>

Ook in Engeland heeft de zorgouder het recht om de goederen van het kind te beheren (s 3(1) CA 1989 en hoofdstuk 16 van de Child Support Act 1991).<sup>1085</sup> De zorgouder treedt dan op als '*guardian of the child's estate*' (s 3(2) CA 1989).<sup>1086</sup> De bevoegdheden van de zorgouder als '*guardian*' van het vermogen van het kind zijn afhankelijk van de vraag of de goederen in een *trust* werden ondergebracht of niet. Wanneer bijvoorbeeld het kind een onroerend goed erft of geschonken krijgt naar Engels recht, dan zal dit goed in een *trust* moeten worden ondergebracht. Kinderen kunnen in Engeland

---

<sup>1082</sup> Zie over bewind onder andere: W. D. KOLKMAN en J. M. VAN ANKEN, "De goede bewindvoerder", *WPNR* 2015/7064 (484) 484-485.

<sup>1083</sup> E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 77-87; zie ook: J. H. M. TER HAAR, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:345 NBW, aant. 1 (bijgewerkt tot 20 augustus 2017).

<sup>1084</sup> E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 81-82.

<sup>1085</sup> Zie de lijst van *parental responsibilities*: N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2007, 377.

<sup>1086</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 360; *CEFL Principles Parental Responsibilities - National Report: England & Wales*, Q 2; Voorheen was de titularis van het ouderlijk gezag niet de '*guardian of the estate*' van het kind. Deze functie werd door een andere persoon waargenomen. (E. COOKE, " 'Don't spend it all at once!' Parental responsibility and parents' responsibilities in respect of children's contracts and property" in E. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, (201) 208-209).

immers geen eigenaar zijn van onroerende goederen.<sup>1087</sup> Bijgevolg moeten de bevoegdheden van de zorgouder als '*guardian of the child's estate*' worden vastgesteld middels een beroep op de trustwetgeving.<sup>1088</sup> De zorgouder zal optreden als *trustee* van de goederen die niet tot zijn vermogen behoren. Hij verkrijgt uitsluitend een *legal title* om de goederen van het kind te beheren in het voordeel van een *beneficiary* en erover te beschikken overeenkomstig de wil van de *settlor*. De zorgouder is dus zelf uitgesloten van de opbrengst van de goederen. Wordt het kind als *beneficiary* aangeduid dan bezit hij een *equitable title* waardoor hij een vorderingsrecht heeft tegen de zorgouder en een vorderingsrecht tegen derden.<sup>1089</sup> Een belangrijke verplichting van de zorgouder als *trustee* is de instandhouding van de trustgoederen. Zo moet hij er bijvoorbeeld voor zorgen dat de schuldvorderingen voor het kind worden geïnd.<sup>1090</sup> Wordt evenwel geen *trust* opgericht omdat het beheer van de zorgouder betrekking heeft op bijvoorbeeld roerende goederen van het kind of op een onroerend goed dat het kind geërfd heeft naar Frans recht en waarvan het dus zelf eigenaar is, dan bevat de wet geen duidelijke omschrijving van de bevoegdheden van de zorgouder als *guardian*.<sup>1091</sup> In de rechtsleer wordt evenwel aangenomen dat de zorgouder in dat geval de goederen van het kind kan terugvorderen en kan ontvangen (s 3(3) CA 1989), alsook dat hij kan beschikken over uitsluitend de roerende goederen van het kind.<sup>1092</sup>

---

<sup>1087</sup> J. DENKER en C. HAWORTH, "The property of minors under English law", *PCB* 2004, (376) 376; zie ook: A. BAINHAM en S. GILMORE, *Children-The modern law*, 2004, 361-363.

<sup>1088</sup> E. COOKE, "'Don't spend it all at once!' Parental responsibility and parents' responsibilities in respect of children's contracts and property" in E. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, (201) 209-210.

<sup>1089</sup> Het is niet verplicht dat de *settlor*, *trustee* en *beneficiary* drie verschillende personen zijn; zie onder andere: S. DE RAEDT en M. TRAEST, *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen, Maklu, 2000, nr. 4, 21-22; nrs. 18-21, 31-34; S. GARDNER en E. MACKENZIE, *An introduction to land law*, Hart Publishing, Oxford, 2012, 324-325.

<sup>1090</sup> T. GERAINT en A. HUDSON, *The law of trusts*, Oxford, Oxford UP, 2010, nrs. 10.08 en 10.10, 283-285.

<sup>1091</sup> E. COOKE, "'Don't spend it all at once!' Parental responsibility and parents' responsibilities in respect of children's contracts and property" in E. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, (201) 210-211.

<sup>1092</sup> J. DENKER en C. HAWORTH, "The property of minors under English law", *PCB* 2004, (376) 382-384.



304. Wanneer de zorgouder en de ouder beiden gerechtigd zijn om het vermogen van het kind te beheren, rijst de vraag naar hun verhouding onderling en ten aanzien van derden in de uitoefening van dit recht.

In Nederland geldt het principe van de gezamenlijkheid van het gezag. Dit principe heeft tot gevolg dat wanneer de ouder en zorgouder gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen zij gezamenlijk het bewind over het vermogen van het kind voeren (art. 1:253v, tweede lid NBW *juncto* art. 1:253i, eerste lid, tweede zin NBW). Conform de regeling voor de persoon van het kind zullen de ouder en zorgouder dus in beginsel overleg moeten plegen over de beslissingen aangaande het bewind van het vermogen.<sup>1093</sup> De ouder of zorgouder die niet akkoord gaat met de gestelde handeling kan het geschil aan de rechter voorleggen (art. 1:253v, tweede lid NBW *juncto* art. 1:253i, tweede lid NBW).<sup>1094</sup> In de verhouding ten aanzien van derden kan de ouder of zorgouder alleen optreden, voor zover de zorgouder resp. de ouder geen bezwaren heeft geuit (art. 1:253v, tweede lid NBW *juncto* art. 1:253i, eerste lid, (voor)laatste zin NBW).<sup>1095</sup> Deze regeling werd om praktische redenen ingevoerd. Zo hoeft de wederpartij met wie de zorgouder handelt niet na te gaan of de ouder bezwaren heeft tegen de rechtshandeling,<sup>1096</sup> en kan de (zorg)ouder in beginsel alle handelingen alleen stellen zij het dat voor bepaalde handelingen een machtiging of goedkeuring van de kantonrechter vereist is (cf. nr. 303).<sup>1097</sup>

Voor wat het beheer van de goederen van het kind in Engeland betreft, geldt een andere regeling. Wanneer meerdere personen tegelijkertijd als *trustee* optreden, moeten zij in beginsel gezamenlijk

---

<sup>1093</sup> ASSER/DE BOER, *1\* Personen- en familierecht*, 2010, nr. 828 (bijgewerkt tot 1 maart 2010); I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253i NBW, aant. 1 en 4 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016).

<sup>1094</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253i NBW, aant. 5 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016); P. VLAARDINGERBROEK e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2017, nr. 9.3, 388-389.

<sup>1095</sup> E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen in Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 77.

<sup>1096</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253i NBW, aant. 4 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016).

<sup>1097</sup> E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen in Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 79-81; P. VLAARDINGERBROEK e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2017, nr. 9.3, 388-389; S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 134, 240-242.

handelen. Deze regel is gebaseerd op het feit dat een *trustee* zijn verplichtingen niet kan overdragen aan een andere persoon. Bijgevolg is steeds unanimititeit vereist tussen de *trustees*.<sup>1098</sup> Bijgevolg kan noch de ouder noch de zorgouder die als *trustee* het vermogen van het kind beheren, alleen binnen dit kader optreden. Op deze regel bestaan slechts een aantal uitzonderingen.<sup>1099</sup> Treedt de zorgouder evenwel op als '*guardian of the child's estate*' buiten de context van een *trust*, dan is bij gebrek aan wetgeving terzake niet duidelijk wat de draagwijdte van zijn voormelde bevoegdheden is (cf. nr. 303), noch welke bescherming het kind geniet tegen een eventueel wanbeheer.<sup>1100</sup>

### **§ 3. Recht om de opbrengsten van het vermogen van het kind te genieten**

305. In Nederland geniet de zorgouder die samen met de ouder het gezag uitoefent, het recht om de vruchten van het vermogen van het kind te genieten (art. 1:253v, eerste lid *juncto* art. 1:253l, eerste lid NBW). Het vruchtgenot van de zorgouder en ouder wordt gerechtvaardigd doordat zij instaan voor de opvoedings- en verzorgingskosten van het kind.<sup>1101</sup> Ter dekking van deze kosten moeten zij in eerste instantie een beroep kunnen doen op de opbrengsten uit het vermogen van het kind (bv. huuropbrengsten), na aftrek van de lasten (art. 1:253v, eerste lid *juncto* art. 1:253l, derde lid NBW).<sup>1102</sup> Onder deze opbrengsten worden niet de arbeidsinkomsten van het kind verstaan, noch de goederen die hem werden

<sup>1098</sup> T. GERAINT en A. HUDSON, *The law of trusts*, Oxford, Oxford UP, 2010, nr. 10.111, 315.

<sup>1099</sup> T. GERAINT en A. HUDSON, *The law of trusts*, Oxford, Oxford UP, 2010, nr. 10.112, 316.

<sup>1100</sup> J. DENKER en C. HAWORTH, "The property of minors under English law", *PCB* 2004, (376) 383-384.

<sup>1101</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253l NBW, aant. 1 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016); M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA en M. TOMASSEN-VAN DER LANS, "Gezag" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (255) 261; S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 135, 242; zie voor een overzicht van argumenten ter rechtvaardiging van het ouderlijk vruchtgenot, die evenwel door de auteur te licht wordt bevonden zodat een afschaffing van het ouderlijk vruchtgenot wordt verdedigd: J. H. M. TER HAAR, "Ouderlijk vruchtgenot. Tijd voor herziening?", *WPNR* 2005/6642, 869-874, zie vnl. (869) 873-874.

<sup>1102</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253l NBW, aant. 3 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016); P. VLAARDINGERBROEK e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2017, nr. 9.3, 390.

geschonken of vermaakt met uitdrukkelijke vrijstelling van vruchtgenot (art. 1:253m NBW).

In Engeland geniet de zorgouder in zijn hoedanigheid van *trustee* niet van de opbrengsten van het vermogen van het kind. Deze opbrengsten komen in beginsel aan de *beneficiary* toe (cf. nr. 303). Wanneer de zorgouder een '*guardian of the child's estate*' is buiten de context van een *trust* bevat de wet geen specifieke bepalingen over de draagwijdte van zijn bevoegdheden, noch over consequenties van eventueel wanbeheer.<sup>1103</sup>

#### **§ 4. Recht (en plicht) om het kind te vertegenwoordigen**

306. In Nederland zijn de zorgouder en de ouder die gezamenlijk het gezag uitoefenen beide de wettelijke vertegenwoordigers van het kind in burgerlijke handelingen. Bijgevolg vertegenwoordigen ze in beginsel gezamenlijk het kind. Om praktische redenen kunnen de zorgouder en de ouder evenwel ook alleen het kind vertegenwoordigen voor zover de ouder resp. de zorgouder geen bezwaren heeft geuit (art. 1:253v, tweede lid NBW *juncto* art. 1:253i, eerste lid, (voor)laatste zin NBW).<sup>1104</sup> Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid omvat twee aspecten.

Een eerste aspect betreft de vertegenwoordiging van het kind in het dagelijkse rechtsverkeer. Zo heeft het kind de toestemming nodig van de zorgouder en/of de ouder, om bepaalde rechtshandelingen rechtsgeldig te kunnen verrichten (art. 1:234, eerste lid NBW *juncto* art. 1:253i, eerste lid NBW). De toestemming van een van beide volstaat, voor zover geen bezwaren bestaan in hoofde van de andere titularis van het ouderlijk gezag.<sup>1105</sup> Door de toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger is het kind in principe bekwaam om elke rechtshandeling te verrichten, ook de

---

<sup>1103</sup> J. DENKER en C. HAWORTH, "The property of minors under English law", *PCB* 2004, (376) 383-384.

<sup>1104</sup> ASSER/DE BOER, *1\* Personen- en familierecht*, 2010, nr. 828 (bijgewerkt tot 1 maart 2010); I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253i NBW, aant. 2 en 4 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016).

<sup>1105</sup> Rapport Herijking Ouderschap, 2016, 216; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:234 NBW, aant. 3.1 en 3.6 (bijgewerkt tot en met 29 september 2016); zie ook: K. BLANKMAN, "Minderjarigheid" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (247) 247-249.

niet-gebruikelijke,<sup>1106</sup> met uitzondering evenwel van die rechtshandelingen waarvoor de wet een bepaalde minimumleeftijd vooropstelt.<sup>1107</sup> Belangrijk is dat het kind de draagwijdte begrijpt van de rechtshandeling waarvoor toestemming wordt gegeven. Is dit niet het geval, dan kan het kind niet zelf de rechtshandeling verrichten en moet de zorgouder (of ouder) als wettelijke vertegenwoordiger optreden.<sup>1108</sup> Voor gebruikelijke rechtshandelingen wordt de toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger verondersteld verkregen te zijn (art. 1:234, derde lid NBW).<sup>1109</sup> Een tweede aspect van de vertegenwoordigingsbevoegdheid betreft de vertegenwoordiging van het kind in rechte. Aangezien een minderjarig kind in beginsel procesonbekwaam is, moet het in procedures die op hem betrekking hebben worden vertegenwoordigd door degene onder wiens gezag hij staat, zijnde de ouder en/of de zorgouder (art. 1:245, vierde lid NBW).<sup>1110</sup> De vertegenwoordiging van het kind in rechte moet niet noodzakelijk door de ouder en de zorgouder samen gebeuren.<sup>1111</sup> De zorgouder of de ouder kan alleen het kind vertegenwoordigen voor zover de ouder resp. zorgouder geen bezwaren uit.<sup>1112</sup> Bestaat evenwel een belangenconflict tussen de ouder of de zorgouder en het kind, dan zal de rechter een bijzondere curator benoemen (art. 1:250 NBW).<sup>1113</sup>

---

<sup>1106</sup> Zoals bijvoorbeeld de aankoop van een gsm door een kind van acht jaar.

<sup>1107</sup> zoals bijvoorbeeld de erkenning van een kind (art. 1:204 NBW) of het maken van een uiterste wilsbeschikking (art. 4:55 NBW).

<sup>1108</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:234 NBW, aant. 3.2 en 3.7 (bijgewerkt tot en met 29 september 2016); zie ook: K. BLANKMAN, "Minderjarigheid" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (247) 252.

<sup>1109</sup> Bijvoorbeeld de aankoop van een brood of schoolboeken; K. BLANKMAN, "Minderjarigheid" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (247) 251; E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen in Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 73-74; rapport Herijking Ouderschap, 2016, 216.

<sup>1110</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:234 NBW, aant. 3.5 (bijgewerkt tot en met 29 september 2016); rapport Herijking Ouderschap, 2016, 217: Op de procesonbekwaamheid van minderjarigen bestaan een aantal uitzonderingen in het familierecht. Zo kan een kind bijvoorbeeld vanaf twaalf jaar op informele wijze de rechter vatten inzake de omgangsregeling na echtscheiding.

<sup>1111</sup> HR 21 oktober 1988, *NJ* 1989, 411, m. nt. EAAL, ov. 3.4-3.6.

<sup>1112</sup> ASSER/DE BOER, *1\* Personen- en familierecht*, 2010, nr. 828 (bijgewerkt tot 1 maart 2010); I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art.1:253i NBW, aant. 2 en 4 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016).

<sup>1113</sup> Y. R. NAUTA, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 798 Rv (bijgewerkt tot en met 3 juli 2017) – zie specifiek 5. *Procesrechtelijke (on)bekwaamheid van minderjarigen*.

Wat de vertegenwoordiging van het kind in het dagelijkse rechtsverkeer betreft, bestaat in Engeland een andere regeling. Zo kan een kind zonder toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger overeenkomsten aangaan. De wetgever maakt daarbij een onderscheid tussen overeenkomsten die geldig zijn, overeenkomsten die vernietigbaar zijn en overeenkomsten die niet afdwingbaar zijn jegens het kind. Geldige overeenkomsten zijn overeenkomsten die noodzakelijke goederen of diensten tot voorwerp hebben, zoals de aankoop van eten of het aangaan van een studielening. Overeenkomsten zijn vernietigbaar wanneer ze het kind een voortdurende verplichting van vermogensrechtelijke aard opleggen, zoals een leasecontract of huwelijkscontract. Het kind kan van een dergelijke overeenkomst afzien tijdens zijn minderjarigheid of binnen een redelijke termijn na zijn meerderjarigheid. Alle andere overeenkomsten die tot de restcategorie behoren zijn niet afdwingbaar ten aanzien van het kind, tenzij wanneer het kind de overeenkomst bevestigt na zijn meerderjarigheid bevestigt. De zorgouder is niet aansprakelijk voor de overeenkomsten aangegaan door het kind, behalve wanneer hij deze aansprakelijkheid uitdrukkelijk op zich heeft genomen. Evenmin kan de zorgouder deze overeenkomsten nadien bevestigen middels een toestemming of handtekening. Op die manier tracht de wetgever derden af te schrikken om met het kind te contracteren.<sup>1114</sup> Wat het optreden in rechte betreft, moet ook in Engeland het kind in beginsel worden vertegenwoordigd in gerechtelijke procedures (Part 21, Civil Procedure Rules 1998, hierna: 'CPR 1998'). De zorgouder is daarvoor bevoegd en kan optreden als '*litigation friend*' of '*guardian*' voor het kind (r 21.2(2) CPR 1998).<sup>1115</sup>

---

<sup>1114</sup> E. COOKE, "'Don't spend it all at once!' Parental responsibility and parents' responsibilities in respect of children's contracts and property" in E. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, (201) 202-206.

<sup>1115</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 358-359 en 471-472: Bij wijze van uitzondering kan het kind evenwel alleen gerechtelijke procedures voeren in de *High Court* en onder de *Children Act 1989* wanneer het over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt en na een rechterlijke machtiging of oordeel in die zin van een advocaat (r16.6 Family Procedure Rules 2010, hierna: 'FPR 2010'); zie daarover specifiek: C. SAWYER, "Children's representation by their parents in legal proceedings" in E. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 215-235.

## § 5. Plicht om levensonderhoud te verschaffen aan het kind

307. In Nederland moet de rechtstreekse onderhoudsplicht van de zorgouder worden onderscheiden van de onrechtstreekse onderhoudsplicht die desgevallend in zijn hoofde kan bestaan.

De rechtstreekse onderhoudsplicht is een specifieke onderhoudsplicht voor de zorgouder die voortvloeit uit het gezag dat hij uitoefent samen met de ouder van het kind krachtens art. 1:253t NBW (art. 1:253w, eerste zin NBW).<sup>1116</sup> Deze onderhoudsplicht is volgens de wetgever gerechtvaardigd omdat de zorgouder door de uitoefening van zijn gezag ten aanzien van het kind opvoedingsbeslissingen kan nemen met financiële consequenties.<sup>1117</sup> Krachtens de onderhoudsplicht moet de zorgouder voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind zonder dat behoefte van het kind vereist is (art. 1:404 *juncto* art. 1:392, tweede lid NBW).<sup>1118</sup> De omvang van de onderhoudsbijdrage wordt bepaald aan de hand van de behoefte van het kind en de draagkracht van de zorgouder (art. 1:397, eerste lid NBW). Om de invulling van deze open normen te vereenvoudigen heeft de rechterlijke macht richtlijnen uitgewerkt in het Rapport alimentatienormen (i.e. Tremarapport).<sup>1119</sup> Wordt het gezamenlijk gezag beëindigd door overlijden van de ouder of door een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing, dan eindigt de onderhoudsplicht niet. De financiële consequenties van opvoedingsbeslissingen genomen tijdens het gezamenlijk gezag kunnen immers ook na de beëindiging ervan nog doorwerken.<sup>1120</sup> De onderhoudsplicht blijft in deze situaties verder bestaan voor een duur die gelijk is aan de periode dat het gezamenlijk gezag heeft bestaan, tenzij de rechter op verzoek van de ouder of de ander wegens bijzondere omstandigheden een langere termijn vaststelt die maximaal kan lopen tot

---

<sup>1116</sup> M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA en M. TOMASSEN-VAN DER LANS, "Gezag" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (255) 259; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253w NBW, aant. 1 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016).

<sup>1117</sup> Memorie van Toelichting, *TK 1993-94*, 23714/3, 8; Nota naar aanleiding van het verslag, *TK 1995-96*, 23714/6, 6.

<sup>1118</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253w NBW, aant. 2 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016).

<sup>1119</sup> M. JONKER, "Kinderalimentatie" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (337) 347.

<sup>1120</sup> Nota naar aanleiding van het verslag, *TK 1995-96*, 23714/6, 6.

het kind eenentwintig jaar is geworden. Wordt het gezamenlijk gezag daarentegen beëindigd omdat het kind meerderjarig is geworden, dan eindigt de onderhoudsplicht wanneer het kind de leeftijd van eenentwintig jaar heeft bereikt (art. 1:253w NBW).<sup>1121</sup>

De onrechtstreekse onderhoudsplicht bestaat slechts in hoofde van de zorgouder voor zover hij de echtgenoot of geregistreerde partner van de juridische ouder van het kind is. In dat geval is de zorgouder gehouden om levensonderhoud te verschaffen aan de minderjarige (art. 1:395 NBW) en jongmeerderjarige kinderen tot eenentwintig jaar (art. 1:395a NBW) van zijn echtgenoot of partner. Deze onderhoudsplicht vloeit voort uit zijn huwelijk of geregistreerd partnerschap met de ouder. De kinderen hebben een onvoorwaardelijk recht op levensonderhoud dat niet afhankelijk is van hun behoeftigheid. Zo zal de zorgouder bijvoorbeeld moeten bijdragen in de studiekosten van het kind. Ter bepaling van de omvang van de onderhoudsbijdrage zijn twee maatstaven in de wet opgenomen, zijnde behoefte en draagkracht (art. 1:397, eerste lid NBW). Ter invulling van deze normen kan de rechter gebruik maken van het voormelde Tremarapport. Doordat de onderhoudsplicht van de zorgouder voortvloeit uit zijn huwelijk of geregistreerd partnerschap met de ouder van het kind, is de zorgouder niet langer gehouden levensonderhoud te verstrekken wanneer het huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt beëindigd. Ook eindigt de onderhoudsplicht wanneer het kind niet meer tot het gezin behoort. Deze beëindigingsgrond moet ruim worden geïnterpreteerd zodat een kind dat op kot zit, of op kostschool of tijdelijk uit huis geplaatst is wel nog 'tot het gezin behoort'.<sup>1122</sup> Bepalend is de vraag of het kind nog de bedoeling heeft om terug te keren in het gezin van de ouder en zorgouder?<sup>1123</sup>

---

<sup>1121</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253w NBW, aant. 2 en 3 (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016); M. JONKER, "Kinderalimentatie" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (337) 345.

<sup>1122</sup> M. JONKER, "Kinderalimentatie" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (337) 344-347; zie ook: Notitie leefvormen in het familierecht, TK 1994-95, nr. 22700/5, 11-12.

<sup>1123</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2016, [ECLI:NL:GHARL:2016:5819](https://ecli.nl/GHARL:2016:5819); S. F. M. WORTMANN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:395 NBW, aant. 2 (bijgewerkt tot en met 11 maart 2017).

Wanneer de zorgouder samen met de ouder het gezag uitoefent krachtens art. 1:253t NBW en tevens diens echtgenoot of geregistreerde partner is, dan vervangt de rechtstreekse onderhoudsplicht die gebaseerd is op het gezag (art. 1:253w NBW) de onrechtstreekse onderhoudsplicht die voortvloeit uit het huwelijk of geregistreerd partnerschap (art. 1:395 en 1:395a NBW).<sup>1124</sup>

308. In Engeland bestaat geen rechtstreekse onderhoudsplicht in hoofde van de zorgouder. Wel is de zorgouder onrechtstreeks onderhoudsplichtig voor zover hij gehuwd is (geweest) met de ouder van het kind dat hij behandeld heeft alsof het zijn eigen kind was (*'child of the family'*) of met deze ouder een geregistreerd partnerschap is (was) aangegaan. Concreet kan een zorgouder die titularis is van het ouderlijk gezag ingevolge een *PRA* of *PRO* (s4A(1)(a), (b) CA 1989) dus tot betaling van een onderhoudsbijdrage voor het kind worden aangesproken. De ouder van het kind kan in dat geval een verzoek indienen bij de rechtbank op grond van de Domestic Proceedings and Magistrates' Court Act 1978 (hierna: 'DPMCA 1978'), de Matrimonial Causes Act 1973 (hierna: 'MCA 1973') of de Civil Partnership Act 2004 (hierna: 'CPA 2004') om de zorgouder te laten veroordelen tot het betalen van een onderhoudsbijdrage ten behoeve van het kind.<sup>1125</sup> Bij de beoordeling van dit verzoek moet de rechtbank onder meer rekening houden met de financiële noden van het kind, zijn eventuele inkomsten, zijn fysieke en mentale beperkingen, de levensstandaard van het kind alsook de opleiding die het kind wordt verwacht te genieten (s3(4) en s7(5) DPMCA 1978; s27(3A) en s25(3) MCA 1973; sch.5, para.22(2) CPA 2004). Bovendien moet de rechter de verantwoordelijkheid die de zorgouder al dan niet heeft getoond om bij te dragen in de onderhoudskosten voor het kind, de omvang van eventuele bijdragen en de periode waarin de zorgouder niet heeft bijgedragen eveneens in overweging nemen. De rechter moet tevens in acht nemen of een andere persoon verplicht is om het kind te onderhouden en of de zorgouder heeft bijgedragen of gestopt is met bij te dragen in de onderhoudskosten voor het kind wetende dat hij niet de

---

<sup>1124</sup> Toelichting bij de Nota van Wijziging, TK 1999-2000, 26 862/7, 3.

<sup>1125</sup> De rechter kan bepalen dat de onderhoudsbijdrage aan de verzoekende ouder of aan het kind betaald moet worden (zie N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 791).



biologische ouder van het kind was (s3(3) en s7(5) DPMCA 1978; s27(3A) en s25(4) MCA 1973; sch.5, para.22(3) CPA 2004). Als de zorgouder wordt veroordeeld om onderhoudsgeld te betalen dan loopt deze verplichting in beginsel tot het kind de leeftijd van achttien jaar bereikt, tenzij het kind eerder een inkomen verdient. Evenwel kan ook na de leeftijd van achttien jaar deze verplichting doorlopen wanneer het kind nog verder een opleiding volgt of wanneer uitzonderlijke omstandigheden dit rechtvaardigen.<sup>1126</sup>

De ouder kan daarnaast ook een verzoek indienen op grond van Schedule 1 bij de Children Act 1989 om de zorgouder tot een onderhoudsbijdrage te laten veroordelen. In dat geval zijn gelijkaardige vereisten van toepassing als bij de beëindiging van het huwelijk of geregistreerd partnerschap (Sch. 1 para. 4(1)).<sup>1127</sup> Wanneer het verzoek zowel op Sch. 1 van de Children Act als op de voormelde MCA 1973 kan worden gebaseerd, doet de verzoekende ouder er goed aan te opteren voor de MCA 1973. Krachtens deze wet heeft de rechtbank immers ruimere bevoegdheden en kan ze bijvoorbeeld de verkoop van een goed van de zorgouder bevelen opdat hij zijn onderhoudsbijdrage zou kunnen betalen.<sup>1128</sup>

Is de zorgouder evenwel titularis van het ouderlijk gezag ingevolge een *SGO* of *CAO* dan kan hij niet worden veroordeeld tot het betalen van een onderhoudsbijdrage voor het kind. Volgens de *Law Commission* is deze regel in lijn met het algemeen beleid waarbij dergelijke personen niet in dezelfde mate als ouders financieel verantwoordelijk zijn voor het kind dat ze opvoeden.<sup>1129</sup>

---

<sup>1126</sup> F. BAILEY, "Blended families (part two)", *PCB* 2017, (22) 25-27; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 791-793; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 330-335; J. HERRING, *Family law*, London, Pearson, 2015, 368; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nrs. 7-027 tot 7-029, 158-159.

<sup>1127</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 793-800; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 335-343; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nrs. 7-019 tot 7-026, 151-158.

<sup>1128</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 330.

<sup>1129</sup> Law Commission n° 172, para. 4.63.

## **§ 6. Plicht tot vergoeding van schade ingevolge de onrechtmatige daad van het kind**

309. In Nederland kan de zorgouder aansprakelijk worden gesteld voor schade veroorzaakt door een onrechtmatige daad van het kind dat hij opvoedt.<sup>1130</sup> De leeftijd van het kind bepaalt of het om een risico- of foutaansprakelijkheid gaat. Zo geldt een risicoaansprakelijkheid in hoofde van de zorgouder voor schade die aan een derde werd berokkend door kinderen die de leeftijd van veertien jaar nog niet hebben bereikt (art. 6:169, eerste lid NBW *juncto* art. 6:164 NBW). Deze leeftijdsgrens is ingegeven vanuit de gedachte dat een risicoaansprakelijkheid geen schuldvereiste veronderstelt.<sup>1131</sup> Voor kinderen van veertien en vijftien jaar oud geldt daarentegen wel een op fout gebaseerde aansprakelijkheid. Zo wordt de zorgouder vermoed een fout te hebben begaan in het door hem uitgeoefende toezicht op het kind. Dit vermoeden is weerlegbaar zodat de zorgouder het tegenbewijs kan leveren dat hij het gedrag van het kind niet heeft kunnen beletten (art. 6:169, tweede lid NBW).<sup>1132</sup> Opdat de zorgouder aansprakelijk kan worden gesteld is vereist dat hij als titularis van het ouderlijk gezag dit gezag uitoefent (art. 6:169, eerste en tweede lid NBW *juncto* art. 1:245, vijfde lid NBW). Bijgevolg kan de zorgouder slechts aansprakelijk zijn wanneer hij samen met de ouder het ouderlijk gezag uitoefent.<sup>1133</sup> Wordt het gezag evenwel beëindigd in hoofde van de zorgouder krachtens art. 1:266 NBW, dan houdt diens kwalitatieve aansprakelijkheid op te bestaan. Verkeert de zorgouder in de onmogelijkheid om het gezag uit te oefenen (art. 1:246 NBW), maar is hij nog steeds titularis, dan wordt aangenomen dat hij kwalitatief aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door het kind. De zorgouder in kwestie zal allicht wel het

---

<sup>1130</sup> F. T. OLDENHUIS, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:169, aant. 3.1-3.3 (bijgewerkt tot en met 18 juli 2017).

<sup>1131</sup> ASSER/HARTKAMP en SIEBURGH, *6\* De verbintenis uit de wet*, 2015, nrs. 174-175; F. T. OLDENHUIS, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:169, aant. 1.6 (bijgewerkt tot en met 18 juli 2017).

<sup>1132</sup> Zie bv. HR 21 april 2017, nr. 16/01604, *RFR* 2017, 93: aansprakelijkheid van de ouders voor de 'Facebookmoord' gepleegd door hun destijds veertienjarige zoon; ASSER/HARTKAMP en SIEBURGH, *6\* De verbintenis uit de wet*, 2015, nrs. 178-179; F. T. OLDENHUIS, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:169, aant. 10.1 (bijgewerkt tot en met 18 juli 2017).

<sup>1133</sup> F. T. OLDENHUIS, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:169, aant. 3.1-3.3 (bijgewerkt tot en met 18 juli 2017).

vermoeden van fout in zijnen hoofde kunnen weerleggen.<sup>1134</sup> Voor kinderen van zestien jaar of ouder zal de zorgouder slechts kunnen worden aangesproken op grond van de gemeenrechtelijke schuldaansprakelijkheid voor schade berokkend aan een derde (art. 6:162 NBW).<sup>1135</sup>

Ook in Engeland kan de zorgouder aansprakelijk worden gesteld voor schade veroorzaakt door het kind. Het betreft evenwel geen kwalitatieve aansprakelijkheid aangezien de zorgouder aansprakelijk is voor de eigen onzorgvuldigheid en niet voor het foutieve handelen van het kind dat tot de schade heeft geleid. De vraag die centraal staat is of de zorgouder door zijn handelen of nalatigheid toegestaan heeft dat het kind een handeling kon stellen die allicht schade zou berokkenen aan derden en die een voorzichtige zorgouder zou hebben voorkomen. Is het antwoord op deze vraag positief, dan is de zorgouder aansprakelijk.<sup>1136</sup>

## § 7. Plicht tot respect ten aanzien van het kind

310. Zowel in Engeland als in Nederland bestaat in hoofde van de zorgouder de plicht om respect te hebben voor het kind dat hij opvoedt. Deze plicht is in geen van beide landen uitdrukkelijk in de wet opgenomen, maar blijkt uit het feit dat de zorgouder het titularisschap van het ouderlijk gezag verkrijgt om het belang van het kind te dienen. Het betreft een doelgebonden bevoegdheid, waarbij de zorgouder respect moet tonen voor de persoon van het kind. Zo mag de zorgouder geen geweld gebruiken in de opvoeding van het kind (art. 1:247, tweede lid NBW; s 58 Children Act 2004),<sup>1137</sup> en moet hij rekening houden met de inzichten van het kind dat naarmate het ouder wordt meer inspraak dient te krijgen in de eigen

---

<sup>1134</sup> F. T. OLDENHUIS, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:169, aant. 3.4 (bijgewerkt tot en met 18 juli 2017).

<sup>1135</sup> ASSER/HARTKAMP en SIEBURGH, 6\* *De verbintenis uit de wet*, 2015, nr. 175; F. T. OLDENHUIS, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:169, aant. 19.1 (bijgewerkt tot en met 18 juli 2017).

<sup>1136</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 363-364; zie specifiek: P. GILIKER, "Parental liability for harm caused by children: a Comparative analysis" in S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford, Hart Publishing, 2009, 333-351.

<sup>1137</sup> **Nederland:** I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:247 NBW, aant. 4 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016).

**Engeland:** N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 347.

opvoeding.<sup>1138</sup> Leeft de zorgouder deze plicht tot respect niet na dan kan de rechter het ouderlijk gezag in zinnen hoofde beëindigen omwille van het belang van het kind (art. 1:266 NBW; s 4A(3) CA 1989 *juncto* s 1(1-3) CA 1989).<sup>1139</sup>

De zorgouder heeft niet alleen de plicht om het kind met respect te behandelen, maar ook het recht om zelf met respect te worden behandeld door het kind (cf. *infra* nr. 350). Op die manier wordt een gelijkwaardigheid bereikt tussen de zorgouder en het kind die elkaars mening en elkaars rechten en plichten moeten respecteren.<sup>1140</sup>

## **AFDELING 2. Tweede type: toekenning van (de uitoefening van) enkele bestanddelen van het ouderlijk gezag**

311. Zowel in Frankrijk als in Duitsland kan de zorgouder slechts enkele bestanddelen van het ouderlijk gezag uitoefenen. Het betreft het recht en de plicht om beslissingen te nemen met betrekking tot de persoon van het kind (§ 1), het recht en de plicht om het kind te vertegenwoordigen in de toegekende rechten en in noodsituaties (§ 2), de onrechtstreekse plicht om het kind levensonderhoud te verschaffen (§ 3), de plicht tot vergoeding van schade ingevolge de onrechtmatige daad van het kind (§ 4) en het recht en de plicht tot respect ten aanzien van het kind (§ 5).

---

<sup>1138</sup> **Nederland:** Memorie van Toelichting, TK 1992-93, 23012/3, 11; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:247 NBW, aant. 10 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016).

**Engeland:** zie arrest *Gillick* (House of Lords, *Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1986] 1 AC 112)– zie daarover onder andere: F. BURTON, *Family law*, Londen, Routledge, 2015, 348 e.v.; S. GILMORE, "The limits of parental responsibility" in E. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, (63) 63-66.

<sup>1139</sup> **Nederland:** C. FORDER, "Kinderbeschermingsmaatregelen" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (287) 311-313.

**Engeland:** S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 415-416 met voorbeelden aldaar; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 389.

<sup>1140</sup> Zie in die zin: Memorie van Antwoord, TK 1993-94, 23012/5, 6.

## § 1. Recht (en plicht) om beslissingen te nemen met betrekking tot de persoon van het kind

312. In Frankrijk oefent de zorgouder slechts het recht (en de plicht) met betrekking tot de persoon van het kind uit in de mate dat dit recht aan hem werd overgedragen of met hem werd gedeeld. Concreet *kan* het gaan over het recht en de plicht om de woonplaats van het kind te bepalen en te eisen dat het kind er ook daadwerkelijk verblijft (i.e. recht van bewaring, FR: '*droit et devoir de garde*'),<sup>1141</sup> het recht en de plicht om toezicht uit te oefenen op de sociale contacten van het kind, zijn correspondentie en zijn levenswandel (FR: '*droit et devoir de surveillance*'), het recht en de plicht om het kind een (professionele) opleiding en een morele, religieuze en sociale opvoeding te verschaffen (FR: '*droit et devoir d'éducation*'), alsook het recht en de plicht om het kind te verzorgen en desgevallend in overleg medische behandelingen te laten ondergaan (FR: '*droit et devoir de protection de la santé de l'enfant*').<sup>1142</sup> Bij een vrijwillige (gedeelde) overdracht<sup>1143</sup> komt het toe aan de ouders en de zorgouder om te bepalen welke rechten en plichten de zorgouder in dit verband kan uitoefenen.<sup>1144</sup><sup>1145</sup> Bij gebreke aan verduidelijking in de overeenkomst of rechterlijke beslissing, wordt het geheel van deze rechten en plichten geacht te zijn overgedragen aan of te zijn gedeeld met de zorgouder. In dit geval spreekt de Franse wetgever van een 'volledige' overdracht (FR: '*délégation totale*').<sup>1146</sup> Bij een dergelijke

---

<sup>1141</sup> Zie in die zin: <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F3134> (geconsulteerd op 4 juni 2017): "*La délégation d'autorité parentale n'entraîne pas forcément le placement de l'enfant auprès d'un tiers. Dans ce cas, les parents continuent d'élever leur enfant tout en bénéficiant de l'aide d'un tiers.*"

<sup>1142</sup> A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: attributs" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 233.00-233.112, (952) 952-968.

<sup>1143</sup> Zoals vermeld heeft de wetgever het delen van een gedeelte van het ouderlijk gezag zelf onmogelijk gemaakt, zodat een gedeelde overdracht steeds een volledige overdracht betreft (cf. nr. 148).

<sup>1144</sup> Door het Hof van Beroep te Lyon werd zelfs buiten de grenzen van het ouderlijk gezag (en *contra legem*) het recht om de goederen van het kind te beheren overgedragen aan de zorgouder: CA Lyon 16 november 2004, RG 03/05867, [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr).

<sup>1145</sup> Bij een gedwongen overdracht bepaalt de rechter welke ouderlijke rechten en plichten aan de zorgouder toekomen (C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 113).

<sup>1146</sup> A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.22, (969) 1023; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 113 en 115.

overdracht is de zorgouder niet alleen bevoegd voor dagelijkse beslissingen, maar ook voor meer fundamentele en ingrijpendere beslissingen. Wensen de ouders dit niet, dan kunnen zij in de overeenkomst die zij met de zorgouder sluiten beperkingen opleggen. Zo kan bijvoorbeeld worden overeengekomen dat de zorgouder het kind naar de arts mag brengen, en van school mag halen, alsook dat hij meer algemeen dagelijkse opvoedingsbeslissingen mag nemen maar dat hij evenwel niet kan beslissen over ingrijpende medische behandelingen.<sup>1147</sup> Het feit dat de ouder(s) deze ouderlijke rechten en plichten kunnen overdragen aan of delen met de zorgouder kan worden verklaard vanuit de ontstaansgeschiedenis en de daaruit voortvloeiende *ratio* van de overdracht naar Frans recht. Aanvankelijk werd de overdracht als een jeugdbeschermingsmaatregel ingevoerd door de wet van 24 juli 1889.<sup>1148</sup> Deze wet organiseerde de opvoeding van mishandelde en verwaarloosde kinderen door hen te plaatsen in een instelling of bij natuurlijke personen aan wie de uitoefening van de vaderlijke macht (*'puissance paternelle'*) werd overgedragen (art. 17 loi 24 juillet 1889). De vaderlijke macht omvatte verschillende rechten zoals onder meer het recht om het kind bij zich te houden (*'droit de garde'*), het recht om het kind op te voeden en te verzorgen (*'droit et devoir d'éducation'*), het recht om het kind te straffen indien nodig (*'droit de correction'*), het recht om de goederen van het kind te beheren (*'droit à l'administration légale'*) en het vruchtgenot ervan te genieten (*'le droit à l'usufruit légale'*), het recht om de ontvoogding van het kind te vorderen alsook het recht om toe te stemmen in diens huwelijk, adoptie en pleegvoogdij (*'droit de consentir au mariage de leurs enfants, à l'adoption de leurs enfants et à la constitution de la tutelle officielle'*). De ouders konden desgevallend deze rechten overdragen.<sup>1149</sup> Een dergelijke ruime overdracht van ouderlijke rechten en plichten kan worden verklaard vanuit de idee dat de ouder(s) moesten vervangen worden in hun opvoedende taak door een instelling of een derde. Ook door de wetswijziging van 4 juni 1970 werd deze bepaling zo goed als ongewijzigd

---

<sup>1147</sup> L. LESTIENNE-SAUVÉ, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Parijs, LGDJ, 2013, nr. 93, 72-73.

<sup>1148</sup> Loi du 24 juillet 1889 enfants maltraités ou moralement abandonnés, placement des mineurs, action éducative en milieu ouvert, *JORF* 25 juillet 1889, 3653.

<sup>1149</sup> P. BLANC, *Les enfants maltraités ou moralement abandonnés*, Parijs, Chevalier-Maresq, 1889, 40-44 en 61-64.

overgenomen in (oud) art. 377 Cc.<sup>1150</sup> Evenwel was de overdracht van het ouderlijk gezag niet meer uitdrukkelijk een maatregel van jeugdbescherming, wat ook blijkt uit de plaatsing van deze rechtsfiguur tussen de regels aangaande opvoedingsbijstand en ontzetting van het ouderlijk gezag. Voortaan had de overdracht een gemengd karakter aangezien nu eens de medewerking vereist was van de ouders (i.e. vrijwillige overdracht) en dan weer niet (i.e. gedwongen overdracht). Verder konden de ouders ook niet meer de uitoefening van het recht om toe te stemmen in de adoptie van hun kind overdragen (art. 377-3 Cc). Door de wet van 4 maart 2002 werd dit gemengd karakter behouden.<sup>1151</sup> In deze opvatting van de overdracht past bijgevolg de redenering dat de ouders evenmin nog de uitoefening kunnen overdragen van het recht om de goederen van hun kind te beheren en het vruchtgenot ervan te genieten.<sup>1152</sup> Zodoende tracht de wetgever de overdracht van de uitoefening van het ouderlijk gezag te onderscheiden van een ontzetting van het ouderlijk gezag welke maatregel betrekking heeft op het titularisschap ervan.

In Duitsland verkrijgt de zorgouder slechts een *kleines Sorgerecht* over het minderjarige kind, dat bestaat uit een *Mitsorgerecht* en een *Notvertretungsrecht*. Krachtens het *Mitsorgerecht* heeft de zorgouder de bevoegdheid om in overeenstemming met zijn echtgenoot of geregistreerde partner, zijnde de ouder van het kind, beslissingen te nemen in aangelegenheden die zich dagelijks voordoen in de opvoeding en verzorging van het kind (D: '*Angelegenheiten des täglichen Lebens*' - § 1687b(1) BGB en § 9(1) LPartG).<sup>1153</sup> Volgens de Duitse wetgever volstaat de toekenning

---

<sup>1150</sup> Loi du 4 juin 1970, n°70-459 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 juin 1970, 5227; Dit gold ook voor de gedwongen overdracht van de artt. 19-20 loi 24 juillet 1889 (zie art. 377-1 loi 4 juin 1970).

<sup>1151</sup> Loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 mars 2002.

<sup>1152</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 1 en 119.

<sup>1153</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nrs. 2-4, 750-751; HENNEMANN, "§ 1687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten" in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage, München, nr. 6, 2012, "II Anwendungsbereich, 4. Gefahr im Verzug, Abs. 2"; G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nr. 5; D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nr. 760, 339; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 72; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nrs. 7-10.

van dergelijke beperkte bevoegdheden om de rol van de zorgouder in de dagelijkse opvoeding en verzorging van het kind te erkennen en verder mogelijk te maken. Als dusdanig kan de zorgouder dagelijkse opvoedingsbeslissingen immers eenvoudiger nemen. Tevens worden via het *kleines Sorgerecht* de nieuwe familiebanden tussen het kind, de ouder en de zorgouder versterkt en wordt tegemoetgekomen aan de tekortkomingen die het gebruik van een gemeenrechtelijke volmacht in deze context kenmerken. Via een gemeenrechtelijke volmacht worden de specifieke behoeften van het samengestelde gezin immers onvoldoende in acht genomen.<sup>1154</sup> Op de zorgouder rust niet de plicht om het *Mitsorgerecht* uit te oefenen, aangezien krachtens § 1626 BGB alleen juridische ouders het recht én de plicht hebben om voor het minderjarige kind te zorgen (D: 'elterliche Sorge').<sup>1155</sup> 'Dagelijkse aangelegenheden' worden in de voorbereidende werken omschreven als aangelegenheden die vaak voorkomen en die niet zwaar doorwegen op de ontwikkeling van het kind, zoals beslissingen inzake de dagelijkse (medische) verzorging en schoolaangelegenheden.<sup>1156</sup>

313. Aangezien zowel de ouder als de zorgouder beslissingen over de persoon van het kind kunnen nemen moet in de uitoefening van dit recht hun onderlinge verhouding en de verhouding ten aanzien van derden wettelijk worden geregeld.

In Frankrijk is een regeling slechts noodzakelijk voor een gedeelde overdracht omdat bij een klassieke overdracht de ouders de overgedragen rechten niet meer zelf kunnen uitoefenen. Wanneer bijgevolg de ouder(s) en zorgouder gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen tengevolge van een *gedeelde* overdracht houdt dit in dat ze in principe onderling tot een akkoord moeten komen inzake alle opvoedingsbeslissingen.<sup>1157</sup> In de verhouding ten aanzien van derden geldt een vermoeden dat een ouder of zorgouder die alleen handelt met de instemming van de andere(n) handelt (art. 377-1,

---

<sup>1154</sup> BT-Drucksache 14/2096, 8; BT-Drucksache 14/3751, 39; zie daarover: G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nr. 19.

<sup>1155</sup> Palandt, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1626 BGB, nr. 6, 1924; *contra*: G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nr. 4: Deze auteur spreekt van een 'Pflichtrecht'.

<sup>1156</sup> BT-Drucksache 14/3751, 39; BT-Drucksache 14/2096, 10.

<sup>1157</sup> A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.31, (969) 973.



tweede lid Cc *juncto* art. 372-2 Cc). Dit vermoeden van instemming geldt alleen voor de gebruikelijke, niet-zwaarwichtige handelingen met betrekking tot de persoon van het kind en jegens derden te goeder trouw.<sup>1158</sup> Algemeen wordt aangenomen dat een handeling die geen breuk veroorzaakt in het tot dan toe gehanteerde opvoedingspatroon van het kind en die niet de toekomst van het kind aanbelangt, een gebruikelijke handeling is.<sup>1159</sup> Een ouder die niet akkoord gaat met een voorgenomen of reeds gestelde handeling van de zorgouder of omgekeerd, kan zich tot de rechter wenden (art. 377-1, derde lid Cc *juncto* art. 373-2-11 Cc).<sup>1160</sup> Betreft het een voorgenomen handeling, dan kan de rechter een vervangende machtiging geven.<sup>1161</sup> Betreft het daarentegen een handeling die reeds gesteld is, dan zal de rechter moeten oordelen of de handeling al dan niet een zwaarwichtig karakter heeft en of dus een gezamenlijk optreden van ouder(s) en zorgouder vereist was.<sup>1162</sup>

In Duitsland moet de verhouding tussen de zorgouder en zijn echtgenoot of geregistreerde partner (d.i. ouder van het kind) enerzijds en de verhouding tussen de zorgouder en derden (d.i. bijvoorbeeld het kind en de ouder die het ouderlijk gezag niet uitoefent) anderzijds worden onderscheiden. Wat de verhouding tussen de zorgouder en deze derden betreft, heeft de zorgouder krachtens het *Mitsorgerecht* dezelfde wettelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid als een titularis van het ouderlijk

---

<sup>1158</sup> A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.236, (969) 1027; L. LESTIENNE-SAUVÉ, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Parijs, LGDJ, 2013, nr. 94, 73; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale - Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 132-133.

<sup>1159</sup> Zoals bijvoorbeeld een jaarlijks tandartsbezoek of de toelating voor een schooluitstap; Rapport THÉRY, 2014, 289; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.32-38, (969) 973-977 (met voorbeelden).

<sup>1160</sup> L. LESTIENNE-SAUVÉ, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Parijs, LGDJ, 2013, nr. 94, 73: De rechter kan ook worden gevat door het Openbaar Ministerie; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale - Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 134.

<sup>1161</sup> A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.33, (969) 974: bijvoorbeeld vervangende machtiging voor een schoolinschrijving.

<sup>1162</sup> I. CARBONNIER, "Fasc. 10: Autorité parentale - Exercice de l'autorité parentale", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 7 oktober 2014), nrs. 104-105; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.32, (969) 973-974.

gezag.<sup>1163</sup> Bijgevolg kan de zorgouder het kind niet vertegenwoordigen wanneer een voogd (D: 'Vormund') dit ook niet zou kunnen (§ 1687b(1), tweede zin BGB *juncto* § 1629(2) BGB en § 1795 BGB). Om praktische redenen is niet vereist dat de zorgouder en ouder steeds samen het kind vertegenwoordigen in dagelijkse opvoedingsaangelegenheden. Zo kan de ouder de zorgouder machtigen om alleen op te treden (§ 1629(1) BGB), zij het krachtens een gemeenschappelijke vertegenwoordigingsmacht in overeenstemming met de wil van de ouder. In de Duitse rechtsleer is sprake van een '*halbseitige Gesamtvertretung*'<sup>1164</sup> aangezien uitsluitend de zorgouder gebonden is door de machtiging van de ouder en de ouder zelf steeds het kind alleen kan vertegenwoordigen. Ten aanzien van de ouder van het kind, zijnde de echtgenoot of geregistreerde partner van de zorgouder, heeft de zorgouder geen eigen bevoegdheden. De zorgouder moet zijn medebeslissingsrecht in overeenstemming (D: '*im Einvernehmen*') met de ouder van het kind uitoefenen (§ 1687b(1) BGB; § 9(1) LPartG). Aangezien de wet niet spreekt van een *wederzijdse* overeenstemming staan de ouder en zorgouder niet op voet van gelijkheid. Het feit dat de zorgouder in de uitoefening van zijn *Mitsorgerecht* een overeenstemming moet zoeken met de ouder van het kind, vloeit mede voort uit het accessoire karakter van het *Mitsorgerecht* dat volledig afhankelijk is van het ouderlijk gezag van de ouder van het kind. Bijgevolg heeft in geval van conflict tussen de zorgouder en de ouder deze laatste het laatste woord.<sup>1165</sup>

314. Bij de uitoefening van dit recht wordt de verhouding van de zorgouder ten aanzien van het kind bepaald door de rechtspositie van het

---

<sup>1163</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 5, 864.

<sup>1164</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 4, 751 en nr. 6, 864; S. MOTZER, "Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorgerecht und Umgangsrecht", *FamRZ* 2001, (1034) 1039.

<sup>1165</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nrs. 5-7, 864; M. LÖHNIG, "Neue Partnerschaften der gemeinsam sorgeberechtigt gebliebenen Eltern – Welche Rechte haben die neuen Partner?", *FPR* 2008, (157) 157-158; G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nrs. 6, 10-11; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 71-72; zie ook: D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2005, (761) 765-767; zie specifiek voor geregistreerd samenwonende partners: D. SCWHAB, "Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick", *FamRZ* 2001, (385) 394-395.

kind. *Infra* zal worden aangetoond dat het kind recht heeft op een uitoefening van het ouderlijk gezag in zijn belang alsook een recht op participatie in de eigen opvoeding (cf. nrs. 344-345). Deze rechten zijn bepalend voor de wijze waarop de zorgouder beslissingen kan nemen met betrekking tot de persoon van het kind.

## **§ 2. Recht (en plicht) om het kind te vertegenwoordigen in de toegekende rechten en in noodsituaties**

315. In Frankrijk kan de zorgouder het kind *de facto* vertegenwoordigen bij het nemen van dagelijkse opvoedingsbeslissingen binnen het kader van de hem toegekende rechten. Oordelen in andere zin zou de (gedeelde) overdracht praktisch onwerkbaar maken (art. 377, eerste lid Cc, art. 372-2 Cc *juncto* art. 377-1, tweede lid Cc, cf. nr. 312). De zorgouder beschikt evenwel niet over een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid aangezien dit gekoppeld is aan het recht om de goederen van het kind te beheren, welk recht niet aan de zorgouder kan worden overgedragen. De juridische ouders van het kind blijven met andere woorden zijn wettelijke vertegenwoordigers. Op die manier heeft de wetgever de overdracht van de uitoefening van het ouderlijk gezag willen onderscheiden van de ontzetting van het ouderlijk gezag die betrekking heeft op het titularisschap ervan.<sup>1166</sup> Bijgevolg kan de zorgouder het kind niet vertegenwoordigen bij rechtshandelingen die niet kaderen in de dagelijkse opvoeding en zorg voor het kind,<sup>1167</sup> noch kan hij

---

<sup>1166</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 119 en 135 en nrs. 125-126; Bij een gedwongen overdracht wordt daarentegen door bepaalde rechtsleer verdedigd dat de zorgouder wel het kind kan vertegenwoordigen in rechte aangezien de vertegenwoordigingsbevoegdheid samen met de beheersbevoegdheid over de goederen van het kind aan hem wordt overgedragen omdat de ouders deze functie niet kunnen vervullen wegens hun wangedrag of andere omstandigheden (C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 120-121); zie ook: C. NEIRINCK, "Fasc. 40: Autorité parentale – Retrait", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 31 mei 2010), nr. 105.

<sup>1167</sup> Zo is een vertegenwoordiging door de zorgouder uitgesloten bij het opstellen van een testament door het kind (art. 903 Cc) en is de toestemming van de zorgouder niet nodig om anticonceptiemiddelen aan het kind voor te schrijven en af te geven (zie daarover: Y. BUFFELAN-LANORE, "Fasc. Unique: minorité – Droits propres de l'enfant", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 5 april 2016), nrs. 41 en 43; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: attributs" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 233.93, (952) 966); A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.31, (969) 973; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: attributs" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 233.91, (952) 965-966.

het kind geldig toestemming verlenen tot het stellen van bepaalde rechtshandelingen,<sup>1168</sup> noch kan hij het kind in rechte vertegenwoordigen.<sup>1169</sup>

Binnen de grenzen van het *Mitsorgerecht* (§ 1687b(1) BGB (cf. nr. 312) is de zorgouder in Duitsland bevoegd om het kind te vertegenwoordigen.<sup>1170</sup> Deze beperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt verantwoord vanuit het recht van zorg in hoofde van de ouder (D: 'Sorgerecht') dat eveneens het recht omvat om het kind te vertegenwoordigen. Bijgevolg moet ook voor de zorgouder in het kader van zijn *kleines Sorgerecht* een overeenstemmend recht van vertegenwoordiging bestaan (§1629(1), eerste zin BGB).<sup>1171</sup> Bovendien is een dergelijke beperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid noodzakelijk, en tevens voldoende, om de positie van de zorgouder ten aanzien van derden te versterken.<sup>1172</sup> Een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid, met inbegrip van een vertegenwoordiging in rechte, is voor de zorgouder evenwel uitgesloten. Andersluidend oordelen is in strijd met § 6(2) Grundgesetz (hierna: 'GG') volgens welke bepaling de opvoeding en verzorging van hun kinderen voor ouders een natuurlijk recht en de meest vooraanstaande verplichting is.<sup>1173</sup>

---

<sup>1168</sup> Zoals het uitoefenen van een bepaald beroep of het openen van een bankrekening vanaf vijftien jaar (Y. BUFFELAN-LANORE, "Fasc. Unique: minorité – Droits propres de l'enfant", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 5 april 2016), nrs. 71-76).

<sup>1169</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 126 en 135.

<sup>1170</sup> Zo kan de zorgouder toestemmen in een niet-ingrijpende medische behandeling voor het kind, kan hij informatie over het kind opvragen bij de school of de huisarts of kan hij het kind van en naar school, vrienden en de jeugdvereniging brengen; zie onder andere: D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2005, (761) 763; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 71-72.

<sup>1171</sup> BT-Drucksache 14/3751, 39.

<sup>1172</sup> D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2005, (761) 763.

<sup>1173</sup> HENNEMANN, "§ 1687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten" in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage, München, 2012, nr. 5; G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nr. 14; T. RAUSCHER, *Familienrecht*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2008, nr. 1134, 1005: Volgens deze auteur is zelfs het *Mitsorgerecht* op zich al problematisch omdat daardoor de zorgouder over meer rechten beschikt dan de tweede ouder die het ouderlijk gezag niet uitoefent maar wel de bescherming van § 6(2) GG geniet. Het

316. Daarnaast heeft de zorgouder het recht en de plicht om het kind te vertegenwoordigen in noodsituaties.

In Frankrijk heeft eender welke derde het recht en de plicht om in geval van nood het kind bijvoorbeeld naar een arts te brengen. Bijgevolg heeft de zorgouder die het kind opvoedt ingevolge een (gedeelde) overdracht *a fortiori* dit recht. De wetgever heeft dan ook dit recht van de zorgouder niet meer uitdrukkelijk opgenomen in de artikelen 377 en 377-1 Cc.<sup>1174</sup>

In Duitsland heeft de wetgever het *Notvertretungsrecht* uitdrukkelijk omschreven in § 1687b(2) BGB als een recht dat het voor de zorgouder mogelijk maakt om bij noodsituaties alle handelingen te stellen die vereist zijn om het belang van het kind te vrijwaren, zonder dat eerst toestemming van de ouder moet worden verkregen.<sup>1175</sup> Dit vertegenwoordigingsrecht is gebaseerd op het belang van het kind.<sup>1176</sup> De wetgever wil met het *Notvertretungsrecht* voornamelijk een optreden van de zorgouder mogelijk maken bij ziekte van het kind of verwonding door een ongeval.<sup>1177</sup> Werd dit recht uitgeoefend, dan dient de zorgouder onverwijld de met het gezag

---

*Bundesverfassungsgericht* oordeelde evenwel in een arrest van 17 juli 2002 dat § 9(1) LPartG, dat inhoudelijk met § 1687b(1) BGB overeenkomt, grondwetsconform is (BVerfG 17.07.2002, BVerfGE 105, 313; NJW 2002, 2543, ov. 113: "...Mit der Konstituierung dieses "kleinen Sorgerechts" für den Lebenspartner greift der Gesetzgeber nicht in das Elternrecht des nicht sorgeberechtigten Elternteils aus Art. 6 Abs. 2 GG ein."); zie voor een overzicht van rechtsleer dienaangaande: D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2005, 761-772, vnl. 763 en 769-771.

<sup>1174</sup> L. LESTIENNE-SAUVÉ, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Parijs, LGDJ, 2013, nr. 72, 59-60.

<sup>1175</sup> CEFL *Principles Parental Responsibilities – National Report: Germany*, Q 14, 16 en 27a, 30-32; HENNEMANN, "§ 1687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten" in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage, München, nr. 6, 2012, "II Anwendungsbereich, 4. Gefahr im Verzug, Abs. 2"; T. RAUSCHER, *Familienrecht*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2008, nr. 1134, 1005; D. SCHWAB, "Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick", *FamRZ* 2001, (385) 394-395; D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2011, nr. 760, 339; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nrs. 9-10.

<sup>1176</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 6, 864.

<sup>1177</sup> BT-Drucksache 14/3751, 45; 39.

belaste ouder daarvan op de hoogte te brengen (§ 1687b(2) BGB en § 9(2) LPartG).<sup>1178</sup>

### **§ 3. Onrechtstreekse plicht om het kind levensonderhoud te verschaffen in geval van een huwelijk of geregistreerd partnerschap**

317. De zorgouder is in Frankrijk onrechtstreeks onderhoudsplichtig jegens het kind via zijn huwelijk of geregistreerd partnerschap met diens ouder. Krachtens de artikelen 214 Cc, 220 Cc en 515-4 Cc moet de zorgouder bijdragen in de lasten van het samenleven.<sup>1179</sup> Onder de lasten van het samenleven worden tevens de opvoedings- en verzorgingskosten van de niet-gemeenschappelijke kinderen begrepen.

In Duitsland daarentegen is de zorgouder als echtgenoot of geregistreerde partner niet wettelijk verplicht om via de kosten van het samenleven bij te dragen in de opvoedings- en verzorgingskosten van het kind. De onderhoudsplicht van de zorgouder geldt uitsluitend jegens diens echtgenoot of partner en hun gemeenschappelijke kinderen (D: *'der gemeinsamen unterhaltsberechtigten Kinder'*) (§ 1360 BGB, § 1360a(1) BGB en § 5 LPartG).<sup>1180</sup>

In geen van beide rechtsstelsels rust op de zorgouder de ouderlijke onderhoudsplicht. Deze onderhoudsplicht vloeit immers voort uit de vestiging van een juridische afstammingsband die afwezig is in hoofde van de zorgouder (art. 203 *juncto* art. 371-2 Cc; § 1591-1592 BGB *juncto* § 1602(2) BGB ).<sup>1181</sup> Het feit dat de zorgouder het ouderlijk gezag uitoefent

---

<sup>1178</sup> T. RAUSCHER, *Familienrecht*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2008, nr. 1134, 1005; D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nr. 760, 339; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 9.

<sup>1179</sup> M. REBOURG, "Les familles recomposées: la prise en charge de l' enfant par son beau-parent pendant la vie commune. Etat du droit positif", *AJFamille* 2007, 290 e.v.

<sup>1180</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 2, 185; D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nrs. 160-167, 68-71; D. SCWHAB, "Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick", *FamRZ* 2001, (385) 392; *Palandt*, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1360 BGB, 1623 en § 1360a BGB, 1624, zie vnl. nr. 2; zie ook reeds in die zin en met voorstel tot hervorming: M. COESTER, "Die Rechtsbeziehungen zwischen Stiefelternteil und Stiefkind" in J. HORSTMANN (ed.), *Stieffamilie/Zweitfamilie. Reflexionen über einen an gesellschaftlicher Bedeutung zunehmenden Familientypus*, Grafschaft, Vektor, 1994, (133) 134-135 en 143-144.

<sup>1181</sup> **Frankrijk**: M. REBOURG, "Vocation alimentaire" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 311.31-311.54, (1211) 1218-1221; **Duitsland**: J.

krachtens een vrijwillige overdracht of een *Mitsorgerecht* is voor het bestaan van deze ouderlijke onderhoudsplicht irrelevant.<sup>1182</sup>

#### **§ 4. Plicht tot vergoeding van schade ingevolge de onrechtmatige daad van het kind**

318. In Frankrijk is de zorgouder kwalitatief aansprakelijk voor schade veroorzaakt door het kind, wanneer hij het geheel of een deel van het ouderlijk gezag uitoefent ingevolge een vrijwillige overdracht. Doorslaggevend is de vraag of de zorgouder toezicht kan uitoefenen op het kind en diens levenswandel kan organiseren. De zorgouder moet met andere woorden de bewaring (FR: '*garde*') over het kind hebben in de zin van art. 1242, eerste lid Cc.<sup>1183</sup> In de Franse rechtspraak en rechtsleer wordt daaronder begrepen '*le droit d'organiser, diriger et contrôler le mode de vie de l'enfant*'.<sup>1184</sup> Uit cassatierechtspraak blijkt dat de aansprakelijkheid van de derde krachtens art. 1242, eerste lid Cc slechts voorgaat op deze van de ouder(s) voor zover het kind middels een rechterlijke beslissing niet meer woont bij zijn ouders maar onder de bewaring van de derde is geplaatst.<sup>1185</sup> Het gaat daarbij zowel om rechtspersonen<sup>1186</sup> als om natuurlijke

---

GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nrs. 39-42, 30; *Palandt*, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1601 BGB, zie vnl. nr. 1, 1872 en 1847, '*Einführung*', nr. 2.

<sup>1182</sup> Bij een gedwongen overdracht wordt door bepaalde rechtsleer verdedigd dat de ouderlijke onderhoudsplicht daarentegen wel op de zorgouder rust (C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 124).

<sup>1183</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 122.

<sup>1184</sup> Cass. 29 maart 1991, n°89-15.231: *JurisData* n°1991-001098; *Bull. ass. plén.* 1991, n°1 (arrest-Blieck): Door dit arrest is het toepassingsgebied van art. 1242, eerste lid Cc. niet meer limitatief maar exemplatief; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Tome 5*, Parijs, Economica, 2016, nr. 349, 389; M.-L. CICLE-DELFOSSÉ, "Majeurs protégés. Dispositions indépendantes de toute protection. Faits juridiques" *Jurisclasseur Not. Rép.* (bijgewerkt tot 15 juli 2016), nr. 105; zie daarover uitgebreid: E. LEVERBE, "Le civilement responsable du fait du mineur- À propos de deux arrêts de la Cour de cassation: Cass. crim. 18 mai 2004 en Cass. (2e civ.) 7 oct. 2004) », *Resp. civ. et ass.* n°2, februari 2005.

<sup>1185</sup> Cass. 18 mei 2004, *Bull. crim.*, n°123; Cass. crim. 8 februari 2005, *JCP* 2005.II.10049, note M.-F. STEINLE-FEUERBACH; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Tome 5*, Parijs, Economica, 2016, nr. 347, 385 en nrs. 349 ev., 388 ev., zie vnl. nr. 358.

<sup>1186</sup> Cass. crim. 10 oktober 1996, *Bull. crim.*, n°357; Cass. civ. 9 december 1999, *Bull. civ.* 1999, II, n°189; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Tome 5*, Parijs, Economica, 2016, nr. 353, 392.

personen<sup>1187</sup> die als derden aansprakelijk kunnen worden gesteld. Bijgevolg kan worden verdedigd dat ook de zorgouder die het ouderlijk gezag uitoefent na een rechterlijke beslissing tot vrijwillige overdracht aansprakelijk kan zijn op grond van art. 1242, eerste lid Cc.<sup>1188</sup> Vereist is dan wel dat de zorgouder ingevolge de overdracht in staat was om toezicht uit te oefenen op het kind en diens levenswandel te bepalen, alsook dat de schadeverwekkende handeling van het kind een fout uitmaakt.<sup>1189</sup> Oefent de zorgouder evenwel samen met de ouders het ouderlijk gezag uit ingevolge een gedeelde overdracht, dan is hij niet kwalitatief aansprakelijk voor de onrechtmatige handeling gesteld door het kind. In dat geval oefenen de ouders immers ook het ouderlijk gezag uit zodat zij aansprakelijk zijn voor schade veroorzaakt door het kind dat bij hen woont. Aangezien dit meestal het geval is, primeert de kwalitatieve aansprakelijkheid van de ouders dan op de aansprakelijkheid van de zorgouder. Dit is eveneens zo wanneer zowel de ouder als de zorgouder samenwonen met het kind en beide de uitoefening van het ouderlijk gezag delen.<sup>1190</sup>

In Duitsland is de kwalitatieve aansprakelijkheid van ouders (D: *'Haftung des Aufsichtspflichtigen'*) voor de schade veroorzaakt door hun minderjarig kind gebaseerd op het titularisschap van het *Personensorgerecht* (§ 1626(1) BGB) dat hen *van rechtswege* machtigt en verplicht om toezicht uit te oefenen op hun kind (§ 1631(1) BGB *juncto* § 832(1) BGB). Omdat de zorgouder geen titularis is van het *Personensorgerecht* kan hij op deze grondslag niet worden aangesproken voor de schade die het kind heeft berokkend.<sup>1191</sup> Evenwel kan de zorgouder op een andere grondslag

---

<sup>1187</sup> Cass. 20 januari 2000, n°98-17.005: JurisData n°2000-000075; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Tome 5*, Parijs, Economica, 2016, nr. 353, 393-394.

<sup>1188</sup> Dezelfde redenering geldt voor een gedwongen overdracht van het ouderlijk gezag.

<sup>1189</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Tome 5*, Parijs, Economica, 2016, nr. 351, 391-392 en nr. 371, 418; M. REBOURG, "Les familles recomposées: la prise en charge de l' enfant par son beau-parent pendant la vie commune. Etat du droit positif", *AJ Famille* 2007, 290 e.v.

<sup>1190</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 137.

<sup>1191</sup> *Palandt*, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 832 BGB, nrs. 1-4, 1292-1293; zie daarover ook: P. GILLIKER, "Parental liability for harm caused by children: a Comparative analysis" in S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford, Hart Publishing, 2009, (333) 345-347.



aansprakelijk worden gesteld. Zo bestaat in zinnen hoofde een plicht om toezicht uit te oefenen op het kind krachtens *een overeenkomst* met de ouder. Het kan om een stilzwijgende overeenkomst gaan. Aangezien de zorgouder een medebeslissingsrecht uitoefent in de opvoeding van het kind met wie hij samenwoont, kan hij een uitgebreid toezicht houden op het kind. Bijgevolg wordt de zorgouder vermoed nalatig te zijn geweest in zijn toezicht wanneer het kind schade veroorzaakt, zodat hij op grond van § 832(2) BGB kwalitatief aansprakelijk kan worden gesteld.<sup>1192</sup> Het betreft met andere woorden een foutaansprakelijkheid in hoofde van de zorgouder (D: '*widerrechtlich verletzt*').<sup>1193</sup>

## § 5. Plicht tot respect ten aanzien van het kind

319. Zowel in Frankrijk als in Duitsland rust op de zorgouder de plicht om bij het verschaffen van de opvoeding respect te hebben voor het kind. Dit blijkt onder meer uit het feit dat de zorgouder de hem toegekende rechten en plichten in het belang van het kind moet uitoefenen (art. 371-1, eerste lid Cc; § 1687b(3) BGB),<sup>1194</sup> waarbij hij geen geweld mag hanteren (art. 222-1 e.v. Code pénal; § 1631(2) BGB)<sup>1195</sup> en rekening moet houden met de inzichten van het kind (art. 371-1, derde lid Cc, § 1626(2) BGB). Leeft de zorgouder de plicht tot respect jegens het kind niet na, dan kan de rechter de uitoefening van het ouderlijk gezag in zinnen hoofde beëindigen op grond

---

<sup>1192</sup> Palandt, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 832 BGB, nr. 7, 1293; F. BERNAU, "Der Einzug der Patchwork-Familie in den juristischen Sprachgebrauch – eine Definition" in *Kritische Justiz*/39, 2006, H. 3, (320) 330-331.

<sup>1193</sup> Er is sprake van strijdigheid met de wet wanneer doelbewust onrechtmatig werd gehandeld ('*vorsätzlich*') of wanneer niet met de nodige voorzichtigheid werd gehandeld ('*fahrlässig*').

Zie daarover met een discussie over de invulling van het onrechtmatigheidsbegrip ('*rechtswidrigkeit*'): H. KÖTZ en K. WAGNER, *Deliktsrecht*, München, Verlag Franz Vahlen, 2016, nrs. 94 ev., zie vnl. nrs. 103-112, 49-53.

<sup>1194</sup> **Frankrijk**: I. CARBONNIER, "Fasc. 10: Autorité parentale – Exercice de l'autorité parentale", *Jurisclasser Code civ.* (bijgewerkt tot 7 oktober 2014), nr. 13; **Duitsland**: D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nr. 704, 311-312.

<sup>1195</sup> **Frankrijk**: A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: attributs" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 233.82-83, (952) 964-965: Frankrijk werd veroordeeld door het Europees Comité voor Sociale Rechten in een beslissing van 12 september 2014 omdat het nog steeds geen specifieke bepaling heeft ingevoerd die gebruik van geweld in de opvoeding verbiedt. Vooralsnog wordt in Frankrijk een algemene strafrechtelijke verbodsbepaling gehanteerd die het vrijwillig toebrengen van slagen aan een persoon verbiedt; **Duitsland**: D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2009, nrs. 708-711, 313-314.

van het belang van het kind (art. 377-2 Cc; § 1687b(3) BGB).<sup>1196</sup> Het kind heeft met andere woorden het recht om met respect te worden behandeld.

## **HOOFDSTUK 2.       Zorgouderschapsstatuut – de lege ferenda**

320. Bij de uitwerking van een statuut voor zorgouders moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de situatie waarin de ouder die zich door een zorgouder laat helpen in de opvoeding van het kind, het ouderlijk gezag op gezamenlijke of exclusieve wijze uitoefent (afdeling 1), en anderzijds de situatie waarin deze ouder het ouderlijk gezag niet uitoefent (afdeling 2).

Dit onderscheid vloeit allereerst voort uit het bijkomstige en ondersteunende karakter van de opvoedende rol van de zorgouder waardoor hij niet meer rechten en plichten kan uitoefenen dan de ouder die de eerste opvoedingsverantwoordelijke van het kind is overeenkomstig de artikelen 5 en 18 IVRK (cf. nr. 158). Voor de invulling van het zorgouderschapsstatuut moet bijgevolg worden bepaald welke ouderlijke rechten en plichten de ouder, die door de zorgouder wordt geholpen, kan uitoefenen. Verder vloeit dit onderscheid voort uit een samenlezing van het gelijkheidsbeginsel en de resultaten van de rechtsvergelijkende analyse. Zo moet in Frankrijk de ouder het ouderlijk gezag op gezamenlijke of exclusieve wijze uitoefenen opdat de zorgouder de uitoefening van het ouderlijk gezag kan verkrijgen. Ook in Duitsland is daarvoor vereist dat de ouder op exclusieve wijze het gezag uitoefent (cf. nr. 219). Het komt evenwel voor dat in het licht van het gelijkheidsbeginsel niet op redelijke wijze kan worden verantwoord waarom de erkenning van een zorgouder zich zou moeten beperken tot een bepaalde wijze van gezagsuitoefening in hoofde van de ouder van het kind. Een dergelijke werkwijze zou in strijd met het gelijkheidsbeginsel verhinderen dat bepaalde zorgouders een rechtspositie

---

<sup>1196</sup> **Frankrijk:** A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 234.224-234.226, (969) 1024-1025; C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 158-162 ('restitution' of 'transfert'); **Duitsland:** B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 71; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 11.

zouden kunnen verkrijgen.<sup>1197</sup> De zorgouder kan immers steeds de ouder helpen in de opvoeding van het kind ongeacht of de ouder zelf het ouderlijk gezag uitoefent en de opvoeding verstrekt, dan wel slechts toezicht houdt op de opvoeding die door de andere ouder wordt verstrekt.

## **AFDELING 1. De ouder van het kind oefent het ouderlijk gezag uit**

321. Wanneer de ouder het ouderlijk gezag op gezamenlijke of exclusieve wijze uitoefent, kunnen bepaalde ouderlijke rechten en plichten toekomen aan de zorgouder. In wat volgt wordt eerst verantwoord waarom de wijze van gezagsuitoefening in hoofde van de ouder irrelevant is voor de erkenning van de zorgouder (§ 1), en wordt vervolgens toegelicht welke rechten en plichten dan toekomen aan de zorgouder (§ 2).

### **§ 1. Verantwoording**

322. Zoals *supra* vermeld kan allereerst niet redelijkerwijze worden verantwoord waarom de erkenning van een zorgouder zich zou moeten beperken tot een bepaalde wijze van gezagsuitoefening door de ouder van het kind (cf. nr. 320). Oordelen in andere zin zou in het huidige Belgische recht veel zorgouders uitsluiten van het statuut gelet op het door de wet van 13 april 1995 ingevoerde basissysteem van gezamenlijke gezagsuitoefening (art. 373-374 BW).<sup>1198</sup> Bovendien zouden kinderen die na een scheiding van hun ouders worden opgevoed door een zorgouder hun recht op familieleven met hem niet in rechte erkend kunnen zien. En ook omgekeerd zou de zorgouder zijn recht op familieleven met het kind dat hij opvoedt niet in rechte kunnen beschermen. Ten slotte wordt vermeden dat na een scheiding beide ouders strijden om de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag, wat niet strookt met het uitgangspunt van de wetgever en mogelijk een miskennis inhoudt van de tot dan bestaande opvoedingssituatie.<sup>1199</sup>

---

<sup>1197</sup> zie ook over die discussie: T. HELMS, *Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen. Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag*, München, C. H. Beck, 2016, 63.

<sup>1198</sup> Wet 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, BS 24 mei 1995.

<sup>1199</sup> zie voor kritiek in die zin op de beperking: HENNEMANN, "§ 1687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten" in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage, München, 2012, nr. 3; M. LÖHNIG, "Neue Partnerschaften der gemeinsam

## § 2. Inhoud

323. Oefent de ouder het ouderlijk gezag gezamenlijk of exclusief uit, dan verkrijgt de zorgouder de uitoefening van het recht (en de plicht) van zorg (A), het recht (en de plicht) om het kind te vertegenwoordigen in dagelijkse opvoedingsaangelegenheden en in noodsituaties (B), de plicht om het kind levensonderhoud te verschaffen (C), de plicht tot vergoeding van schade ingevolge de onrechtmatige daad van het kind (D) en de plicht tot respect ten aanzien van het kind (E). Het 'recht' van zorg en van vertegenwoordiging moet in deze worden opgevat als een bevoegdheid ('powers') voor de zorgouder om een bepaalde handeling te stellen zonder dat een overeenstemmende plicht in hoofde van een derde wordt gevestigd (cf. nr. 296).<sup>1200</sup>

### A. Recht (en plicht) van zorg

324. In dit proefschrift wordt verdedigd dat de zorgouder het recht en de plicht van zorg over het kind moet kunnen uitoefenen, zodat hij de bevoegdheid heeft om op dagelijkse basis het kind te verzorgen en op te voeden en binnen dit kader de nodige beslissingen kan nemen. Het recht en de plicht van zorg wordt om de hiernavolgende redenen toegekend.

Vooreerst vloeien dit recht en deze plicht voort uit de artikelen 18 en 27 IVRK die de Staat verplichten om maatregelen te nemen die zorgouders in staat stellen om het kind op te voeden, te verzorgen en in zodanige levensomstandigheden te voorzien dat het kind zich terdege kan ontwikkelen.<sup>1201</sup> Beide artikelen zijn van toepassing op zorgouders aangezien ze in samenhang moeten worden gelezen met art. 5 IVRK dat de algemene bepaling vormt waarin de verhouding van de Staat tot het kind en zijn (zorg)ouders wordt geregeld.<sup>1202</sup> Gelet op het doel van art. 5 IVRK is de aard

---

sorgeberechtigt gebliebenen Eltern – Welche Rechte haben die neuen Partner?", *FPR* 2008, 157 e.v.; RAINER en KEMPER, "§ 1687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten" in *Schulze u.a. Bürgerliches Gesetzbuch*, 8. Auflage, 2014, nr. 3; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 70; zie voor dezelfde problematiek in Nederland: nr. 219.

<sup>1200</sup> J. W. SALMOND, *Jurisprudence*, 7th ed., Londen, Stevens and Haynes, 1924, § 76, 248-249.

<sup>1201</sup> S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, Den Haag, 1999, 295, 302-303, 305 en 453-470.

<sup>1202</sup> zie inzake de toestandkoming van deze bepaling: UN Doc. E/CN.4/1989/48, 31-32.

van de juridische verhouding tussen het kind en de persoon die voor hem verantwoordelijk is irrelevant.<sup>1203</sup> Tevens wordt in dit artikel uitdrukkelijk gesproken van "...other persons legally responsible for the child,...". Het IVRK verhindert dus niet dat ook andere personen dan ouders verantwoordelijk kunnen zijn voor de opvoeding van het kind. Dit wordt op verscheidene plaatsen in het Verdrag bevestigd.<sup>1204</sup>

Bovendien toont de rechtsvergelijkende analyse aan dat in alle bestudeerde rechtsstelsels de zorgouder eveneens het recht en de plicht heeft om voor de dagelijkse opvoeding en verzorging van het kind in te staan (cf. nrs. 300 en 312). Op die manier wordt de zorgouder rechtens in staat gesteld om zijn opvoedende rol te vullen. Het recht en de plicht van zorg sluit zodoende aan bij de voorwaarde van een opvoedende rol of de wil om een opvoedende rol waar te nemen die in hoofde van de zorgouder moet aanwezig zijn (cf. nrs. 199-204) en maakt de verdere vervulling van deze voorwaarde mogelijk.

Eenzelfde vaststelling geldt voor de bovenvermelde gezagsinstellingen naar Belgisch recht.<sup>1205</sup> Zowel de adoptant (art. 353-8 *juncto* art. 353-9, eerste lid BW, art. 356-1 BW – cf. nr. 10), de pleegvoogd (art. 475<sup>quater</sup>, tweede lid BW – cf. nr. 16) als de voogd (art. 405, § 1, eerste lid BW – cf. nr. 20) oefenen het recht van zorg uit over het kind. De provoogd kan eveneens dit recht uitoefenen voor zover de ouder in wiens plaats hij optreedt van dit recht werd ontzet (art. 34, eerste lid Jeugdbeschermingswet *juncto* art. 33, 1<sup>o</sup> en 2<sup>o</sup> Jeugdbeschermingswet – cf. nr. 26). Deze vaststelling kan worden verklaard vanuit de vervangende logica die in elk van deze gezagsinstellingen heerst en waarbij een ouder wordt vervangen door een andere persoon die bijgevolg (bepaalde van) zijn

---

<sup>1203</sup> P. ALSTON, "The legal framework of the convention on the rights of the child" in *United Nations Bulletin of Human Rights: the rights of the child* 91/2, 1992, (1) 14.

<sup>1204</sup> S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, Den Haag, 1999, 121-122; G. KAMCHEDZERA, "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, nr. 36, 21-22 en nr. 41, 24; zie voor een uitdrukkelijke bevestiging: CRC Committee, *General Comment no. 7, Implementing Child's Rights in Early Childhood* (UN Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 2006), para. 15, 7.

<sup>1205</sup> zie ook in die zin Adv. RvS. cf. nr. 130 e.v.

ouderlijke bevoegdheden overneemt. Niettegenstaande een gelijkaardige vervangende logica ontbreekt in het kader van het zorgouderschapstatuut, moet worden aangenomen dat de zorgouder maar in staat wordt gesteld om de ouder(s) van het kind te helpen het kind op te voeden wanneer hij een recht (en plicht) van zorg kan uitoefenen (cf. nrs. 48 en 171).

Tot slot wordt met de toekenning van een recht en plicht van zorg de belangen van alle betrokkenen gediend.<sup>1206</sup> Niet alleen is de uitoefening van dit recht en deze plicht door de zorgouder in het belang van het kind, ook de zorgouder zelf ziet op deze manier zijn familieleven met het kind, dat mogelijks van een andere intensiteit is dan het familieleven tussen het kind en zijn juridische ouders, erkend en beschermd in rechte. De erkenning van familieleven tussen de zorgouder en het kind heeft niet automatisch de verbreking van familieleven tussen de ouder(s) en het kind tot gevolg. Overeenkomstig de rechtspraak van het EHRM kunnen meerdere banden van familieleven naast elkaar bestaan (cf. *Gas en Dubois/Frankrijk* – nr. 99). Evenwel kunnen ook de banden van familieleven tussen de ouder en het kind verzwakken zodat het EHRM soms (cf. *Kuijper/Nederland, Söderbäck/Zweden, Chepelev/Rusland*), maar niet steeds (cf. *Mandet/Frankrijk*), de nieuwe banden van familieleven tussen de zorgouder en het kind laat primeren. Doordat de nieuw ontstane banden van familieleven tussen de zorgouder en het kind van een andere aard en intensiteit zijn dan de banden tussen de ouder(s) en het kind, zijn de rechtsgevolgen die uit deze nieuwe banden van familieleven voortvloeien eveneens verschillend (cf. nr. 99).<sup>1207</sup> Een goede afbakening van de feitelijk opvoedende rol van de zorgouder tegenover het kind, de ouders en derden werkt tevens bevorderlijk voor de erkenning van de zorgouder (cf. nr. 161). De toekenning van een recht en plicht van zorg aan de zorgouder is daarnaast ook dienstig voor het belang van de ouder(s) en het belang van derden. Ouders worden op die manier ondersteund in de opvoeding van hun kind aangezien de zorgouder handelt op basis van een duidelijk juridisch kader dat ook aan derden meer transparantie biedt.

---

<sup>1206</sup> ook in die zin: J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 118-119.

<sup>1207</sup> T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 656, 484.

325. Het recht en de plicht van zorg in hoofde van de zorgouder bestaat uit twee aspecten. Een eerste aspect heeft betrekking op het verstrekken van dagelijkse zorgen aan het kind om tegemoet te komen aan diens materiële en immateriële behoeften. Zo heeft de zorgouder concreet onder andere het recht en de plicht om het kind te kleden, te voeden, lichamelijke en emotionele zorgen toe te dienen, het kind van en naar school of de jeugdvereniging te brengen. Het gaat meer algemeen om alle bevoegdheden die nodig zijn opdat het kind zich volledig kan ontplooiën en naar volwassenheid kan worden begeleid. Een tweede aspect van het recht en de plicht van zorg betreft het houden van toezicht op het kind en zijn sociale contacten. Zo kan de zorgouder onder meer beslissen over het tv- en internetgebruik van het kind, zijn verplaatsingen, overnachtingen bij vrienden en zijn lectuur. De zorgouder moet deze rechten uitoefenen rekening houdend met de ontwikkeling en maturiteit van het kind (cf. *infra* nrs. 355-356). Het feit dat de zorgouder niet alleen het recht heeft om de dagelijkse opvoeding en het dagelijkse toezicht waar te nemen maar ook de plicht, houdt verband met de verantwoordelijkheid die de zorgouder opneemt en die ook in de bestudeerde rechtsstelsels tot uiting komen (cf. nrs. 300 en 312)

Het recht en de plicht van zorg omvat niet het recht om het kind op een voortdurende wijze bij zich te hebben en desgevallend de afgifte van het kind te vorderen. Dit recht wordt nu eens aangeduid met de term 'huisvesting',<sup>1208</sup> dan weer met de term 'recht van materiële bewaring'<sup>1209</sup> of 'recht op persoonlijk contact en informatie'<sup>1210</sup>. In de rechtsleer is met andere woorden eenduidigheid zoek,<sup>1211</sup> wat ook door de Raad van State

---

<sup>1208</sup> Zie art. 8 wet 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, BS 24 mei 1995.

<sup>1209</sup> P. SENAEVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1144; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 815, 362.

<sup>1210</sup> F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 833, 509.

<sup>1211</sup> zie voor een theoretische discussie in de rechtsleer: F. SWENNEN, "Rechten van niet-ouders met betrekking tot minderjarigen" in P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 373, (259) 300-301: Deze auteur is van oordeel dat het onderscheid tussen materiële bewaring en recht van materiële bewaring onjuist is aangezien ook andere dan de ouders een recht van materiële bewaring kunnen hebben, zoals contactgerechtigden in de zin van art. 375bis BW. Ook zij kunnen de afgifte van het kind eisen krachtens een

werd opgemerkt in de voorbereidende werken van de Wet Pleegzorg.<sup>1212</sup> Vooralsnog is geen wettelijke definitie voorhanden van het begrip '(materiële of juridische) bewaring' van het kind. Dit recht komt in beginsel niet toe aan de zorgouder gelet op de artt. 5 en 18 IVRK. Volgens deze bepalingen zijn de ouder(s) immers de eerste opvoedingsverantwoordelijken van het kind zodat het gerechtvaardigd is dat uitsluitend zij kunnen eisen dat het kind bij hen verblijft. Zodoende blijft de positie van de zorgouder bijkomstig aan deze van de ouder(s). Bovendien toont de rechtsvergelijkende analyse aan dat uitsluitend in Nederland en Engeland waar de zorgouder titularis wordt van het ouderlijk gezag, dit recht aan de zorgouder toekomt. In Duitsland kan de zorgouder krachtens het *Mitsorgerecht* niet eisen dat het kind bij hem verblijft, en ook in Frankrijk moet dit recht al uitdrukkelijk in de overdracht van het gezag aan de zorgouder zijn begrepen (cf. nr. 312). Daarnaast moet worden vastgesteld dat ook in de reeds bestaande gezagsinstellingen een persoon die het kind feitelijk opvoedt slechts het recht heeft om het kind op voortdurende wijze bij zich te houden voor zover de ouders dit recht niet meer kunnen uitoefenen.<sup>1213</sup> Het gaat dan telkenmale om situaties waarbij de ouders in de opvoeding van het kind worden vervangen omdat ze overleden zijn, in de voortdurende onmogelijkheid verkeren om het gezag uit te oefenen dan wel ontzet zijn van het gezag. Bijgevolg verkrijgen de voogd en de provoogd het recht om het kind op een voortdurende wijze bij zich te hebben (cf. nrs. 20 en 26). De pleegvoogd verkrijgt eveneens dit recht voor zover het kind bij hem inwoont.<sup>1214</sup> De pleegvoogd is immers met de ouders van het kind overeengekomen om op vrijwillige basis in hun plaats het kind op te voeden (cf. nr. 16). Daarbij komt dat de pleegvoogdij oorspronkelijk in een adoptiecontext werd aangewend zodat deze gezagsinstelling meer aanleunt bij de adoptie waar de adoptant door de

---

rechterlijke beslissing. In dat geval gaat het evenwel niet om het ouderlijke recht van materiële bewaring.

<sup>1212</sup> Adv. Rvs., *Parl. St.* Kamer 2007-08, nr. 515/003, 7-10; Adv. RvS., *Parl. St.* Kamer 2015-16, nr. 697/8, 10-12.

<sup>1213</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS. cf. nr. 130 e.v.

<sup>1214</sup> Merk op dat deze voorwaarde eveneens geldt opdat dit recht aan pleegzorgers zou toekomen. Dit kan worden verklaard vanuit de *ratio legis* van pleegzorg als een maatregel van jeugdbescherming waarbij een kind tijdelijk wordt geplaatst in een pleeggezin [art. 7 wet 19 maart 2017 tot wijziging van de wetgeving tot invoering van een statuut van pleegzorgers, *BS* 5 april 2017: In de wet is sprake van 'het verblijfsrecht' (i. w. tr. 1 september 2017)].



vestiging van een adoptieve afstammingsband eveneens het recht verkrijgt om het kind op een voortdurende wijze bij zich te hebben (cf. nr. 15). Doordat een zorgouder evenwel niet in de plaats treedt van de ouder van het kind maar deze ouder slechts ondersteunt en helpt om het kind samen op te voeden, is het gerechtvaardigd dat de zorgouder niet de afgifte van het kind kan vorderen ten aanzien van derden en dat hij evenmin kan eisen dat het kind op een voortdurende wijze bij hem verblijft.

326. Wanneer de zorgouder een recht en plicht van zorg verkrijgt, rijst de vraag hoe de uitoefening van dit recht zich verhoudt ten opzichte van het recht van zorg van de ouder die hij helpt met de opvoeding van het kind, en ten opzichte van het recht van zorg van een eventuele andere ouder.<sup>1215</sup>

In de verhouding tussen de zorgouder en de ouder die hij helpt het kind op te voeden geldt het beginsel van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag naar analogie met art. 373, eerste lid BW.<sup>1216</sup> Aangezien dit beginsel van toepassing is tussen de twee titularissen van het ouderlijk gezag moet het *a fortiori* gelden tussen de titularis en uitoefenaar van het gezag. Ook in Frankrijk geldt dit beginsel tussen de ouder en zorgouder na een gedeelde overdracht van het ouderlijk gezag (cf. nr. 313). Bijgevolg moeten de ouder en zorgouder ongeacht of ze samenwonen of niet, in principe voorafgaandelijk overleg plegen en trachten een akkoord te bereiken, minstens een afwezigheid van verzet te bewerkstelligen, over een door de (zorg)ouder voorgenomen opvoedingshandeling of -beslissing. Kunnen de zorgouder en ouder evenwel niet tot een overeenstemming komen dan kunnen ze naar analogie met de huidige geschillenregeling voor ouders die gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen zich tot de familierechtbank wenden (art. 373, derde lid BW). De familierechtbank kan dan de verzoekende (zorg)ouder desgevallend machtigen om alleen op te treden bij de voorgenomen beslissing of handeling, dan wel het geschil ten gronde beslechten (art. 373, vierde lid BW).<sup>1217</sup> De zorgouder of ouder kan

---

<sup>1215</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS. cf. nr. 130 e.v.

<sup>1216</sup> Dit beginsel geldt dus niet in de verhouding tussen zorgouders onderling.

<sup>1217</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1187-1190; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 838, 511-512; G.

zich dus zowel alvorens de voorgenomen handeling gesteld is (*a priori*) tot de rechter wenden, als nadat de handeling gesteld werd (*a posteriori*). Deze mogelijkheid van conflictbeslechting voorkomt dat opvoedingsconflicten de opvoeding van het kind hinderen.<sup>1218</sup> Bovendien kan ook in Frankrijk de zorgouder conflicten met de ouder aangaande de uitoefening van zijn recht en plicht van zorg laten beslechten door de rechter (cf. nr. 313). Op die manier wordt vermeden dat zoals in Duitsland de zorgouder over geen eigen rechten beschikt ten aanzien van de ouder omdat deze steeds het laatste woord heeft bij een geschil, waardoor de rechten van de zorgouder *de facto* kunnen worden uitgehold. In de verhouding van de zorgouder en ouder ten aanzien van derden is een vermoeden van instemming toepasselijk naar analogie met art. 373, tweede lid BW. De toepassing van dit vermoeden is noodzakelijk voor de werkbaarheid van het statuut aangezien de zorgouder en ouder daardoor alleen dagelijkse opvoedingsbeslissingen kunnen nemen of opvoedingshandelingen kunnen stellen met te goeder trouw zijnde derden, en zij met andere woorden niet steeds gezamenlijk moeten optreden. Bovendien geldt ook in Frankrijk een vermoeden van instemming ten aanzien van te goeder trouw zijnde derden wanneer de ouder en zorgouder de uitoefening van het ouderlijk gezag delen (cf. nr. 313). Of sprake is van een dagelijkse opvoedingsbeslissing- of handeling, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van de situatie en moet door de rechter in geval van betwisting *in concreto* worden beoordeeld. Bij gebrek aan een wettelijke definitie van gebruikelijke of belangrijke opvoedingsbeslissingen- of handelingen kunnen naar analogie dezelfde uitgangspunten als bij het ouderlijk gezag worden gehanteerd.<sup>1219</sup> Bijgevolg kan worden aangenomen dat naar analogie met art. 374, § 1, tweede lid BW 'belangrijke beslissingen' beslissingen zijn met een niet-dagdagelijks

---

VERSCHELDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 822-823, 366-367.

<sup>1218</sup> Tevens wordt daarmee tegemoetgekomen aan het advies van de Raad van State, zie specifiek nr. 80, 82-83 (cf. nr. 130 e.v.).

<sup>1219</sup> De wetgever heeft geen lijst opgemaakt van gebruikelijke of belangrijke opvoedingsbeslissingen- of handelingen en evenmin een norm ontwikkeld om het onderscheid te kunnen maken (G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 821, 366). Elke poging om dit onderscheid te definiëren is tot nog toe mislukt (zie ook daaromtrent: Adv. RvS., *Parl. St. Kamer* 2007-08, nr. 515/003, 7-10; Adv. RvS., *Parl. St. Kamer* 2015-16, nr. 697/8, 8-12; Tweede verslag Kamercommissie, *Parl. St. Kamer* 2016-17, nr. 697/11, 20 e.v.).

karakter die betrekking hebben op de huisvesting van het kind, zijn gezondheid, zijn opvoeding, zijn opleiding en ontspanning, alsook beslissingen die betrekking hebben op de religieuze en filosofische keuzes.<sup>1220</sup> Het vermoeden van instemming geldt uitsluitend jegens derden te goeder trouw. Zij kunnen zich beroepen op het vermoeden tegen de zorgouder of ouder wanneer ze gehandeld hebben met één van hen alleen.<sup>1221</sup> Het vermoeden van instemming is geenszins absoluut van aard en kan worden weerlegd door de benadeelde zorgouder of ouder. Daartoe moet bijvoorbeeld worden aangetoond dat de derde kennis had van het verzet van de (zorg)ouder of dat redelijkerwijze niet kon worden aangenomen dat de (zorg)ouder akkoord ging met de gestelde handeling.<sup>1222</sup>

In de verhouding tussen de zorgouder en de andere ouder van het kind die desgevallend ook een recht van zorg uitoefent,<sup>1223</sup> geldt niet de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag als beginsel. Deze ouder is ten aanzien van de zorgouder immers een derde. Bijgevolg kan de zorgouder zich niet tot de familierechtbank wenden wanneer hij niet akkoord gaat met de door deze ouder voorgenomen of gestelde handeling. Omgekeerd kan ook deze ouder zich niet verzetten tegen een opvoedingshandeling van de zorgouder. In beide situaties wordt het ouderlijk gezag door de ouder resp. de zorgouder op gezamenlijke wijze uitgeoefend met een andere persoon, zijnde de ouder die door de zorgouder wordt geholpen in de opvoeding van

---

<sup>1220</sup> Zie tevens art. 387*quinquies*, tweede lid BW voor pleegzorgers waar hetzelfde probleem rijst: G. DECOCK, "De wet van 19 maart 2017 tot invoering van een statuut voor pleegzorgers" in G. DECOCK, P. SENAËVE, G. VERSCHULDEN en T. WIJNANT (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 103-108, (51) 68-70; zie voor rechtspraak dienaangaande: S. AUDOORE, "Overzicht van rechtspraak (2003-2011) – De uitoefening van het ouderlijk gezag", *T.Fam.* 2012, nrs. 14-15 en 37, (55) 59 en 65: Moeilijkheden omtrent de verblijfsregeling, het sociale leven van de kinderen of de inzet van de vader bij schoolaangelegenheden zijn moeilijkheden omtrent dagelijkse beslissingen die niet de exclusieve uitoefening van het gezag kunnen rechtvaardigen (Brussel 31 januari 2003, 2001/KR/338). Daarentegen rechtvaardigt het totaal verschillende wereldbeeld van beide ouders wegens een dermate verschillende geloofsovertuiging wel een exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag aangezien anders de normale leefwereld en integriteit van het kind zou worden aangetast door de voortdurende discussies (Gent 13 februari 2003, *TJK* 2003, 176, noot G. VERSCHULDEN; Vred. Zomergem 20 oktober 2005, *RW* 2007-08, 42).

<sup>1221</sup> Zie onder andere: T. VERCRUYSE, "Art. 373" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 13 juni 2014), nr. 14.

<sup>1222</sup> Zie onder andere: T. VERCRUYSE, "Art. 373" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 13 juni 2014), nr. 15.

<sup>1223</sup> Het gaat dan om de situatie dat beide ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen.

het kind. Bijgevolg kan uitsluitend deze ouder als titularis van het gezag zich tot de rechtbank wenden om de door de zorgouder of andere ouder voorgenomen of gestelde handeling te betwisten, en omgekeerd. Op die manier wordt vermeden dat de zorgouder en andere ouder elkaar verhinderen het kind terdege op te voeden, wat de werking van het statuut en meer algemeen de uitoefening van het ouderlijk gezag door beiden ten goede komt.

B. Recht (en plicht) om het kind te vertegenwoordigen in dagelijkse opvoedingsaangelegenheden en noodsituaties

327. Aangenomen wordt dat de zorgouder een recht en plicht heeft om het kind te vertegenwoordigen in dagelijkse opvoedingsaangelegenheden (cf. nr. 326) en in noodsituaties. Bijgevolg beschikt de zorgouder over een beperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid. Deze keuze kan als volgt worden verantwoord.

Vooreerst is het recht om het kind te vertegenwoordigen gebaseerd op art. 5 IVRK, krachtens welke bepaling kinderen moeten worden begeleid in de uitoefening van hun rechten door de personen die voor hen verantwoordelijk zijn, zoals zorgouders (cf. nr. 325). De implementatie van dit artikel verplicht de Staat om maatregelen te nemen die de zorgouder toelaten om het kind in de uitoefening van zijn rechten te begeleiden.<sup>1224</sup> De Staat vervult deze positieve plicht door een vertegenwoordigingsbevoegdheid aan de zorgouder toe te kennen.

Verder blijkt uit de rechtsvergelijkende analyse dat in alle bestudeerde rechtsstelsels de zorgouder eveneens het recht heeft om het kind te vertegenwoordigen binnen de hem toegekende rechten en plichten, alsook in noodsituaties (cf. nrs. 306 en 315-316). Er kan worden aangenomen dat dit recht telkens wordt opgevat als een correlatief van de andere verkregen rechten.

Ook in de reeds bestaande gezagsinstellingen van pleegvoogdij, voogdij en adoptie heeft de persoon die het kind feitelijk opvoedt als titularis

---

<sup>1224</sup> S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, Den Haag, 1999, 119-122 met verwijzing naar documenten van het Comité voor de Rechten van het Kind.

van (bepaalde bevoegdheden van) het ouderlijk gezag resp. het voogdijgezag het recht om het kind te vertegenwoordigen (cf. nrs. 10, 16, en 20).<sup>1225</sup> Dit geldt eveneens in het kader van de voogdij bij de uitoefening van het recht van bewaring en opvoeding, en *a fortiori* wanneer de ouder ontzet werd van het recht om het kind nog te vertegenwoordigen (cf. nr. 26). Niettegenstaande de zorgouder geen titularis wordt van het ouderlijk gezag, is het toch gerechtvaardigd dat hij een vertegenwoordigingsbevoegdheid verkrijgt aangezien deze complementair is aan het recht en de plicht van zorg over het kind. Dit recht van zorg kan maar ten volle worden uitgeoefend voor zover de zorgouder het kind daarin ook kan vertegenwoordigen wegens diens handelingsonbekwaamheid. De vertegenwoordigingsbevoegdheid maakt een grotere betrokkenheid van de zorgouder mogelijk in de opvoeding van het kind, wat bevorderlijk is om het doel van het statuut te bereiken (cf. nrs. 48 en 171).

Bovendien wordt door de toekenning van een vertegenwoordigingsbevoegdheid de opvoedende rol van de zorgouder op een meer volwaardige wijze erkend, aangezien hij zoals de ouders de dagelijkse opvoeding van het kind kan waarnemen. Zodoende wordt niet alleen het belang van de zorgouder gediend, maar ook het belang van het kind. Het kind is immers principieel handelingsonbekwaam gedurende zijn minderjarigheid en heeft er bijgevolg baat bij dat de zorgouder optreedt als zijn vertegenwoordiger. Ook voor de ouders zelf dient de vertegenwoordigingsbevoegdheid hun belangen en dit om praktische redenen. Zo moeten zij niet steeds zelf optreden als vertegenwoordigers van het kind aangezien ze in bepaalde mate door de zorgouder worden ontlast van deze taak.

Ten slotte vormt het recht en de plicht van de zorgouder om het kind te vertegenwoordigen in noodsituaties een uitdrukking van de algemene plicht om het kind als een goede huisvader te verzorgen en op te voeden.

328. De zorgouder beschikt over een *doelgebonden* vertegenwoordigingsbevoegdheid die beperkt is tot de dagelijkse opvoeding en verzorging van het kind omwille van de complementariteit met het recht

---

<sup>1225</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS. nr. 130 e.v.

en de plicht van zorg. Naar analogie met de huidige uitgangspunten van het ouderlijk gezag (cf. nr. 326), kan onder meer de beslissing om een kind te laten spelen bij een vriendje als een dagelijkse beslissing worden beschouwd.<sup>1226</sup> Daarnaast heeft de zorgouder ook de bevoegdheid om in noodsituaties voor het kind op te treden. Deze bevoegdheid wordt aan de zorgouder toegekend om te vermijden dat het kind in een levensgevaarlijke situatie zou belanden omdat de ouder niet kan optreden namens het kind omwille van zijn afwezigheid of onbereikbaarheid. Bijgevolg kan de zorgouder dan namens het kind optreden en onder andere toestemmen in een levensnoodzakelijke medische behandeling zoals bv. het ondergaan van een bloedtransfusie na een auto-ongeval.

De zorgouder heeft evenwel niet de bevoegdheid om het kind in rechte te vertegenwoordigen. In de bestudeerde monistische rechtsstelsels (cf. Frankrijk en Duitsland – cf. nr. 315) heeft de zorgouder evenmin dit recht. Bovendien blijft de zorgouder op die manier ondergeschikt aan de ouders van het kind die als titularissen van het ouderlijk gezag de eerste opvoedingsverantwoordelijken van het kind zijn overeenkomstig de artt. 5 en 18 IVRK. Tevens moet worden vastgesteld dat de adoptant, pleegvoogd en voogd een ruime vertegenwoordigingsbevoegdheid verkrijgen omdat ze als titularis van het ouderlijk gezag het recht genieten om de goederen van het kind te beheren, waaraan het recht gekoppeld is om het kind in alle burgerlijke rechtshandelingen te vertegenwoordigen (cf. nrs. 10, 16, en 20).<sup>1227</sup> Ook de provoogd kan een ruime vertegenwoordigingsbevoegdheid genieten voor zover de ouder van dit recht werd ontzet (cf. nr. 26). De ruime vertegenwoordigingsbevoegdheid in elk van deze gezagsinstellingen kan worden verklaard vanuit de vervangende logica die telkens wordt gehuldigd en waarbij de persoon die het kind feitelijk opvoedt een juridische ouder vervangt. Een gelijkaardige logica is evenwel afwezig in het kader van het zorgouderschapstatuut aangezien de zorgouder de ouder niet vervangt maar helpt en ondersteunt in de opvoeding van het kind (cf. nrs. 158 en 162). Bovendien verkrijgt de zorgouder slechts de uitoefening van het

---

<sup>1226</sup> Verantwoording bij amendement nr. 38 (VAN VAERENBERGH e.a.), *Parl. St.* Kamer 2016-17, nr. 697/9, 10.

<sup>1227</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS. nr. 130 e.v.

ouderlijk gezag en niet het titularisschap dat uitsluitend toekomt aan de ouders als eerste opvoedingsverantwoordelijken. Om deze redenen is het bijgevolg gerechtvaardigd dat de zorgouder slechts een beperkte vertegenwoordigingsbevoegdheid geniet.

329. Wanneer de zorgouder over een vertegenwoordigingsbevoegdheid beschikt in het kader van de dagelijkse zorg, rijst de vraag hoe de uitoefening van deze bevoegdheid zich verhoudt tot de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de ouders.<sup>1228</sup>

In de verhouding tussen de zorgouder en de ouder die hij helpt het kind op te voeden geldt naar analogie met art. 373, eerste lid BW het beginsel van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag aangezien de vertegenwoordigingsbevoegdheid kadert binnen de dagelijkse zorg (cf. nr. 326). Bijgevolg moeten de ouder en zorgouder in beginsel gezamenlijk het kind vertegenwoordigen in dagelijkse opvoedingshandelingen, zoals het opvragen van informatie over schoolresultaten of het verlenen van een toestemming in een medische routinebehandeling. Een dergelijke regeling is evenwel niet praktisch. Om die reden geldt een vermoeden van instemming ten aanzien van derden te goeder trouw zodat elk van hen alleen het kind kan vertegenwoordigen in het kader van het recht van zorg. Rijst evenwel een conflict tussen de zorgouder en de ouder die hij helpt in de opvoeding van het kind dan kan zowel de ouder als de zorgouder naar analogie met art. 373, derde lid BW dit geschil bij de familierechtbank aanhangig maken (cf. nr. 326).

In de verhouding tussen de zorgouder en de andere ouder van het kind die een ruim recht van vertegenwoordiging uitoefent,<sup>1229</sup> geldt niet de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag als beginsel. De andere ouder van het kind is een derde ten aanzien van de zorgouder (cf. nr. 326). Bijgevolg kan de zorgouder geen verhaal aantekenen bij de rechtbank wanneer hij niet akkoord gaat met een voorgenomen of gestelde handeling van de andere ouder in het kader van de vertegenwoordiging van het kind. Omgekeerd kan ook deze ouder zich niet verzetten tegen een handeling van

---

<sup>1228</sup> Adv. RvS., nr. 80, 82-83.

<sup>1229</sup> Het gaat dan om de situatie dat beide ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen.

de zorgouder in die context. Uitsluitend de ouder met wie de zorgouder gezamenlijk het gezag uitoefent, en die eveneens gezamenlijk het gezag uitoefent met de andere ouder, kan zich als titularis van het ouderlijk gezag tot de familierechtbank wenden. Zodoende wordt vermeden dat de zorgouder en de andere ouder elkaar voortdurend zouden beletten hun vertegenwoordigingsbevoegdheid uit te oefenen, wat nefast zou zijn voor de opvoeding van het kind.

C. Plicht om het kind levensonderhoud te verschaffen

330. In dit proefschrift wordt verdedigd dat de zorgouder onderhoudsplichtig is jegens het kind dat hij opvoedt omwille van de volgende redenen.

Vooreerst is de onderhoudsplicht gebaseerd op art. 27(1) IVRK dat elk kind het recht geeft op een levensstandaard die toereikend is voor zijn fysieke, mentale, spirituele, morele en sociale ontwikkeling. Daartoe hebben ouders of andere personen die verantwoordelijk zijn voor het kind, zoals zorgouders (cf. nr. 324), als eerste de verantwoordelijkheid om overeenkomstig hun (financiële) mogelijkheden levensomstandigheden te waarborgen die het kind toelaten om zich te ontwikkelen (art. 27(2) IVRK).<sup>1230</sup> Met deze bepaling wordt enerzijds beoogd de relatie tussen (zorg)ouder en kind te beschermen tegen een excessief overheidsingrijpen, en wordt anderzijds duidelijk gemaakt dat (zorg)ouders als eerste verantwoordelijk zijn om voor het kind adequate levensomstandigheden te voorzien.<sup>1231</sup> Bijgevolg is de Staat als tweede verantwoordelijk om te verzekeren dat het kind ook daadwerkelijk het recht op een toereikende levensstandaard kan genieten. Daartoe moet de Staat krachtens art. 27(3) IVRK de nodige maatregelen nemen om de ouders en zorgouders te helpen het recht van het kind op een toereikende levensstandaard te verwezenlijken, en desgevallend zelf hulpprogramma's te voorzien. Het komt voor dat de Staat door een onderhoudsplicht op te leggen aan zorgouders

---

<sup>1230</sup> S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, Den Haag, 1999, 453 e.v.

<sup>1231</sup> UN Doc. E/CN.4/L.1575, 1981, para. 91.



tegemoetkomt aan zijn verantwoordelijkheid om het recht van het kind op een passende levensstandaard te helpen verzekeren.<sup>1232</sup>

Bovendien toont de rechtsvergelijkende analyse aan dat ook in Nederland de onderhoudsplicht voor zorgouders gebaseerd is op de uitoefening van het ouderlijk gezag door de zorgouder waardoor hij opvoedingsbeslissingen kan nemen die financiële gevolgen hebben (cf. nr. 307). Anders dan in Engeland en Frankrijk (cf. nrs. 307 en 317) is de onderhoudsplicht in Nederland dus niet afhankelijk van het bestaan van een huwelijk of geregistreerd partnerschap tussen de zorgouder en ouder. Ook in dit proefschrift is de onderhoudsplicht van de zorgouder gebaseerd op de uitoefening van het ouderlijk gezag in zijn hoofd. Bijgevolg is het gerechtvaardigd dat wanneer de zorgouder opvoedingsbeslissingen neemt met een financiële impact hij ook moet kunnen worden aangesproken tot betaling van een financiële bijdrage. Op die manier wordt vermeden dat de zorgouder uitsluitend bevoegdheden verkrijgt ten aanzien van het kind in de vorm van rechten, en geen verantwoordelijkheden in de vorm van plichten waarop hij kan worden aangesproken. Door als grondslag voor de onderhoudsplicht de toekenning van de uitoefening van het ouderlijk gezag te hanteren, wordt tevens een verschillende behandeling vermeden van zorgouders die niet gehuwd zijn of een wettelijke samenwoning met elkaar hebben afgesloten, alsook van kinderen die door hen worden opgevoed. Een dergelijk verschil in behandeling zou gelet op de *ratio* van het zorgouderschapsstatuut, dat de zorgouder in staat wil stellen om de ouder(s) te helpen hun kind naar volwassenheid te begeleiden (cf. nrs. 48 en 171), niet redelijkerwijze kunnen worden verantwoord.

Daarnaast kan worden vastgesteld dat in de reeds bestaande gezagsinstellingen noch de voogd noch de provoogd onderhoudsplichtig zijn jegens het kind.<sup>1233</sup> Beiden krijgen uitsluitend rechten van het ouderlijk gezag toegekend zodat ze in staat worden gesteld om in de plaats van de ouders het kind verder naar volwassenheid te begeleiden (cf. nrs. 20, 25-26). De adoptant en pleegvoogd zijn daarentegen wel belast met de

---

<sup>1232</sup> S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, Den Haag, 1999, 460.

<sup>1233</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS. cf. nr. 130 e.v.

ouderlijke onderhoudsplicht. Voor de adoptant is deze onderhoudsplicht een gevolg van de vestiging van de adoptieve afstammingsband (art. 353-14 BW en art. 356-1 BW). Bij de pleegvoogdij daarentegen neemt de pleegvoogd vrijwillig de ouderlijke onderhoudsplicht van art. 203 BW op zich, alsook bepaalde ouderlijke prerogatieven. Dat de pleegvoogd onderhoudsplichtig is vloeit evenwel niet alleen voort uit zijn welwillendheid, maar is tevens gebaseerd op een autonome wettelijke verplichting.<sup>1234</sup> Deze wettelijke verplichting kan worden verklaard vanuit de adoptiecontext waarin de pleegvoogdij fungeerde voor de wetwijzigingen van 1940 en 1969 (cf. nr. 15). De onderhoudsverplichting werd destijds ingevoerd voor het geval de pleegvoogd het kind later niet zou adopteren. Als het kind dan niet in staat zou zijn om in zijn eigen levensonderhoud te voorzien, zou het een rechtsvordering kunnen instellen tegen de pleegvoogd tot schadeloosstelling (oud art. 369 BW).<sup>1235</sup> Niettegenstaande de pleegvoogdij sinds de wet van 21 maart 1969 onder de titel van de voogdij in het Burgerlijk Wetboek werd geplaatst, is deze onderhoudsplicht blijven bestaan. Ook in dit proefschrift neemt de zorgouder vrijwillig het feitelijk ouderschap over andermans kind op zich. Zoals bij de pleegvoogdij volstaat deze welwillendheid evenwel niet als grondslag voor de onderhoudsplicht, zodat deze tevens gebaseerd is op een wettelijke verplichting die voortvloeit uit de uitoefening van het ouderlijk gezag.

Verder vindt de onderhoudsplicht zijn oorsprong in het recht en de plicht van zorg in hoofde van de zorgouder. Krachtens het recht van zorg moet de zorgouder zowel de emotionele, psychologische (i.e. immateriële) als materiële component van de opvoeding van het kind verzorgen (cf. nr. 324). Door de invoering van een onderhoudsplicht wordt de materiële component van het recht en de plicht van zorg in hoofde van de zorgouder afdwingbaar gemaakt. Een dergelijke afdwingbaarheid is immers uitgesloten bij de emotionele en psychologische component.

---

<sup>1234</sup> K. ADRIAENSSENS, "Art. 475<sup>quater</sup> BW" in *Comm.Pers.*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (1) 1.

<sup>1235</sup> A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht. Personen en familierecht*, Antwerpen, Standaard, 1942, nr. 615, 529.

Ten slotte is de onderhoudsplicht van de zorgouder dienstig voor de belangen van alle betrokkenen. Zo komt de onderhoudsplicht het belang van het kind ten goede aangezien daaruit voor het kind een recht op levensonderhoud jegens de zorgouder voortvloeit zodat zijn rechtspositie wordt versterkt (cf. nr. 296).<sup>1236</sup> Voor de ouders betekent de onderhoudsplicht in hoofde van de zorgouder een bijkomende ondersteuning bij het verschaffen van levensonderhoud aan hun kind, zonder dat zij evenwel zelf ontheven worden van hun eigen onderhoudsplicht. Tevens heeft de toevoeging van een extra onderhoudsplichtige tot gevolg dat de Dienst voor Alimentatievorderingen (hierna: DAVO) minder snel zal worden aangesproken om voorschotten te betalen bij wanbetaling door de ouders en dus meer zal worden ontlast (art. 3 DAVO-wet).<sup>1237</sup> De onderhoudsplicht voor zorgouders komt dus meer algemeen de werking van het onderhoudsysteem ten goede.

331. Bij de uitwerking van de onderhoudsplicht moeten twee uitgangspunten voor ogen worden gehouden, zijnde het ondersteunende en bijkomstige karakter van de opvoedende rol van de zorgouder (cf. nrs. 158, 162 en 293) en het adagium "*qui fait l'enfant, le doit nourrir*".

Een samenlezing van deze uitgangspunten noopt ertoe te besluiten dat de juridische ouders de eerste onderhoudsplichtigen jegens hun kind zijn op grond van art. 203, § 1 BW. Om die reden is de onderhoudsplicht van de zorgouder subsidiair van aard. Deze subsidiariteit heeft geen betrekking op het voorwerp van de onderhoudsplicht (*'obligatio-aspect'*) dat voor zorgouders hetzelfde is als voor ouders. Bijgevolg moet de zorgouder krachtens de plicht tot levensonderhoud een geldelijke bijdrage leveren voor de huisvesting, het levensonderhoud, de gezondheid, het toezicht, de opvoeding, de opleiding en de ontplooiing van het kind, voor zover een bijdrage *in natura* niet volstaat.

---

<sup>1236</sup> J. W. SALMOND, *Jurisprudence*, 7th ed., Londen, Sweet & Maxwell, 1924, § 70-§ 74, 235-246.

<sup>1237</sup> Zie onder andere: F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 945, 578; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 614 e.v., 270 e.v.

De subsidiariteit betreft daarentegen wel het *contributio-aspect* van de onderhoudsplicht.<sup>1238</sup> Zo kan de zorgouder slechts worden aangesproken wanneer de ouders over onvoldoende middelen beschikken om in de behoeften van hun kind te voorzien. Met 'middelen' worden inkomsten van eender welke aard bedoeld, alsook de mogelijkheden waarover de ouders beschikken om inkomsten te verdienen (i.e. verdienvermogen).<sup>1239</sup> Deze subsidiariteit geldt eveneens in de reeds bestaande gezagsinstellingen van adoptie en pleegvoogdij, zij het dat aldaar de ouders in ondergeschikte of subsidiaire orde moeten worden aangesproken (cf. nrs. 10 en 16). De adoptant is in eerste orde onderhoudsplichtig door de vestiging van een adoptieve afstammingsband met het kind die de juridische afstammingsband met de ouder vervangt. Zoals vermeld, kan de onderhoudsplicht van de pleegvoogd worden verklaard vanuit de vrijwillige opname ervan en het feit dat pleegvoogdij destijds in een adoptiecontext kaderde (cf. nr. 15). Bij het zorgouderschapstatuut worden de adoptieve of juridische afstammingsband van het kind evenwel ongemoeid gelaten zodat het voorkomt dat de ouders als eerste opvoedingsverantwoordelijken onderhoudsplichtig moeten blijven vóór de zorgouder. Wordt de zorgouder in tweede orde aangesproken tot het betalen van levensonderhoud voor het kind dan is de onderhoudsplicht in zijn hoofde beperkt in omvang. De zorgouder zal met eigen middelen slechts die opvoedings- en onderhoudskosten van het kind moeten voldoen die de ouders niet zelf kunnen dragen volgens hun eigen levensstandaard. Zoals de onderhoudsplicht voor de ouders stopt ook de onderhoudsplicht in hoofde van de zorgouder niet automatisch wanneer het kind meerderjarig wordt, maar loopt deze door tot wanneer de opleiding van het kind is voltooid. De onderhoudsplicht blijft daarbij subsidiair van aard.

332. Er moet niet alleen worden onderzocht hoe de onderhoudsplicht van de zorgouder zich verhoudt tot de onderhoudsplicht van de ouders, maar er moet ook worden nagegaan of reeds van kracht zijnde bepalingen niet van

---

<sup>1238</sup> Zie inzake 'obligatio' en 'contributio'-aspect onder andere: F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 872-873, 532-534; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 487-493, 212-218.

<sup>1239</sup> zie onder andere: P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1300, 389; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 493, 217-218.

rechtswege toepasselijk (kunnen) zijn op de verhouding tussen zorgouders en kinderen.<sup>1240</sup>

Binnen de context van het onderhoudsrecht moet worden verwezen naar de specifieke onderhoudsplicht van gehuwde of wettelijk samenwonende zorgouders ten aanzien van de kinderen van hun overleden echtgenoot of partner. Ingevolge de artikelen 203, § 3 BW en 1477, § 5 BW is de zorgouder na het overlijden van de ouder van de kinderen immers verplicht om deze te onderhouden binnen de grenzen van hetgeen hij verkregen heeft uit de nalatenschap van de overledene en van de voordelen die deze hem mocht hebben verleend bij huwelijkscontract resp. samenlevingscontract. Zoals *infra* zal worden aangetoond heeft het overlijden van de ouder in beginsel de beëindiging van het statuut tot gevolg. De rechter kan evenwel onder bepaalde voorwaarden worden verzocht om het statuut te laten voortbestaan in hoofde van de zorgouder (cf. nr. 403). Bijgevolg kan voor de gehuwde of wettelijk samenwonende zorgouder de vraag rijzen hoe de onderhoudsplicht van het zorgouderschapstatuut zich verhoudt tot de bijzondere onderhoudsplicht van de artt. 203, § 3 en 1477, § 5 BW.<sup>1241</sup> Niettegenstaande beide onderhoudsplichten hetzelfde voorwerp hebben (*obligatio*-aspect) en de tweede ouder van het kind de eerste onderhoudsplichtige blijft zodat de zorgouder niet voor het volledige onderhoud moet instaan,<sup>1242</sup> wordt in dit proefschrift verdedigd dat de onderhoudsplicht uit het zorgouderschapstatuut primeert. De omvang van deze onderhoudsplicht is vooreerst niet beperkt tot hetgeen de zorgouder heeft verkregen van de overledene middels het erfrecht, een schenking, testament, huwelijkscontract of samenlevingsovereenkomst, wat wel zo is bij de bijzondere onderhoudsplicht van de artt. 203, § 3 en 1477, § 5 BW. Bijgevolg kan de zorgouder ontsnappen aan deze bijzondere

---

<sup>1240</sup> Adv. RvS., nrs. 66-67, 75-76 en nrs. 77-82, 80-85.

<sup>1241</sup> zie daarover onder andere: P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1280-1284; P. SENAËVE, B. VINCK en L. DE SCHRIJVER, "Art. 1477" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 22 februari 2017), nr. 43; G. VERSCHELDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 531-535, 235-236.

<sup>1242</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1282-1283; G. VERSCHELDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 534-535, 236.

onderhoudsplicht wanneer hij in geen van de voormelde hypothesen iets ontvangen heeft.<sup>1243</sup> Dit is evenwel uitgesloten bij de onderhoudsplicht die voortvloeit uit het zorgouderschapstatuut. In dat geval zal de zorgouder met zijn eigen middelen moeten instaan voor de voldoening van de onderhouds- en opvoedingskosten van het kind die de ouder niet zelf kan dragen. De draagkracht van de zorgouder is met andere woorden standvastiger. Bovendien zou een oordeel in andere zin in strijd zijn met de rechtspraakanalyse van het EHRM waaruit duidelijk blijkt dat de bescherming van de verticale relatie tussen de zorgouder en het kind losstaat van de horizontale partnerrelatie tussen de ouder en de zorgouder (cf. nr. 113). Dit argument verantwoordt eveneens waarom de onrechtstreekse onderhoudsplicht van de met de ouder gehuwde of wettelijk samenwonende zorgouder ten aanzien van het kind die voortvloeit uit zijn verplichting tot bijdrage in de lasten van het huwelijk of het samenwonen (art. 221 BW of art. 1477, § 3 BW),<sup>1244</sup> niet primeert op de rechtstreekse onderhoudsplicht die voortvloeit uit het statuut. Tevens beschikt het kind krachtens de onderhoudsplicht van het statuut over een recht op levensonderhoud dat het rechtstreeks van de zorgouder kan vorderen (cf. nr. 357). Dit is evenwel niet het geval bij de onrechtstreekse onderhoudsplicht van art. 221 BW of art. 1477, § 3 BW in welk geval uitsluitend de ouder over het recht beschikt om de bijdrage van de zorgouder te vorderen in de lasten van het huwelijk of de samenwoning.<sup>1245</sup>

---

<sup>1243</sup> L. DE SCHRIJVER, "Art. 1477" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, nr. 43 (bijgewerkt tot 22 februari 2017).

<sup>1244</sup> zie daarover onder andere: P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1794, 537 en nr. 1801, 539; P. SENAËVE, B. VINCK en L. DE SCHRIJVER, "Art. 1477" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 22 februari 2017), nrs. 23-33; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 1325- 1347, 583-592 en nr. 2096, 937.

<sup>1245</sup> zie over de onrechtstreekse onderhoudsplicht in het kader van een huwelijk of wettelijke samenwoning: L. DE SCHRIJVER, "Art. 1477" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, nr. 43 (bijgewerkt tot 22 februari 2017).

D. Plicht tot vergoeding van schade ingevolge de onrechtmatige daad van het kind

333. In dit proefschrift wordt verdedigd dat een zorgouder kwalitatief aansprakelijk kan zijn voor schade veroorzaakt door het kind dat hij helpt op te voeden. Daartoe kunnen de volgende redenen worden aangehaald.

Zo toont het rechtsvergelijkende onderzoek aan dat in alle bestudeerde rechtssystemen de zorgouder (kwalitatief) aansprakelijk kan worden gesteld voor schade veroorzaakt door het kind (cf. nrs. 309 en 318). Deze aansprakelijkheid is daarbij telkenmale verbonden aan de uitoefening van (bestanddelen van) het ouderlijk gezag en niet aan de vestiging van een afstammingsband zoals in het huidige Belgische recht. In deze optiek kan uitsluitend de adoptant kwalitatief aansprakelijk worden gesteld voor de schade die het kind heeft veroorzaakt door zijn fout (cf. nr. 10), en kunnen noch de voogd, noch de provoogd of pleegvoogd op grond van art. 1384, tweede lid BW worden aangesproken (cf. nrs. 16, 20 en 26). In de rechtsleer is reeds kritiek gerezen op deze restrictieve interpretatie van het begrip 'ouders' in de zin van art. 1384, tweede lid BW. Voornamelijk in het kader van de voogdij waar de voogd als titularis van het voogdijgezag een volheid van bevoegdheden heeft met betrekking tot de persoon van het kind wordt verdedigd dat de kwalitatieve aansprakelijkheid moet worden uitgebreid.<sup>1246</sup> Een uitbreiding van de kwalitatieve aansprakelijkheid tot zorgouders past binnen deze kritiek. Aangezien de zorgouder krachtens het recht en de plicht van zorg moet instaan voor de dagelijkse opvoeding en het dagelijkse toezicht op het kind, komt het logisch voor dat hij aansprakelijk kan worden gesteld wanneer het kind schade berokkent aan een derde tengevolge van een onrechtmatige daad. De zorgouder wordt dan weerlegbaar vermoed een fout te hebben begaan in het toezicht of de opvoeding.<sup>1247</sup>

---

<sup>1246</sup> P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nr. 1199, 168.

<sup>1247</sup> Naar analogie met: T. WUYTS, "De rechtspositie van meemoeders en hun kinderen" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 175-176, (71) 157; zie ook: M. MUYLLE, "En wat als 'supernanny' te laat komt. Actualia inzake de aansprakelijkheid van ouders voor minderjarige kinderen" in *Themis aansprakelijkheids- en verzekeringrecht nr. 48*, Brugge, die Keure, 2008, (87) 89.

Tevens beschermt de kwalitatieve aansprakelijkheid van de zorgouder de belangen van derde personen en van ouder(s) door de toevoeging van een bijkomende schuldenaar.<sup>1248</sup> Het is immers niet gerechtvaardigd dat de zorgouder uitsluitend rechten zou krijgen in de opvoeding van het kind maar door niemand zou kunnen worden aangesproken op de door hem verschaft opvoeding of het door hem verschaft toezicht. Er kan worden aangenomen dat de plicht om de door het kind veroorzaakte schade te vergoeden de zorgouder meer zal aanzetten om te helpen een verantwoorde opvoeding en een goed toezicht te verschaffen.

334. Opdat de zorgouder aansprakelijk is voor de schade veroorzaakt door het kind moeten dezelfde voorwaarden worden vervuld als voor de kwalitatieve aansprakelijkheid van ouders in de zin van art. 1384, tweede lid BW, met name een fout in hoofde van het kind die in causaal verband staat met de veroorzaakte schade. Zijn de nodige voorwaarden vervuld dan kan het vermoeden van fout in hoofde van de zorgouder op dezelfde wijze worden weerlegd als bij ouders.

Vervolgens moet de verhouding van de kwalitatieve aansprakelijkheid van zorgouders tegenover de kwalitatieve aansprakelijkheid van ouders bij wet worden vastgesteld.<sup>1249</sup> In dit proefschrift is de kwalitatieve aansprakelijkheid van de zorgouder zoals de onderhoudsplicht, van *subsidaire orde*. Dit subsidiaire karakter heeft tot gevolg dat de zorgouder slechts kan worden aangesproken nadat de ouders van het kind aansprakelijk werden gesteld en voor zover ze niet kunnen voldoen aan hun schadevergoedingsplicht. Deze subsidiariteit sluit aan bij de bijkomstige en ondersteunende rol van de zorgouder in de opvoeding van het kind en benadrukt dat de ouders de eerste opvoedingsverantwoordelijken zijn (cf. nrs. 158, 162 en 293). Bijgevolg kan de zorgouder slechts na de ouders worden aangesproken voor een resterend bedrag van de schadevergoeding.

---

<sup>1248</sup> Ook in die zin: H. VANDENBERGHE, "Aansprakelijkheid van de ouders", *TPR* 2011, nr. 212, (523) 525.

<sup>1249</sup> Adv. RvS., nrs. 66-67, 75-76 (cf. nrs. 130 e.v.).



E. Plicht tot respect ten aanzien van het kind

335. Bij het opvoeden van het kind heeft de zorgouder de plicht om het kind met respect te behandelen. Deze plicht vormt de uitdrukking van het algemene beginsel dat de zorgouder een opvoeding in het belang van het kind moet verstrekken en dat hij daarbij geen geweld van welke aard dan ook mag gebruiken (art. 19 IVRK). Tevens dwingt deze plicht de zorgouder rekening te houden met de inzichten van het kind overeenkomstig zijn maturiteit en leeftijd, zoals dit ook in art. 5 en art. 12 IVRK uitdrukkelijk is vooropgesteld.<sup>1250</sup> Meer algemeen moet de zorgouder met andere woorden de mensenrechten en persoonlijkheidsrechten van het kind respecteren, zoals ook de ouders dit moeten doen.<sup>1251</sup> Als dusdanig vormt de plicht tot respect een leidraad voor de zorgouder bij de uitoefening van het ouderlijk gezag.<sup>1252</sup> Uit deze plicht vloeit een recht voort voor het kind om met respect te worden behandeld (cf. nr. 296).<sup>1253</sup> Wanneer bijgevolg de zorgouder zijn plicht tot respect niet naleeft dan kan het statuut worden beëindigd door de rechter, zoals *supra* zal worden toegelicht (cf. nr. 410). De keuze voor een plicht tot respect ten aanzien van het kind kan om de volgende redenen worden verantwoord.

Vooreerst geldt in het Belgische recht *de lege lata* de verhouding tussen ouders en kinderen een wederkerige plicht tot respect die een van de meest fundamentele bestanddelen van het ouderlijk gezag vormt (art. 371 BW).<sup>1254</sup> Bijgevolg komt het logisch voor dat ook de zorgouder bij de uitoefening van het ouderlijk gezag een plicht tot respect moet naleven ten aanzien van het kind.

---

<sup>1250</sup> Art. 5 IVRK: "... legal guardians or other persons legally responsible for the child, to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights in the present Convention." ; S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, Den Haag, 1999, 115 e.v. en 213 e.v.

<sup>1251</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1241-1244, 373-374; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 102, 98.

<sup>1252</sup> Het kind beschikt immers over een algemeen recht op respect ten aanzien van de zorgouder dat meer specifiek tot uiting komt in het recht op opvoeding en op participatie in de opvoeding.

<sup>1253</sup> J. W. SALMOND, *Jurisprudence*, 7th ed., Londen, Sweet & Maxwell, 1924, § 70- § 74, 235-246.

<sup>1254</sup> P. SENAËVE, "Art. 371" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 1 december 1987).

Daarnaast blijkt uit de rechtsvergelijkende analyse dat ook in de bestudeerde buitenlandse rechtsstelsels eenzelfde plicht voor zorgouders geldt, die nu eens uitdrukkelijk in de wet is opgenomen en dan weer impliciet uit de wettekst kan worden afgeleid (cf. nrs. 310 en 319).

## **AFDELING 2. De ouder van het kind oefent het ouderlijk gezag niet uit**

336. Een ouder die het ouderlijk gezag niet uitoefent, beschikt slechts over een recht op persoonlijk contact met het kind en een recht om beslissingen te nemen inzake de staat van de persoon van het kind, zoals onder andere instemmen met de erkenning van het kind door een vrouw (art. 313, § 1 BW), een man (art. 319 BW) of een meemoeder (art. 325/4 BW), of toestemmen in de pleegvoogdij (art. 475*bis* BW) of adoptie van het kind (art. 348-3, eerste lid BW). Tevens beschikt deze ouder over een recht van toezicht en informatie op de opvoeding verschaft door de andere ouder (art. 374, § 1, vierde lid BW).<sup>1255</sup>

Het feit dat de ouder geen ouderlijk gezag uitoefent, verhindert evenwel niet dat de zorgouder het statuut verkrijgt (cf. nrs. 235-236). In wat volgt wordt deze keuze eerst verantwoord (§ 1), om vervolgens te onderzoeken welke rechten en plichten aan de zorgouder toekomen (§ 2).

### **§ 1. Verantwoording**

337. Om de voormelde redenen kan niet redelijkerwijze worden verantwoord waarom de erkenning van de zorgouder afhankelijk moet zijn van de gezagsuitoefening door de ouder die hij helpt het kind op te voeden (cf. nr. 320). Oordelen in andere zin zou onder meer een verschillende behandeling van zorgouders tot stand brengen en van de kinderen die zij helpen opvoeden, alsook van de ouders zelf aangezien beide titularis zijn van het ouderlijk gezag en dus *de iure* over gelijke rechten en plichten beschikken. Bijgevolg moet zowel een ouder die het gezag uitoefent als een ouder die het gezag niet uitoefent beroep kunnen doen op een zorgouder.

---

<sup>1255</sup> Zie onder andere: F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 839, 512; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 832-835, 370-371.

Daarnaast is de toekenning van een statuut aan de zorgouder gerechtvaardigd omdat op deze manier een evenwicht tussen de verschillende betrokken belangen wordt gerealiseerd. Zo is het optreden van de zorgouder in het belang van het kind omdat de zorgouder samen met de ouder toezicht kan uitoefenen op de opvoeding verschaft door de andere ouder. Op die manier draagt de zorgouder bij tot continuïteit in de opvoeding (cf. nrs. 158-159). Tevens is de toekenning van het statuut in het belang van de zorgouder, aangezien zijn rol binnen de opvoeding van het kind wordt erkend, alsook in het belang van de ouder, aangezien hij wordt geholpen in zijn rol van toezichthouder op de opvoeding.

## **§ 2. Inhoud**

### A. Recht (en plicht) van toezicht en informatie

338. De zorgouder kan uitsluitend de ouder helpen in het houden van toezicht op de opvoeding verschaft door de andere ouder en het vergaren van informatie daarover. Het recht op persoonlijk contact met het kind kan de zorgouder niet uitoefenen omdat dit recht voor de juridische ouder voortvloeit uit de vestiging van een juridische afstammingsband met het kind. De juridische ouder is bijgevolg principieel titularis van het recht op persoonlijk contact en *kan* zelfs wanneer hij ontzet is van het ouderlijk gezag, of wanneer hij het ouderlijk gezag niet uitoefent, wel nog een recht op persoonlijk contact met zijn kind uitoefenen.<sup>1256</sup> Om dezelfde reden kan de zorgouder het recht om beslissingen te nemen inzake de staat van de persoon van het kind evenmin uitoefenen. Dit recht komt uitsluitend toe aan de juridische ouder van het kind.

Krachtens het *recht* van toezicht en informatie kan de zorgouder bij derden en bij de andere ouder die het gezag uitoefent alle nuttige informatie inwinnen over het kind en diens opvoeding. Dit recht stelt de zorgouder in staat om te waken over de opvoeding van het kind en te oordelen of via de verstrekte opvoeding diens belangen worden gediend. De zorgouder kan

---

<sup>1256</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 2255-2261, 676-678; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 855-857, 519; G. VERSCHELDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 865, 382.

alleen deze informatie vergaren omdat ten aanzien van derden te goeder trouw een vermoeden geldt dat de ouder die door de zorgouder wordt geholpen in de opvoeding van het kind heeft ingestemd met deze informatievergaring (cf. naar analogie met art. 373, eerste lid BW). Zonder een dergelijk vermoeden zouden de ouder en zorgouder steeds samen om informatie moeten verzoeken, wat de werkbaarheid van het statuut niet ten goede komt en de ouder evenmin ontlast in zijn toezichthoudende taak. Om evenwel het alleenoptreden van de zorgouder te temperen, wordt bepaald dat de zorgouder niet bevoegd is om zich in het belang van het kind alleen tot de familierechtbank te wenden wanneer hij van oordeel is dat de verschaft opvoeding strijdt met het belang van het kind. Ook wanneer de zorgouder een recht (en plicht) van zorg en een vertegenwoordigingsbevoegdheid uitoefent, kan hij niet opkomen tegen een opvoedingshandeling of -beslissing binnen dit kader gesteld door de andere ouder van het kind. Uitsluitend de ouder met wie de zorgouder samen het ouderlijk gezag uitoefent kan zich tot de familierechter wenden (cf. nr. 326 en 329). Bijgevolg komt het logisch voor dat *a fortiori* dezelfde redenering geldt wanneer de zorgouder een recht van toezicht en informatie uitoefent op de door de andere ouder verstrekte opvoeding. Uitsluitend de ouder met wie de zorgouder samen toezicht houdt over de opvoeding van het kind kan dan als titularis van het ouderlijk gezag zich tot de familierechtbank wenden. Zodoende wordt niet alleen de ondersteunende en bijkomstige rol van de zorgouder in de opvoeding van het kind benadrukt, maar wordt ook vermeden dat de zorgouder de andere ouder zou verhinderen het kind terdege op te voeden door zich steeds eenzijdig tot de rechtbank te wenden. Rijst evenwel een conflict tussen de zorgouder en de ouder die hij helpt toezicht te houden op en informatie te vergaren over de opvoeding van het kind, dan kan zowel de ouder als de zorgouder zich tot de familierechtbank wenden. In deze context kan bv. worden gedacht aan de passieve houding van de ouder die *de facto* geen toezicht houdt op de opvoeding van het kind en bijgevolg nalaat op te treden tegen de opvoeding die wordt verschaft en waarvan de zorgouder van oordeel is dat deze strijdt met het belang van het kind. Ook wanneer de zorgouder een recht (en plicht) van zorg en een vertegenwoordigingsbevoegdheid uitoefent, kan immers een conflict met de

ouder die hij helpt in de opvoeding van het kind voor de rechter worden gebracht door zowel de ouder als de zorgouder. Doordat de zorgouder zich alleen tot de rechter kan wenden wordt bovendien vermeden dat zijn recht op toezicht en informatie *de facto* kan worden uitgehold door de ouder die hij helpt (cf. nrs. 326 en 329).

Er moet worden opgemerkt dat de zorgouder niet alleen het recht maar ook de *plicht* heeft om in de voormelde omstandigheden informatie te verzamelen over de opvoeding van het kind teneinde toezicht te kunnen uitoefenen. Zodoende wordt niet alleen gewezen op de bevoegdheden van de zorgouder maar ook op zijn verantwoordelijkheden. Leeft de zorgouder deze plicht niet na, en maakt hij bv. misbruik van de hem toegekende bevoegdheid, dan kan het statuut door de rechter worden beëindigd (cf. nr. 410).

B. Plicht tot respect ten aanzien van het kind

339. Ook wanneer de zorgouder slechts een recht (en plicht) van toezicht en informatie uitoefent op de opvoeding van het kind, rust op hem om de voornoemde redenen (cf. nr. 335) eenzelfde plicht om het kind met respect te behandelen.

### **TITEL 3. Rechten en plichten van het kind**

340. In deze titel staat de vraag centraal welke rechten en plichten aan het kind toekomen in zijn relatie tot de zorgouder. Om deze vraag te beantwoorden wordt eerst een rechtsvergelijkende analyse gemaakt (hoofdstuk 1), om vervolgens en mede op basis van deze analyse een voorstel te formuleren voor het zorgouderschapstatuut *de lege ferenda* (hoofdstuk 2).

341. Een veelgehoorde kritiek inzake de toekenning van rechten en plichten aan het kind betreft de juridisering van de relatie tussen het kind en zijn opvoeders (i.e. zorgouders en/of ouders).<sup>1257</sup> Doordat zowel het kind als de zorgouder resp. ouder over rechten (en plichten) jegens elkaar

---

<sup>1257</sup> Zie daarover onder andere: R. MULLINS, "Children's rights and parents' rights", *Jurisprudence* 2017, vol.8, n°3, 701-710.

beschikken ontstaat het risico op conflictueuze relaties,<sup>1258</sup> en kan de Staat (i.e. de rechter) via de rechten van het kind interveniëren in familiale relaties en beslissingen genomen door de ouders en zorgouder. Zodoende wordt de autonomie van de familie ('*family autonomy*') aangetast en de familie als sociale eenheid ondermijnd. In deze opvatting moet de rechterlijke appreciatiebevoegdheid dan ook worden beperkt.<sup>1259</sup> Bovendien heeft de juridisering van de relatie tussen het kind en zijn ouders en/of zorgouders tot gevolg dat hun relatie een abstracte verhouding wordt waarbij verkilling optreedt omdat alleen het juridisch noodzakelijke wordt gedaan.<sup>1260</sup> Familiale relaties zijn met andere woorden niet geschikt om in rechten en plichten te worden gevat. Integendeel, familiale relaties zouden juist zo weinig mogelijk moeten worden gereguleerd zodat de betrokkenen op hun verantwoordelijkheid worden gewezen en de zorgouders resp. ouders de vrijheid hebben om het kind volgens eigen inzichten op te voeden. Binnen deze opvatting zou de Staat vooral het recht op privacy en integriteit van het familieleven van de zorgouders resp. ouders moeten waarborgen aangezien het kind daar het meeste belang bij heeft.<sup>1261</sup> Deze kritiek is evenwel onterecht om de volgende redenen.

Ten eerste gaat deze redenering uit van een foutieve premisse. De toekenning van rechten en plichten aan een kind verhindert niet dat een liefdevolle en warme relatie met zijn zorgouder resp. ouders bestaat. Integendeel, op die manier wordt het kind in de geest van het IVRK erkend als subject en medeactor in de opvoedingssituatie en niet langer als object dat de verstrekte opvoeding louter moet ondergaan. Als drager van rechten en plichten kan het kind aanspraak maken op respect en waardigheid jegens

---

<sup>1258</sup> V. POULEAU, "À propos de la Convention des droits de l'enfant. L'enfant sujet de droits: enfin une réalité", *JT* 1990, nr. 11, (617) 619, nr. 43, (617) 624 en nr. 70, (617) 627.

<sup>1259</sup> R. J. LEVY, "The rights of parents", *Bringham Young University Law Review* 1976, (693) 693-707, zie vnl. 697 e.v.; zie inzake deze evolutie en met voorbeelden dienaangaande: M. A. GLENDON, *The transformation of Family Law*, Chicago, Chicago UP, 1989, 97-102.

<sup>1260</sup> F. SCHOEMAN, "Rights of children, rights of parents, and the moral basis of the family", *Ethics* 91, no. 1 (okt. 1980), 6-19.

<sup>1261</sup> F. SCHOEMAN, "Rights of children, rights of parents, and the moral basis of the family", *Ethics* 91, no. 1 (okt. 1980), 6-19.

eenieder, wat bijdraagt tot de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid.<sup>1262</sup> Relaties zijn immers steeds onderworpen aan niet-juridische normen waardoor ze worden gestructureerd en die als toetsingscriterium dienen voor de betrokkenen om hun handelen te oriënteren. Wanneer dan juridische normen aan de relatie tussen de zorgouder resp. ouders en het kind worden opgelegd, dan gelden deze eveneens als toetsingscriteria om het al dan niet verantwoord karakter van een handelen te beoordelen. De betrokkenen binnen de relatie worden daarom niet ontslaan van hun verantwoordelijkheden ten aanzien van elkaar, wel integendeel.<sup>1263</sup> Bovendien is eigenlijk geen sprake van een tegenstelling tussen de rechten van het kind en de rechten van de (zorg)ouder aangezien de rechten van de (zorg)ouder krachtens het IVRK in het belang van het kind moeten worden aangewend. Het recht van het kind op participatie in zijn opvoeding moet binnen dit kader dan ook niet worden opgevat als een oorzaak van conflicten, maar juist als een middel om bij het nemen van opvoedingsbeslissingen de wederzijdse verstandhouding en het respect tussen (zorg)ouder en kind te bevorderen.<sup>1264</sup>

Ten tweede vormen deze rechten en plichten een vertaling van de rechten en plichten die ook het IVRK toekent aan het kind om het te beschermen binnen zijn familie tegen een ongerechtvaardigd overheidsingrijpen, alsook om het kind desgevallend te beschermen tegen andere familieleden, zoals zijn zorgouder.<sup>1265</sup> Situaties van kindermishandeling en kinderverwaarlozing worden immers voor een groot deel mogelijk gemaakt door het recht op privacy van de familie waardoor deze situaties verborgen blijven voor de buitenwereld. Kinderen kunnen

---

<sup>1262</sup> Zie onder andere: M. FREEMAN, "The limits of children's rights" in M. FREEMAN en P. VEERMAN (eds.), *The ideologies of children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, (29) 29-32.

<sup>1263</sup> H. VAN CROMBRUGGE, "De gezinspedagogische betekenis van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind" in M. BOUVERNE-DE BIE e.a. (eds.), *Het gezin en de rechten van het Kind*, Leuven, Acco, 1999, (13) 36.

<sup>1264</sup> M. COUZENS, "Autonomy rights versus parental autonomy" in A. ALEN, H. BOSLY en M. DE BIE, J. VANDE LANOTTE, e.a. (eds.), *The UN Children's rights Convention: theory meets practice*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 419-438, zie vnl. nr. 24, 438-439.

<sup>1265</sup> N. CANTWELL, "Children's rights in relation to their family" in A. ALEN e.a. (eds.), *The UN Children's Rights Convention: theory meets practice*, Antwerpen, Intersentia, 2007, nrs. 13-17, (389) 394-395.

evenwel worden beschermd tegen een misbruik van bevoegdheden door hun zorgouder (en ouders) door ze ongeacht hun leeftijd titularis te maken van bepaalde rechten (en plichten). Of kinderen ook zelf deze rechten kunnen uitoefenen kan vervolgens afhankelijk worden gemaakt van hun bekwaamheid daartoe.<sup>1266</sup> De rechten en plichten van het kind vormen met andere woorden de veruitwendiging van het belang van het kind in zijn eigen opvoeding.<sup>1267</sup>

## **HOOFDSTUK 1.        Rechtsvergelijkende analyse**

342. Een analyse van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer toont aan dat in alle bestudeerde rechtsstelsels het kind beschikt over het doelgebonden recht op opvoeding en uitoefening van het ouderlijk gezag (afdeling 1), het recht op participatie in de opvoeding (afdeling 2) en een uitdrukkelijke of impliciete plicht tot respect ten aanzien van de zorgouder (afdeling 4). Met uitzondering van Duitsland beschikt het kind ook over een recht op levensonderhoud vanwege de zorgouder (afdeling 3).

### **AFDELING 1.    Doelgebonden recht op opvoeding en uitoefening van het ouderlijk gezag**

343. In Nederland heeft het kind overeenkomstig art. 1:247, eerste lid NBW recht op een opvoeding en verzorging vanwege de zorgouder als titularis van het ouderlijk gezag (art. 1:253v, eerste lid NBW - cf. nrs. 300 e.v.).<sup>1268</sup> Meer specifiek gaat het om het recht op ontwikkeling van zijn persoonlijkheid en het recht om zijn veiligheid alsook zijn geestelijk en lichamelijk welzijn gewaarborgd te zien (art. 1:247, tweede lid, eerste zin NBW). Daartoe moet de zorgouder onder andere aan het kind een onderdak

---

<sup>1266</sup> H. VAN CROMBRUGGE, "De gezinspedagogische betekenis van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind" in M. BOUVERNE-DE BIE e.a. (eds.), *Het gezin en de rechten van het Kind*, Leuven, Acco, 1999, (13) 33-34; zie ook in die zin: M. FREEMAN, "The limits of children's rights" in M. FREEMAN en P. VEERMAN (eds.), *The ideologies of children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, (29) 30-31.

<sup>1267</sup> S. WOLFSON, "Children's rights: the theoretical underpinning of the 'best interests of the child'" in M. FREEMAN en P. VEERMAN (eds.), *The ideologies of children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, (7) 7.

<sup>1268</sup> Memorie van Antwoord, *TK* 1993-94, 23012/5, 6; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:247 NBW, aant. 1 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016).



verschaffen, medische verzorging verstrekken, het kind onderrichten alsook voeding en kledij kopen voor het kind.<sup>1269</sup> Het kind heeft bij het verstrekken van die opvoeding en verzorging tevens recht op een uitoefening van het ouderlijk gezag overeenkomstig zijn belang. Het doelgebonden karakter van de ouderlijke bevoegdheden wordt op verscheidene plaatsen aangetoond in de wet.<sup>1270</sup> Zo mag de zorgouder geen geweld gebruiken in de opvoeding van het kind of een andere vernederende behandeling toepassen (art. 1:247, tweede lid, tweede zin NBW),<sup>1271</sup> en is hij verplicht om de banden van het kind met zijn (andere) ouder te bevorderen (art. 1:247, derde lid NBW).<sup>1272</sup> Bovendien behoudt het kind zijn recht op een gelijkwaardige opvoeding en verzorging door de zorgouder wanneer diens relatie met de ouder van het kind eindigt ingevolge een relatiebreuk (art. 1:247, vierde lid NBW).<sup>1273</sup>

Ook in Engeland omvat het ouderlijk gezag (s 3(1) CA 1989) onder meer de plicht voor een zorgouder om het kind op te voeden, zodat daaruit voor het kind een recht op opvoeding voortvloeit.<sup>1274</sup> Krachtens dit recht is

---

<sup>1269</sup> M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA en M. TOMASSEN-VAN DER LANS, "Gezag" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (255) 260; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:247 NBW, aant. 2 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016); E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 65-66.

<sup>1270</sup> HR 25 september 1998, NJ 1999/379; M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA en M. TOMASSEN-VAN DER LANS, "Gezag" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (255) 256; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:247 NBW, aant. 3 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016).

<sup>1271</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:247 NBW, aant. 4 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016); E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 66.

<sup>1272</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:247 NBW, aant. 5 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016); E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 66.

<sup>1273</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:247 NBW, aant. 6 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016).

<sup>1274</sup> S. HARRIS-SHORT en J. MILES, *Family Law Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford UP, 2011, nr. 10.2.2, 660; met een omschrijving van ouderlijk gezag naar Engels recht: N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2007, 377 en versie van 2015, 337-363; met een verwijzing naar deze omschrijving: F. BURTON, *Family law*, Londen, Routledge, 2015, 310-313; J. HERRING, *Family law*, Londen, Pearson, 2015, 434; R. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 351p; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12-002, 260-261; zie voor de vraag of ouders moreel verplicht zijn hun kind op te voeden: J. EEKELAAR, "Are parents morally obliged to care for their children?", *Oxford Journal of Legal Studies* 1991/11, 341-353.

vereist dat de zorgouder het kind onder meer onderwijs verschaft, alsook voeding, kledij en onderdak. Een gezaghebbende auteur spreekt dienaangaande van drie types rechten voor het kind al naargelang ze tegemoetkomen aan zijn basisbehoeften (*'basic intrests'*), ontwikkeling (*'developmental intrests'*) of behoefte naar autonomie (*'autonomy intrests'*). In deze opvatting hebben de basisbehoeften van het kind betrekking op onder andere het voeden en kleden van het kind, de ontwikkelingsbehoeften hebben betrekking op onder andere het onderwijzen van het kind en de behoefte naar autonomie op onder andere de vrijheid van het ouderwordende kind om geleidelijk aan zelf beslissingen te kunnen nemen. Het komt daarbij aan de zorgouder toe om deze behoeften te vervullen.<sup>1275</sup> Uit deze analyse blijkt dat het ouderlijk gezag doelgebonden rechten en plichten omvat die de zorgouder moet uitoefenen in het belang van het kind.<sup>1276</sup> Deze vaststelling wordt verder ondersteund doordat de rechter via een *'protective order'* kan ingrijpen wanneer het kind nadeel ondervindt of dreigt te ondervinden van de opvoeding verstrekt door de zorgouder. Meer specifiek kan de rechter een *care order* bevelen (s 33-34 CA 1989), een *supervision order* (s 35-36 CA 1989), een *child assessment order* (s 43 CA 1989) of een *emergency protection order* (s 44 CA 1989).<sup>1277</sup> In de rechtsleer weerklinkt steeds luider de vraag in welke mate het kind daadwerkelijk over rechten beschikt jegens zijn zorgouder, aangezien ofwel de zorgouder ofwel de rechter bepaalt welke beslissing of handeling het best het belang van het kind dient. Opvallend daarbij is dat nogal wat zorgouders

---

<sup>1275</sup> J. EEKELAAR, "The emergence of children's rights", *Oxford Journal Legal Studies* 1986/6, (161) 171-182; zie ook met verwijzing naar deze tekst: F. BURTON, *Family law*, Londen, Routledge, 2015, 348-349; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 429 e.v.; zie over kinderrechten ook: J. EEKELAAR, *Family law and personal life*, Oxford, Oxford UP, 2017, 54-63.

<sup>1276</sup> CEFL *Principles Parental Responsibilities – National Report: England & Wales*, Q35; S. GILMORE, "The limits of parental responsibility" in E. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, (63) 79-80; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12.003, 263.

<sup>1277</sup> F. BURTON, *Family law*, Londen, Routledge, 2015, 472-483; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 625-636 en 639-653; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 583-592 en 632-653; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nrs. 14.007 e.v., 346 e.v.

de uitoefening van rechten door het kind als contradictoir met diens belangen beschouwen.<sup>1278</sup>

344. Hetzelfde besluit geldt in de bestudeerde rechtsstelsels waar de zorgouder de uitoefening van het gezag verkrijgt. Zo heeft het kind in Frankrijk recht op een verzorging en opvoeding vanwege de zorgouder wanneer deze het ouderlijk gezag uitoefent ingevolge een (gedeelde) overdracht. Het ouderlijk gezag bestaat immers zowel uit rechten als uit plichten (art. 371-1, eerste lid Cc: ‘... *un ensemble de droits et de devoirs...*’). De omvang van het recht op opvoeding in hoofde van het kind is afhankelijk van de rechten en plichten die de zorgouder kan uitoefenen ingevolge de (gedeelde) overdracht.<sup>1279</sup> Gaat het bijvoorbeeld om een volledige (gedeelde) overdracht dan heeft het kind jegens de zorgouder onder andere recht op een ontwikkeling van zijn persoon door het verschaffen van onderwijs, alsook op het verstrekken van onderdak en de nodige medische zorgen om zijn veiligheid en gezondheid te beschermen (art. 371-1, tweede lid Cc).<sup>1280</sup> De zorgouder moet overeenkomstig art. 371-1, eerste en tweede lid Cc de hem toegekende bevoegdheden op doelgebonden wijze uitoefenen (FR: ‘... *pour finalité l’intérêt de l’enfant*) met respect voor de persoon van het kind (FR: ‘*dans le respect dû à sa personne*’). Het kind heeft met andere woorden recht op een uitoefening van het ouderlijk gezag in zijn belang.<sup>1281</sup>

In Duitsland beschikt het kind eveneens over het recht om door zijn zorgouder te worden opgevoed (§ 1687b(1) BGB en §9(1) LPartG), voor zover deze het *Mitsorgerecht* uitoefent. Dit recht verschaft de zorgouder immers niet alleen de bevoegdheid om het kind op te voeden, maar verplicht

---

<sup>1278</sup> E. ERLINGS, “Is anything left of children’s rights? How parental responsibility erodes children’s rights under English law”, *The International Journal of Children’s Rights* 2016/24, 624-656, zie vnl. 629.

<sup>1279</sup> Het kan desgevallend ook gaan om een gedwongen overdracht van het ouderlijk gezag.

<sup>1280</sup> I. CARBONNIER, “Fasc. 10: Autorité parentale – Exercice de l’autorité parentale”, *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 7 oktober 2014), nrs. 12-28; A. GOUTTENOIRE, “Autorité parentale: attributs” in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 233.00-233.112, 952-968.

<sup>1281</sup> I. CARBONNIER, “Fasc. 10: Autorité parentale – Exercice de l’autorité parentale”, *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 7 oktober 2014), nr. 13.

hem ook daartoe.<sup>1282</sup> Bovendien heeft het kind recht op een uitoefening van het *Mitsorgerecht* in zijn belang.<sup>1283</sup> Dit blijkt onder meer uit § 1687b(3) BGB en § 9(3) LPartG, welke bepaling de rechter machtigt om op verzoek of van rechtswege het *Mitsorgerecht* te beperken of te beëindigen wanneer het belang van het kind dit vereist.<sup>1284</sup>

## **AFDELING 2. Recht op participatie in de opvoeding**

345. In de verschillende bestudeerde rechtsstelsels heeft een kind het recht om in zijn opvoeding te participeren. Dit blijkt onder andere uit het recht van het kind om zijn visie mee in overweging te laten nemen bij opvoedingsbeslissingen (§ 1), het recht van het kind om te worden gehoord in gerechtelijke procedures (§ 2 – cf. nrs. 254-265) en het recht van het kind om zelf bepaalde rechtshandelingen te stellen (§ 3).

### **§ 1. Recht om visie mee in overweging te nemen**

346. Naarmate het kind ouder wordt, wordt de uitoefening van het ouderlijk gezag van de zorgouder meer ingeperkt. Krachtens art. 5 IVRK heeft het kind immers recht op leiding en begeleiding vanwege de zorgouder bij de uitoefening van zijn rechten waarbij de zorgouder rekening moet houden met de visie van het kind op zijn eigen ontwikkeling, alsook met zijn toenemende mondigheid en zelfstandigheid.<sup>1285</sup> In alle bestudeerde rechtsstelsels wordt aan dit beginsel tegemoetgekomen.

---

<sup>1282</sup> G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nrs. 4-5.

<sup>1283</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 25, 679; *Palandt*, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1626 BGB, nr. 3, 1924.

<sup>1284</sup> Zie onder andere: G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nr. 18; D. SCHWAB, "Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick", *FamRZ* 2001, (385) 394; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 71; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 11.

<sup>1285</sup> G. KAMCHEDZERA, "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, nrs. 23-24, (1) 13-14.

Zo wordt in Nederland algemeen aanvaard dat dit beginsel geldend recht is, niettegenstaande de uitdrukkelijke verwoording ervan werd geschrapd in art. 1:247 NBW.<sup>1286</sup>

Ook in Engeland wordt sinds het *Gillick*-arrest erkend dat ouderlijk gezag over een kind niet absoluut van aard is en dat rekening moet worden gehouden met de visie van het kind gelet op zijn intellectuele bekwaamheid.<sup>1287</sup> Naarmate het kind ouder wordt, komt meer gewicht toe aan zijn visie en verkrijgt het kind dus meer inspraak in zijn opvoeding.<sup>1288</sup> In de rechtsleer is evenwel de vraag gerezen in hoeverre door het *Gillick*-arrest het recht van kinderen op autonomie in hun opvoeding wordt erkend.<sup>1289</sup> Volgens bepaalde auteurs toont deze rechtspraak uitsluitend aan dat (zorg)ouders en kinderen onafhankelijke, en mogelijks conflictueuze, belangen hebben bij het nemen van opvoedingsbeslissingen zodat kinderen, afhankelijk van hun maturiteit, bekwaam kunnen zijn om zelf deel te nemen aan beslissingen die hen aanbelangen. Kinderen hebben evenwel geen recht

---

<sup>1286</sup> Zie onder andere Memorie van Antwoord, *TK* 1993-94, 23012/5, 7; Memorie van Antwoord, *EK* 1994-95, 23 012/73c, 1-2; M. ANTOKOLSKAIA, W. SCHRAMA en M. TOMASSEN-VAN DER LANS, "Gezag" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (255) 256; I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:247 NBW, aant. 10 (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016).

<sup>1287</sup> House of Lords, *Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1986] 1 AC 112: *In casu* werd de vordering van een moeder die meende het recht te hebben om te worden geïnformeerd over contraceptieadvies van de arts aan haar kinderen jonger dan zestien jaar, door de rechter afgewezen; zie daarover onder andere: F. BURTON, *Family law*, Londen, Routledge, 2015, 348 e.v.; S. GILMORE, "The limits of parental responsibility" in E. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, (63) 63-66; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 431 e.v.; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 318 e.v.; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12.032, 280 e.v.

<sup>1288</sup> *Hewer vs. Bryant*, QB 1970/1, (357) 369 (Lord Denning M.R.): "... the legal right of a parent to the custody of a child ends at the 18th birthday: and even up till then, it is a dwindling right which the courts will hesitate to enforce against the wishes of the child, and the more so the older he is. It starts with a right of control and ends with little more than advice."; A. BAINHAM, "Lord Denning as a champion of children's rights: the legacy of *Hewer v. Bryant*", *Denning Law Journal* 1999/14, 81-91; S. GILMORE, "The limits of parental responsibility" in E. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, (63) 75.

<sup>1289</sup> Zie voor een overzicht van de interpretatie in de rechtsleer onder andere: S. GILMORE, "The limits of parental responsibility" in E. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, (63) 74-79; S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 431-438.

op autonomie.<sup>1290</sup> Volgens andere auteurs moet ingevolge deze rechtspraak worden aanvaard dat wanneer een kind over de bekwaamheid beschikt om de draagwijdte van een rechtshandeling te begrijpen, er geen ruimte is voor een (zorg)ouder om een andere beslissing te nemen ook al zou die beslissing meer de belangen van het kind in kwestie dienen. Het kind heeft met andere woorden wel een recht op autonomie in zijn opvoeding.<sup>1291</sup> Nog andere auteurs zijn genuanceerder en overwegen dat bij oudere minderjarigen hun autonomie als uitgangspunt geldt bij het nemen van opvoedingsbeslissingen, wat evenwel niet betekent dat ze op absolute wijze ook tegen de wil van hun ouders in beslissingen kunnen nemen.<sup>1292</sup>

In Frankrijk bepaalt de wet dan weer uitdrukkelijk dat de ouders het kind moeten betrekken in beslissingen die hem aanbelangen overeenkomstig zijn leeftijd en maturiteit (art. 371-1, derde lid Cc).<sup>1293</sup> Oefent de zorgouder het ouderlijk gezag uit na een (gedeelde) overdracht dan moet hij dus de visie van het ouderwordende kind in overweging nemen, zonder dat deze visie daarom steeds doorslaggevend is.<sup>1294</sup> De betrokkenheid van het minderjarige kind in beslissingen die hem aanbelangen komt op

---

<sup>1290</sup> A. BAINHAM, "The balance of power in family decisions", *CLJ* 1986/45, (262) 262-264, 275.

<sup>1291</sup> J. EEKELAAR, "The emergence of children's rights", *Oxford Journal Legal Studies* 1986/6, (161) 171: "There is a third type of interest which children may, retrospectively, claim. A child may argue for the freedom to choose his own lifestyle and to enter social relations according to his own inclinations uncontrolled by the authority of the adult world, whether parents or institutions." en 181: "The significance of Lord Scarman's opinion with respect to children's autonomy interests cannot be over-rated. It follows from his reasoning that, Where a child has reached capacity, there is no room for a parent to impose a contrary view, even if this is more in accord with the child's best interests. For its legal superiority to the child's decision can rest only on its status as a parental right. But this is extinguished when the child reaches full capacity. More importantly, the argument catches the court itself."; J. EEKELAAR, "The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism", *Intern. Journal of Law and the Family* 1994/8, (42) 53 e.v.

<sup>1292</sup> R. TAYLOR, "Reversing the retreat from Gillick? R (Axon) vs Secretary of State for Health", *CFLQ* 2007/19, (81) 92-94, vnl. 93.

<sup>1293</sup> Y. BUFFELAN-LANORE, "Fasc. Unique: minorité – Droits propres de l'enfant", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 5 april 2016), nr. 67; I. CARBONNIER, "Fasc. 10: Autorité parentale – Exercice de l'autorité parentale", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 7 oktober 2014), nrs. 67-69; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: attributs" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 233.09 en 233.111, (952) 953 en 967.

<sup>1294</sup> A. GOUTTENOIRE, "Représentation et administration légale" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 237.16, (1071) 1077; Dit geldt ook wanneer de zorgouder ouderlijke rechten en plichten uitoefent na een gedwongen overdracht.

verschillende plaatsen tot uiting in de wet en neemt de vorm aan van een recht op informatie, een recht om gehoord te worden of een recht om toe te stemmen in bepaalde handelingen zoals bv. zijn eigen adoptie.<sup>1295</sup>

Eenzelfde bepaling geldt in Duitsland. Krachtens § 1626(2) BGB zijn de (zorg)ouders verplicht om bij het verschaffen van opvoeding en verzorging rekening te houden met de groeiende bekwaamheid en behoefte van het kind om zelfstandig te handelen. Dit houdt evenwel niet in dat het kind zijn wil kan doordrijven tegen de wens van de (zorg)ouder, die nog steeds bevoegd is om de eindbeslissing te nemen.<sup>1296</sup>

## **§ 2. Recht om te worden gehoord in gerechtelijke procedures**

347. Een specifieke toepassing van het recht van het kind om zijn visie mee in overweging te nemen, is het hoorrecht van het kind in gerechtelijke procedures. De rechtsvergelijkende analyse toont aan dat twee types moeten worden onderscheiden (cf. nrs. 254-265).

Eenzijds zijn er rechtsstelsels die het kind vanaf een bepaalde leeftijd het recht toekennen om te worden gehoord in gerechtelijke procedures, zoals Nederland en Duitsland. Zo heeft in Nederland het kind vanaf twaalf jaar het recht om te worden gehoord in zaken die op hem betrekking hebben (art. 809, eerste lid Rv).<sup>1297</sup> In Duitsland daarentegen is de rechter verplicht om een kind in persoon te horen in procedures die op hem betrekking hebben vanaf de leeftijd van veertien jaar of ouder, tenzij wanneer het geschil betrekking heeft op het vermogen van het kind en een persoonlijk verhoor niet aangewezen is (§ 159(1) FamFG).<sup>1298</sup> Evenwel kan ook een kind jonger dan veertien jaar door de rechter persoonlijk worden gehoord voor zover diens inzichten belangrijk zijn om het conflict te beslechten of een persoonlijk verhoor aangewezen is (§ 159(2) FamFG). Van

---

<sup>1295</sup> A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: attributs" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 233.112, (952) 967-968.

<sup>1296</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 84, 699-700; *Palandt*, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1626 BGB, nrs. 5 en 23, 1924-1926.

<sup>1297</sup> Betreft het evenwel zaken aangaande levensonderhoud dan moet het kind slechts vanaf zestien jaar worden gehoord.

<sup>1298</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (*BGBI. I S. 2586, 2587*), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (*BGBI. I S. 2780*) geändert worden ist.

het persoonlijk verhoor kan worden afgezien om zwaarwichtige redenen (§ 159(3) FamFG).<sup>1299</sup>

Anderzijds zijn er rechtsstelsels zoals Engeland en Frankrijk, die een hoorrecht toekennen aan het kind in zaken die op hem betrekking hebben en voor zover het kind volgens de rechter over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt (cf. nr. 259).

### § 3. Recht om bepaalde rechtshandelingen alleen te stellen

348. In alle bestudeerde rechtsstelsels kan het kind voor bepaalde rechtshandelingen alleen optreden.

Zo beschikt het kind in Nederland, Frankrijk en Duitsland vanaf een bepaalde leeftijd over een vetorecht in het kader van zijn adoptie (art. 1:228, eerste lid a NBW; art. 345, derde lid en art. 360, laatste lid Cc; § 1750(3), tweede zin BGB),<sup>1300</sup> kan het kind vanaf zestien jaar alleen een testament opstellen (art. 4:55, eerste lid NBW; art. 903 Cc; § 2229(1),(2) BGB), en moet het kind uitdrukkelijk zelf toestemmen in bepaalde medische behandelingen (bv. art. 7:447, eerste lid NBW en art. 7:450 NBW; art. L. 1122-2 Code de la Santé Publique; § 1631c BGB).<sup>1301</sup> Bovendien kan het kind dagelijkse rechtshandelingen alleen stellen, voor zover het rechtshandelingen betreft met weinig waarde waarvan het de gewoonte is

---

<sup>1299</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nrs. 13-15, 828-829 en nr. 27, 835.

<sup>1300</sup> **Nederland:** W. SCHRAMA, "Het adoptierecht" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familie recht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (237) 243; **Frankrijk:** Y. BUFFELAN-LANORE, "Fasc. Unique: minorité – Droits propres de l'enfant", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 5 april 2016), nr. 61; A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: attributs" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 233.112, (952) 967-968; **Duitsland:** J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 78, 696.

<sup>1301</sup> **Nederland:** E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 68-73; zie over de problematiek specifiek: M. R. BRUNING, "Zorg om het kind. Bescherming van minderjarigen en het gezondheidsrecht", *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 2013/37, 102-122.

**Frankrijk:** A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: attributs" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 233.112, (952) 967-968.

**Duitsland:** *Palandt*, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1629 BGB, nr. 8, 1931 *juncto* § 823 BGB, nr. 151, 1255.



dat minderjarigen ze frequent stellen (art. 408, eerste lid Cc, art. 1:234, derde lid NBW; § 110 BGB).<sup>1302</sup>

Ook in Engeland kan een kind dat over het nodige onderscheidingsvermogen beschikt bepaalde rechtshandelingen zelf stellen zoals bijvoorbeeld toestemming geven voor een medische behandeling (cf. *Gillick-arrest*, *supra* nr. 346).<sup>1303</sup> Aangenomen wordt dat het kind ook buiten de medische context bepaalde rechtshandelingen zelf kan stellen, en dit zelfs wanneer het arrest uitsluitend op medische handelingen betrekking had.<sup>1304</sup> Vereist is dat het kind over emotionele en intellectuele capaciteiten beschikt om de draagwijdte van de rechtshandeling te begrijpen. Bijgevolg kan een kind dat over de nodige maturiteit beschikt een eenvoudige rechtshandeling, zoals de aankoop van boeken of cd's, alleen stellen. Voor andere rechtshandelingen is daarentegen een bepaalde leeftijd vereist, zoals voor de aankoop van een huisdier.<sup>1305</sup> Dit geldt eveneens voor de opmaak van een testament (s 7 Wills Act 1837) of de toestemming in de eigen adoptie (s 1(4)(a) Adoption and Children Act 2002).

### **AFDELING 3. Recht op levensonderhoud vanwege de zorgouder**

349. Zowel in Nederland, Engeland als Frankrijk is de zorgouder onderhoudsplichtig jegens het kind, al dan niet via zijn huwelijk of geregistreerd partnerschap met de ouder van het kind (cf. nrs. 307 en 317).

---

<sup>1302</sup> **Frankrijk:** Y. BUFFELAN-LANORE, "Fasc. Unique: minorité – Droits propres de l'enfant", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 5 april 2016), nr. 57; **Nederland:** K. BLANKMAN, "Minderjarigheid" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (247) 251; **Duitsland:** Palandt, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 110 BGB, 82.

<sup>1303</sup> Dit arrest geeft het kind evenwel niet het recht om een levensnoodzakelijke medische behandeling te *weigeren*; zie onder andere: F. BURTON, *Family law*, Londen, Routledge, 2015, 349 e.v.; S. GILMORE en J. HERRING, " 'No' is the hardest word: consent and children's autonomy", *CFLQ* 2011/23-1, 3-25; A. PERERA, "Can I decide please? The state of children's consent in the UK", *European Journal of Health Law* 2008/15, 411-420.

<sup>1304</sup> A. BAINHAM, "The balance of power in family decisions", *CLJ* 1986/45, (262) 275; G. DOUGLAS, "The changing concept of 'family' and challenges for family law in England and Wales" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. II – The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, (22) 34-35.

<sup>1305</sup> Overeenkomstig de Animal Welfare Act 2006 moet een kind zestien jaar zijn om zelf een huisdier te kunnen kopen; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 318-325; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nrs. 12.033-12.035, 281-282.

Bijgevolg heeft het kind in deze rechtsstelsels onder bepaalde voorwaarden recht op levensonderhoud vanwege de zorgouder. Zoals vermeld (cf. *supra* nr. 317), rust op de zorgouder in Duitsland geen onderhoudsplicht jegens het kind, zodat het kind omgekeerd ook geen recht op levensonderhoud heeft ten aanzien van zijn zorgouder.

#### **AFDELING 4. Uitdrukkelijke of impliciete plicht tot respect ten aanzien van de zorgouder**

350. Zowel in Nederland, Frankrijk als Duitsland rust op het kind een uitdrukkelijke plicht tot respect ten aanzien van zijn zorgouder.

Zo bepaalt art. 1:249 NBW dat “*de minderjarige dient rekening te houden met de aan de ouder of voogd in het kader van de uitoefening van het gezag toekomende bevoegdheden, alsmede met de belangen van de overige leden van het gezin waarvan hij deel uitmaakt*” (art. 1:253v, eerste lid NBW).<sup>1306</sup> De essentie van deze bepaling is dat het kind de beslissingen genomen door de zorgouder dient te aanvaarden voor zover de zorgouder bij het nemen van deze beslissingen rekening heeft gehouden met de mening van het kind overeenkomstig diens leeftijd en maturiteit.<sup>1307</sup>

Ook in Frankrijk kan worden aangenomen dat een kind in dezelfde zin respect verschuldigd is aan de zorgouder die ingevolge een (gedeelde) overdracht het ouderlijk gezag over hem uitoefent.<sup>1308</sup> Deze plicht tot respect rust immers ook op het kind ten aanzien van zijn ouders die het gezag uitoefenen (art. 371 Cc).<sup>1309</sup> Bovendien is de plicht tot respect opgenomen in het eerste hoofdstuk van de titel over ouderlijk gezag,<sup>1310</sup> waaronder zowel de uitoefening van het ouderlijk gezag door de ouders (cf.

---

<sup>1306</sup> zie onder andere: E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 67.

<sup>1307</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:249 NBW, aant. 2 (actueel tot en met 1 oktober 2016); I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:247 NBW, aant. 10 (actueel tot en met 1 oktober 2016).

<sup>1308</sup> Dezelfde regeling geldt bij een gedwongen overdracht.

<sup>1309</sup> I. CARBONNIER, “Fasc. 10: Autorité parentale – Exercice de l’autorité parentale”, *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 7 oktober 2014), nr. 14.

<sup>1310</sup> Cf. ‘Titre IX : De l’autorité parentale - Chapitre Ier : De l’autorité parentale relativement à la personne de l’enfant (art. 371 à 371-6 Cc)’.

'section 1') als de uitoefening van het ouderlijk gezag door de zorgouder ingevolge een overdracht ressorteert ('section 3').

In Duitsland is het kind verplicht om hulp en steun te verlenen aan zijn zorgouder en meer algemeen aan alle familieleden (D: 'Beistand'). Het kind moet tevens rekening houden met de belangen van de zorgouder en van andere familieleden, en desgevallend zijn eigen wensen achterstellen (D: 'Rücksicht') (§ 1618a BGB).<sup>1311</sup> Beide plichten verwoorden een wederzijdse familiale solidariteit en respect.<sup>1312</sup> De 'Beistands- en Rücksichtspflicht' vloeien voort uit het *Mitsorgerecht* van de zorgouder en omkaderen de persoonlijke verhouding van het kind met hem.<sup>1313</sup> De *Beistandspflicht* houdt een actief optreden van het kind in, terwijl de *Rücksichtspflicht* een zekere terughoudendheid vereist van het kind.<sup>1314</sup> Deze plicht wordt verder tot uitdrukking gebracht in § 1619 BGB dat het kind verplicht om in het huishouden of het bedrijf van de zorgouder mee te helpen overeenkomstig zijn leeftijd en zijn fysieke en mentale bekwaamheid (D: 'Dienstleistungspflicht' - § 1619 BGB).<sup>1315</sup> Het kan daarbij gaan om eenvoudige taken of taken van een meer complexe aard.<sup>1316</sup> Deze plicht bestaat zolang het kind deel uitmaakt van het gezin (D: 'Hausstand') van de zorgouder en door hem wordt opgevoed. Het kind maakt deel uit van het gezin van de zorgouder wanneer het bij de zorgouder het middelpunt van

---

<sup>1311</sup> Palandt, München, Verlag C. H. Beck 2006, § 1618a BGB, nrs. 2-5; D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, C. H. Beck, 2017, nrs. 654-655, 290-291; zie daarover uitgebreid: G. KNÖPFEL, "Beistand und Rücksicht zwischen Eltern und Kindern (§ 1618a BGB)", *FamRZ* 1985, 554-565.

<sup>1312</sup> D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, C. H. Beck, 2017, nr. 656, 292.

<sup>1313</sup> M. COESTER, "Die Rechtsbeziehungen zwischen Stiefelternteil und Stiefkind" in J. HORSTMANN (ed.), *Stieffamilie/Zweitfamilie. Reflexionen über einen an gesellschaftlicher Bedeutung zunehmenden Familientypus*, Graftschaff, Vektor, 1994, (133) 134 en 144.

<sup>1314</sup> Palandt, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1618a BGB, nrs. 2-5, 1920.

<sup>1315</sup> OLG Nürnberg 4 juli 1990, *BeckRS* 1990, 05642; M. COESTER, "Die Rechtsbeziehungen zwischen Stiefelternteil und Stiefkind" in J. HORSTMANN (ed.), *Stieffamilie/Zweitfamilie. Reflexionen über einen an gesellschaftlicher Bedeutung zunehmenden Familientypus*, Graftschaff, Vektor, 1994, (133) 144; N. DETHLOFF, *Familienrecht*, 31<sup>e</sup> Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2015, nrs. 32-38, 372-374; J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nrs. 13-15, 828-829 en nrs. 1-4, 664-665; Palandt, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1619 BGB, nrs. 1-2, 1920; D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, C. H. Beck, 2017, nrs. 656-661, 292-294.

<sup>1316</sup> Palandt, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1619 BGB, nr. 2, 1920.

zijn belangen en zijn sociale betrekkingen heeft.<sup>1317</sup> De betekenis van deze specifieke plicht uit § 1619 BGB is voor minderjarige kinderen eerder beperkt aangezien zij door de zorgouder en de ouder krachtens het *(Mit)sorgerecht* tot een zekere hulp in het huishouden kunnen worden verplicht.<sup>1318</sup>

In Engeland bevat de wet daarentegen geen uitdrukkelijke plicht tot respect voor het kind ten aanzien van de zorgouder in de uitoefening van zijn rechten.<sup>1319</sup> De rechtspraak neemt evenwel aan dat kinderen aan bepaalde opvoedingsbeslissingen genomen door (zorg)ouders moeten gehoorzamen, rekening houdend met de groeiende autonomie van het ouder wordende kind op basis waarvan het met de (zorg)ouders kan overleggen over zaken die hem aanbelangen.<sup>1320</sup> De rechtbank oordeelt op basis van een belangenafweging waarin de belangen van de (zorg)ouders, het kind en de familie als geheel worden betrokken. Geen van deze belangen heeft evenwel absoluut voorrang.<sup>1321</sup> Hieruit blijkt dat ook in Engeland het kind rekening moet houden met de ouderlijke bevoegdheden, en meer algemeen de belangen, van de (zorg)ouder. Desgevallend zal het kind dan ook een opvoedingsbeslissing genomen door de zorgouder moeten aanvaarden, voor zover in voldoende mate rekening werd gehouden met zijn eigen mening overeenkomstig zijn leeftijd en maturiteit. Het gebrek aan enige wettelijke

---

<sup>1317</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 3, 664; *Palandt*, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1619 BGB, nr. 1, a), 1920.

<sup>1318</sup> M. COESTER, "Die Rechtsbeziehungen zwischen Stiefelternteil und Stiefkind" in J. HORSTMANN (ed.), *Stieffamilie/Zweitfamilie. Reflexionen über einen an gesellschaftlicher Bedeutung zunehmenden Familientypus*, Graftschaft, Vektor, 1994, (133) 144.

<sup>1319</sup> A. BAINHAM, "'Honour thy father and thy mother': children's rights and children's duties" in G. DOUGLAS en L. SEBBA (eds.), *Children's rights and traditional values*, Londen, Ashgate, 1998, (93) 97.

<sup>1320</sup> Re C (A Minor)(Leave to seek section 8 order): *In casu* werd een vijftienjarig meisje geweigerd om mee op vakantie te gaan met de familie van haar vriend; Re N (A Child)[2006] EWCA Civ 357 eveneens inzake een weigering om op vakantie te mogen gaan; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretny and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12.036, 282-283.

<sup>1321</sup> A. BAINHAM, "'Honour thy father and thy mother': children's rights and children's duties" in G. DOUGLAS en L. SEBBA (eds.), *Children's rights and traditional values*, Londen, Ashgate, 1998, (93) 98-104.

verplichting in hoofde van kinderen wordt door bepaalde rechtsleer terecht bekritiseerd.<sup>1322</sup>

## **HOOFDSTUK 2.           Zorgouderschapsstatuut - *de lege ferenda***

351.   Wanneer de zorgouder het ouderlijk gezag uitoefent ten aanzien van het kind ingevolge de verkrijging van het zorgouderschapsstatuut dan beïnvloedt dit de rechtspositie van het kind. Bijgevolg worden in dit proefschrift aan het kind in zijn verhouding met de zorgouder een aantal rechten en plichten toegekend. Zo heeft het kind jegens de zorgouder recht op het verschaffen van een opvoeding, minstens op het houden van toezicht op de verstrekte opvoeding, en de uitoefening van het ouderlijk gezag in zijn belang (afdeling 1). Tevens heeft het kind recht om via verscheidene wegen te participeren in de eigen opvoeding (afdeling 2) en desgevallend levensonderhoud te bekomen van de zorgouder (afdeling 3). Op het kind rust daarenboven ook een plicht om de zorgouder met respect te behandelen (afdeling 4).

352.   In wat volgt wordt bij de uitwerking van rechten en plichten voor het kind het evenwicht tussen de autonomie van het kind enerzijds en de bescherming van het kind anderzijds, zoals dit ook tot uiting komt in het IVRK, voor ogen gehouden.<sup>1323</sup> De autonomie van het kind wordt in het IVRK voornamelijk veruitwendigd door het recht op inspraak van 12 IVRK, en de vrijheidsrechten van de daaropvolgende artikelen 13 tot en met 16 IVRK. Naarmate het kind ouder wordt en meer bekwaam wordt om zelf beslissingen te nemen, verkrijgt het meer autonomie onder de begeleiding

---

<sup>1322</sup> A. BAINHAM, "Honour thy father and thy mother': children's rights and children's duties" in G. DOUGLAS en L. SEBBA (eds.), *Children's rights and traditional values*, Londen, Ashgate, 1998, (93) 95-96: Deze auteur stelt voor om in de wet aan kinderen positieve verplichtingen op te leggen vanuit de idee dat de toekenning van rechten ook plichten met zich meebrengt. Naarmate het kind ouder wordt krijgt het bijgevolg niet alleen meer inspraak in de eigen opvoeding en dus meer rechten, maar ook meer plichten.

<sup>1323</sup> M. FREEMAN, "Article 3. The Best Interests of the Child" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS en M. VERHEYDE (eds.), *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, 6-7; zie daarover ook: T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 840-844, 613-615.

van zijn zorgouder.<sup>1324</sup> Deze groeiende autonomie zal geleidelijk aan de bevoegdheden van de zorgouder beperken. Tot zolang evenwel het kind niet bekwaam is om volledig autonoom op te treden behoeft het bescherming van zijn zorgouder. Om die reden is de zorgouder bevoegd om het kind leiding en begeleiding te geven in de uitoefening van zijn rechten (art. 5 IVRK) rekening houdend met diens evoluerende handelingsbekwaamheid.<sup>1325</sup> Zodoende wordt in het IVRK het belang van het kind op autonomie erkend, alsook het belang van het kind op bescherming en begeleiding naar volwassenheid.<sup>1326</sup>

### **AFDELING 1. Doelgebonden recht op (toezicht op) opvoeding en uitoefening van het ouderlijk gezag**

353. Het kind heeft ten aanzien van de zorgouder een doelgebonden recht om verder te kunnen genieten van een opvoeding of van het houden van toezicht op de verstrekte opvoeding, en meer algemeen van de uitoefening van de verkregen ouderlijke rechten en plichten in zijn belang.<sup>1327</sup> Het onderscheid is afhankelijk van de vraag of de ouder die door de zorgouder wordt geholpen met de opvoeding van het kind het ouderlijk gezag uitoefent of niet (cf. nrs. 320 e.v.). De toekenning van dit recht aan het kind kan om de volgende redenen worden verantwoord.

---

<sup>1324</sup> M. COUZENS, "Autonomy rights versus parental autonomy" in A. ALEN, H. BOSLY en M. DE BIE, J. VANDE LANOTTE, e.a. (eds.), *The UN Children's rights Convention: theory meets practice*, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 3, (419) 420; N. PECNIK, "Towards a vision of parenting in the best interests of the child" in *Parenting in contemporary Europe: a positive approach*, Straatsburg, Council of Europe, 2007, (15) 22-23; W. VANDENHOLE, "Het kind en het badwater: de kruisbestuiving van de kinderrechten en mensenrechten" in W. VANDENHOLE (ed.), *Kinderrechten als mensenrechten: een multidisciplinaire verkenning*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (25) 29-30; zie daarover ook: T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 835-839, 610-613.

<sup>1325</sup> Zie onder andere: S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, Den Haag, 1999, 115-116.

<sup>1326</sup> M. COUZENS, "Autonomy rights versus parental autonomy" in A. ALEN, H. BOSLY en M. DE BIE, J. VANDE LANOTTE, e.a. (eds.), *The UN Children's rights Convention: theory meets practice*, Antwerpen, Intersentia, 2007, nrs. 4-6, (419) 421-424; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 844, 615.

<sup>1327</sup> Ook in die zin: S. RAMAEKERS en J. SUISSA, *The claims of parenting. Reasons, responsibility and society*, Dordrecht, 2012, Springer, 109 met verwijzing naar onderzoek van Archard uit 1993.

Vooreerst is dit recht gebaseerd op de artikelen 5, 18 en 27 IVRK die eveneens als grondslag dienen voor de opvoedende plichten van de zorgouder (cf. nrs. 324 e.v. en 329 e.v.). Het recht op (toezicht op de) opvoeding van het kind is met andere woorden een recht *sensu stricto* dat de overeenstemmende plichten in hoofde van de zorgouder afdwingbaar maakt.<sup>1328</sup> Tevens heeft het Comité bij het IVRK inzake art. 5 IVRK uitdrukkelijk overwogen dat de plicht voor personen die zorg dragen voor een kind, zoals zorgouders, om het kind te leiden en begeleiden in de uitoefening van zijn rechten moet worden aangevuld met een complementair recht in hoofde van dat kind.<sup>1329</sup> Bijgevolg is het kind als titularis van het recht een actieve deelnemer in zijn eigen opvoeding.<sup>1330</sup> Ook de Staat kan daarnaast worden aangesproken door het kind wanneer de zorgouder zijn opvoedingsplicht niet vervult. Op de Staat rust immers in de eerste plaats de verplichting om het genot van de Verdragsrechten te waarborgen.<sup>1331</sup>

Bovendien heeft het toenmalige Arbitragehof in zijn arrest van 8 oktober 2003 besloten dat de kinderen die door een derde (i.e. de zorgouder) en hun juridische ouder worden opgevoed, zonder toelaatbare verantwoording verschillend worden behandeld dan de kinderen met twee juridische ouders, aangezien voornoemde kinderen bij scheiding van het paar of overlijden van de ouder het recht op onderhoud en bescherming vanwege deze derde zomaar kunnen verliezen (cf. nrs. 120-129). Dit oordeel

---

<sup>1328</sup> G. KAMCHEDZERA, "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, nr. 45, 26; zie over rechten *sensu stricto*: J. W. SALMOND, *Jurisprudence*, 7th ed., Londen, Stevens and Haynes, 1924, § 70-74, 235-246; zie inzake art. 27 IVRK: E. ASBJORN, "Article 27. The Right to an Adequate Standard of Living" in *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, 1-49.

<sup>1329</sup> CRC Committee, *General Comment no. 7, Implementing Child's Rights in Early Childhood* (UN Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 2006), para. 5, 2-3.

<sup>1330</sup> G. KAMCHEDZERA, "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, nrs. 23-24, 13-14.

<sup>1331</sup> G. KAMCHEDZERA, "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, nrs. 46-55, 26-31.

van het Hof rechtvaardigt bijgevolg dat in het kader van het zorgouderschapstatuut het kind uitdrukkelijk een recht op opvoeding heeft jegens de zorgouder.

Daarnaast toont de rechtsvergelijkende analyse aan dat in alle bestudeerde rechtsstelsels het kind eveneens over een dergelijk recht op opvoeding beschikt ter bescherming van zijn rechtspositie (cf. nrs. 343-344).

Ten slotte is dit recht dienstig voor het belang dat het kind heeft om te worden gesocialiseerd en tot volwassenheid te worden gebracht door de opvoeding die de zorgouder verschaft.<sup>1332</sup> Het recht op (toezicht op de) opvoeding biedt het kind de bescherming die het nodig heeft gelet op zijn kwetsbaarheid die voortvloeit uit zijn afhankelijke positie ten aanzien van de zorgouder.

354. Concreet houdt het recht op opvoeding in dat het kind aanspraak kan maken op dagelijkse zorgen vanwege de zorgouder om tegemoet te komen aan zijn materiële en immateriële behoeften. Het gaat dan onder meer om het verschaffen van medische zorg, de aankoop van eten en kledij, en het kind van en naar school brengen. Dit aspect van het recht op opvoeding correspondeert met de plicht van zorg in hoofde van de zorgouder (cf. nrs. 324-326). Ook heeft het kind het recht om te worden vertegenwoordigd door de zorgouder in dagelijkse opvoedingsbeslissingen die het kind niet zelf kan nemen wegens zijn handelingsonbekwaamheid (cf. nrs. 327-329).

Kan de zorgouder slechts een recht van toezicht en informatie op de opvoeding van het kind uitoefenen, dan heeft het kind recht op de uitoefening van dit beperkte recht in zijn belang.

## **AFDELING 2. Recht op participatie in de opvoeding**

355. Het kind beschikt over een recht om te participeren in zijn eigen opvoeding omwille van de volgende redenen.

---

<sup>1332</sup> Ook in die zin: S. WOLFSON, "Children's rights: the theoretical underpinning of the 'best interests of the child'" in M. FREEMAN en P. VEERMAN (eds.), *The ideologies of children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, (7) 23-24.



Het recht op participatie is allereerst gebaseerd op de artikelen 5 en 12 IVRK die de zorgouder verplichten om de mening van het kind in overweging te nemen bij het besluitvormingsproces van opvoedingsbeslissingen, en vervolgens daaraan een passend belang te hechten.<sup>1333</sup> Dit recht is een recht *sensu stricto* dat bijgevolg de overeenstemmende plicht in hoofde van de zorgouder afdwingbaar maakt (cf. nr. 296).<sup>1334</sup> Ook op de Belgische Staat rust krachtens deze bepalingen de verplichting om het genot van het recht op participatie voor het kind te verzekeren.<sup>1335</sup>

Bovendien toont de rechtsvergelijkende analyse aan dat ook in alle bestudeerde rechtsstelsels het kind op meerdere wijzen participeert in zijn eigen opvoeding (cf. nrs. 345 e.v.).

Ten slotte wordt met het recht op participatie uitdrukking gegeven aan de autonomie van het kind.<sup>1336</sup> Deze autonomie neemt toe naarmate het kind ouder wordt. Via het recht op participatie wordt zodoende een evenwicht tot stand gebracht met het beschermingsbeginsel zoals veruitwendigd in het doelgebonden recht op (toezicht op) opvoeding en uitoefening van de ouderlijke bevoegdheden in zijn belang.

---

<sup>1333</sup> M. COUZENS, "Autonomy rights versus parental autonomy" in A. ALEN, H. BOSLY en M. DE BIE, J. VANDE LANOTTE, e.a. (eds.), *The UN Children's rights Convention: theory meets practice*, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 3, (419) 420.

<sup>1334</sup> G. KAMCHEDZERA, "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, nr. 45, 26; zie ook C. MAES, "Rechten van het kind ... en verder" in *Kinderrechtengids - Deel I: commentaren*, (1) 14-15: Deze auteur spreekt van 'emancipatorisch opvoeden'; zie over de verhouding recht en plicht: J. W. SALMOND, *Jurisprudence*, 7th ed., Londen, Stevens and Haynes, 1924, § 70 - § 74, 235-246.

<sup>1335</sup> G. KAMCHEDZERA, "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, nrs. 46-55, 26-31.

<sup>1336</sup> E. DE KEZEL, "Het begrip 'het belang van het kind'", *RW* 1998-99, nr. 9, (1163) 1165; G. KAMCHEDZERA, "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, nr. 24, 14; S. WOLFSON, "Children's rights: the theoretical underpinning of the 'best interests of the child'" in M. FREEMAN en P. VEERMAN (eds.), *The ideologies of children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, (7) 23.

356. Het recht van het kind op participatie in zijn opvoeding ten aanzien van de zorgouder wordt op dezelfde wijze ingevuld als ten aanzien van zijn adoptieve of oorspronkelijk ouders.<sup>1337</sup> Bijgevolg heeft het kind het recht om zijn mening te kennen te geven over zaken die op hem betrekking hebben, en moet een passend belang worden gehecht aan zijn mening overeenkomstig zijn leeftijd en maturiteit. Ook heeft het kind het recht ten aanzien van de zorgouder om sommige rechtshandelingen alleen te verrichten, zij het vanaf een bepaalde leeftijd<sup>1338</sup> of door hun zeer persoonlijk<sup>1339</sup>, dagelijks<sup>1340</sup> of patrimoniaal bewarende karakter.<sup>1341</sup> Eveneens heeft het kind ten aanzien van de zorgouder het recht om bepaalde rechtshandelingen zelfstandig te verrichten mits bijstand, instemming of behoudens verzet van zijn ouder als wettelijke vertegenwoordiger.<sup>1342</sup> Meer algemeen kan worden besloten dat naarmate het kind ouder wordt het een sterker recht krijgt om zijn persoonlijkheids- en grondrechten zelfstandig uit te oefenen.<sup>1343</sup> Daarnaast heeft het kind het recht om te worden gehoord in gerechtelijke procedures overeenkomstig art. 1004/1 Ger.W.<sup>1344</sup>

### **AFDELING 3. Recht op levensonderhoud vanwege de zorgouder**

357. Indien de zorgouder onderhoudsplichtig is jegens het kind dat hij opvoedt, heeft het kind binnen de grenzen van deze plicht een overeenstemmend recht op levensonderhoud (cf. nr. 296).<sup>1345</sup> Dit recht vloeit voort uit art. 27 IVRK en kadert in de beschermingsgedachte van het

---

<sup>1337</sup> Zie ook in die zin: Adv. RvS., nr. 67, 76 (cf. nr. 130 e.v.).

<sup>1338</sup> Bijvoorbeeld opmaak van een testament (art. 904 BW).

<sup>1339</sup> Bijvoorbeeld de erkenning van een kind.

<sup>1340</sup> Bijvoorbeeld de aankoop van een brood of een boek.

<sup>1341</sup> Bijvoorbeeld een spaarboekje openen.

<sup>1342</sup> bijvoorbeeld is bijstand van de ouder vereist voor het sluiten van een huwelijkscontract (art. 1397, eerste lid BW).

<sup>1343</sup> Zie onder andere: P. SENAEVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1333, 400.

<sup>1344</sup> Zie onder andere: P. SENAEVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1498-1504; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 802-811, 356-360.

<sup>1345</sup> J. W. SALMOND, *Jurisprudence*, 7th ed., Londen, Stevens and Haynes, 1924, § 70 - § 74, 235-246.

kind.<sup>1346</sup> Krachtens dit recht kan het kind de zorgouder in subsidiaire orde aanspreken voor de betaling van de onderhouds- en opvoedingskosten waaraan de ouders niet kunnen voldoen overeenkomstig hun eigen levensstandaard (cf. nrs. 330-332).

#### **AFDELING 4. Plicht tot respect ten aanzien van de zorgouder**

358. Het kind heeft ten aanzien van de zorgouder een plicht tot respect. Deze plicht geeft uiting aan het beschermingsbeginsel en houdt in dat het kind de bevoegdheden die de zorgouder uitoefent krachtens het statuut, en meer algemeen diens belangen, in acht moet nemen en desgevallend zijn eigen belangen moet achterstellen. Het kind zal met andere woorden zich desgevallend moeten neerleggen bij bepaalde opvoedingsbeslissingen die de zorgouder neemt, voor zover althans de zorgouder rekening heeft gehouden met de mening van het kind overeenkomstig diens leeftijd en maturiteit. Zodoende stelt de plicht tot respect ten aanzien van de zorgouder grenzen aan de groeiende autonomie van het kind in het kader van de participatie in zijn eigen opvoeding,<sup>1347</sup> en wordt een evenwicht tot stand gebracht tussen het autonomie- en beschermingsbeginsel.<sup>1348</sup> Tevens bestaat in alle bestudeerde buitenlandse rechtstelsels een plicht tot respect in hoofde van het kind ten aanzien van zijn zorgouder (cf. nr. 350) waaruit een recht voortvloeit voor de zorgouder om met respect te worden behandeld door het kind (cf. nr. 296).

Binnen de verhouding tussen de zorgouder en het kind vloeit de plicht tot respect naar analogie met de verhouding tussen de ouders en het kind, voort uit art. 371 BW. Evenwel is de betekenis van deze bepaling thans eerder symbolisch van aard nu volgens het Hof van Cassatie een meerderjarig of ouder minderjarig kind zijn recht op onderhoud vanwege zijn

---

<sup>1346</sup> E. ASBJORN, "Article 27. The Right to an Adequate Standard of Living" in *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, nr. 5, 2.

<sup>1347</sup> P. SENAEVE, "Art. 371" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 1 december 1987).

<sup>1348</sup> Zie in die zin: Memorie van Antwoord, TK 1993-94, 23012/5, 5-6.

ouders niet verliest bij een gebrek aan respect voor hen.<sup>1349</sup> Deze beslissing kan worden betreurd aangezien ze elke vorm van verantwoordelijkheidszin in hoofde van het kind ten aanzien van zijn ouders resp. zorgouder wegneemt, nu een sanctionering van diens niet-naleving van de plicht tot respect bij de uitoefening van het ouderlijk gezag onmogelijk is geworden.<sup>1350</sup> Bijgevolg heeft het kind alleen rechten en slechts een symbolische plicht tot respect ten aanzien van zijn ouders resp. zorgouder. Het uit deze plicht voortvloeiende recht voor de zorgouder om met respect te worden behandeld is met andere woorden eveneens eerder symbolisch van aard want niet afdwingbaar in rechte (cf. nr. 296).<sup>1351</sup>

#### **TITEL 4. Conventionele wijzigbaarheid van het statuut**

359. In deze titel wordt onderzocht of het zorgouderschapstatuut kan worden gewijzigd, en zo ja op welke manier wijzigingen kunnen worden aangebracht en wat de draagwijdte van deze wijzigingen dan kan zijn. Teneinde een antwoord op deze vragen te kunnen bieden wordt eerst een rechtsvergelijkende analyse uitgevoerd (hoofdstuk 1), zodat vervolgens mede op basis van deze analyse een voorstel kan worden geformuleerd voor het zorgouderschapstatuut *de lege ferenda* (hoofdstuk 2).

##### **HOOFDSTUK 1. Rechtsvergelijkende analyse**

360. Uit de rechtsvergelijkende analyse vloeit voort dat in alle bestudeerde rechtsstelsels wijzigingen kunnen worden aangebracht aan het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag. Deze vaststelling is te verklaren vanuit het evoluerende karakter van het ouderlijk gezag. Twee types kunnen worden onderscheiden. In een eerste type is steeds een rechterlijke tussenkomst vereist en is elke vorm van conventionele wijziging

---

<sup>1349</sup> Cass. 3 juni 2010, *T.Fam.* 2011, 101, noot F. DENISSEN, *RW* 2010-11, noot F. SWENNEN.

<sup>1350</sup> In het erfrecht daarentegen kan respectloos gedrag van het kind ten aanzien van zijn ouders wel nog gesanctioneerd worden via de gronden van erfonwaardigheid in art. 727 BW.

<sup>1351</sup> J. W. SALMOND, *Jurisprudence*, 7th ed., Londen, Stevens and Haynes, 1924, § 70 - § 74, 235-246.

uitgesloten (afdeling 1). In een tweede type kan het statuut worden gewijzigd door de ouders en/of de zorgouder, alsook door de rechter (afdeling 2).

### **AFDELING 1. Eerste type: rechterlijke tussenkomst**

361. Voor wijzigingen aan het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag in Nederland, Engeland en Frankrijk is steeds een rechterlijke tussenkomst vereist. Deze rechterlijke tussenkomst kan worden verklaard doordat de verkrijging van het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag eveneens via de rechter is gebeurd, zij het via een rechterlijke uitspraak (Nederland, *orders* in Engeland, Frankrijk) of via een registratie van de overeenkomst met vermelding van de zegel van de rechtbank (*PRA* in Engeland). Aangezien de partijen zelf geen wijzigingen kunnen aanbrengen aan een rechterlijke uitspraak of een overeenkomst bekleed met de zegel van de rechtbank, moet de rechter verplicht tussenkomen.

Zo kan de rechter in Nederland de gezamenlijke uitoefening van het gezag door de ouder en zorgouder beëindigen door het te wijzigen in een eenhoofdige uitoefening van het gezag door een van hen. Ingevolge art. 1:253n NBW is een wijzigingsverzoek maar ontvankelijk voor zover het gerechtvaardigd wordt door gewijzigde omstandigheden of doordat de beslissing van destijds tot toekenning van het gezamenlijk gezag uitging van foute of onvolledige gegevens (art. 1:253v, derde lid NBW *juncto* art. 1:253n NBW). Bovendien zal de rechter maar een wijziging toestaan als het kind verloren of klem dreigt te raken in de bestaande opvoedingssituatie. Zowel de ouder, de zorgouder of beiden samen kunnen de rechter verzoeken om een wijziging van het gezamenlijk gezag.<sup>1352</sup>

Ook de rechter in Engeland kan de uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de zorgouder beperken en als dusdanig wijzigen door

---

<sup>1352</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253v NBW, aant. 5 (actueel tot en met 1 november 2014); M. J. C. KOENS, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:253v NBW (actueel tot en met 1 juli 2017); E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius* 139, Deventer, Kluwer, 2008, 62; S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 131, 235-236.

een 'order to consult' op te leggen (s 8 CA 1989 – cf. nr. 301). Een alleenoptredende zorgouder mag immers niet handelen in strijd met door de rechtbank opgelegde orders (s 2(8) CA 1989).<sup>1353</sup> Krachtens een 'order to consult' is de zorgouder dan verplicht om voor de daarin opgesomde handelingen voorafgaandelijk de andere titularissen van het ouderlijk gezag te consulteren.<sup>1354</sup> Onder andere de ouders en de zorgouder voor zover aan bepaalde voorwaarden voldaan is, kunnen verzoeken om een dergelijke order (s 10 CA 1989).

In Frankrijk geldt een gelijkaardige regeling als in Nederland. Wensen de ouders en zorgouder de (gedeelde) overdracht te wijzigen dan moeten zij de rechter daarom verzoeken krachtens art. 377-2 Cc.<sup>1355</sup> Aangezien krachtens deze bepaling de ouders zich tot de rechter kunnen wenden om de overdracht te laten beëindigen (cf. nr. 389), kan worden aangenomen dat ze *a fortiori* als titularissen van het gezag om een wijziging van de overdracht kunnen verzoeken. Hoewel de wet niet uitdrukkelijk vereist dat de zorgouder optreedt bij de indiening van het verzoek, is het desalniettemin raadzaam om dit toch te doen. Zoals bij de aanvankelijke overdracht blijkt daaruit immers dat de ouders en de zorgouder allen akkoord zijn over de voorgestelde wijziging.<sup>1356</sup> De rechter zal de (gedeelde) overdracht slechts wijzigen voor zover deze wijziging gerechtvaardigd is op grond van nieuwe omstandigheden (FR: '*circonstances nouvelles*') en niet in strijd is met het belang van het kind (art. 377-2, eerste lid Cc *juncto* art. 373-2-11 Cc en art. 377, eerste lid Cc). De wijziging die door de rechter wordt uitgesproken kan voor de zorgouder een uitbreiding of beperking van de uitoefening van het ouderlijk gezag inhouden, afhankelijk van welke ouderlijke rechten en plichten worden overgedragen aan hem.

---

<sup>1353</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 419; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 393.

<sup>1354</sup> J. M. SCHERPE, *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 111-112, zie ook in die zin: S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 421; S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT, "Introduction: parental responsibility – law, issues and themes" in S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford, Hart Publishing, 2009, (1) 14-15.

<sup>1355</sup> Het kan ook gaan om een gedwongen overdracht.

<sup>1356</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 78.

## **AFDELING 2. Tweede type: eenzijdige, conventionele of rechterlijke wijziging**

362. In Duitsland kan krachtens een letterlijke lezing van § 1687b(3) BGB in beginsel uitsluitend de rechter het *Mitsorgerecht* van de zorgouder wijzigen. Evenwel wordt in de rechtsleer aangenomen dat ook de ouder die gehuwd is of een geregistreerd partnerschap is aangegaan met de zorgouder diens *Mitsorgerecht* kan wijzigen naar analogie met de regeling voor niet-samenwonende ouders die gezamenlijk het gezag uitoefenen in § 1687(2) BGB en naar analogie met de regeling voor pleegzorgers in § 1688(3) BGB.<sup>1357</sup> In § 1687(2) BGB wordt uitsluitend melding gemaakt van een rechterlijk ingrijpen om het gezag te wijzigen. Niettegenstaande wordt aangenomen dat ouders onderling een afwijkende regeling kunnen treffen krachtens hun grondwettelijk beschermde beslissingsbevoegdheid.<sup>1358</sup> In het kader van pleegzorg is deze mogelijkheid voor ouders zelfs uitdrukkelijk in § 1688(3) BGB opgenomen.<sup>1359</sup>

Het feit dat ook in de voor het *Mitsorgerecht* een afwijkende regeling kan worden overeengekomen, kan worden verklaard doordat de zorgouder het *Mitsorgerecht* verkregen heeft krachtens de wet, en niet via de rechter. Bijgevolg is een rechterlijke tussenkomst niet noodzakelijk om een wijziging te bekomen. Bovendien heeft het *Mitsorgerecht* betrekking op de uitoefening van het ouderlijk gezag, waarbij voor regelingen dienaangaande de autonomie van de ouders (D: '*Elternautonomie*') het uitgangspunt vormt.<sup>1360</sup> Bijgevolg kan het *Mitsorgerecht* door de ouder worden gewijzigd, *eventueel* in overeenstemming met de zorgouder. De ouder beschikt als titularis

---

<sup>1357</sup> D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2005, (761) 767; J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 7, 864; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 71; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 12.1.

<sup>1358</sup> *a contrario*: L. SALGO, "§ 1687b BGB" in *Staudinger BGB IV §§ 1684-1717*, Berlijn, Sellier, 2006, nr. 19, (361) 371: volgens deze auteur is steeds een rechterlijke tussenkomst vereist.

<sup>1359</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 16, 867; *Palandt*, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1688 BGB, nr. 13, 1980.

<sup>1360</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 11, 827-828; nrs. 63-65, 846-847.

immers over de primaire beslissingsbevoegdheid en de zorgouder moet om die reden het *Mitsorgerecht* in overeenstemming (D: 'im Einvernehmen') met de ouder uitoefenen.<sup>1361</sup> Op de ouder rust dienaangaande de bewijslast.<sup>1362</sup> Ook de zorgouder kan wijzigingen aanbrengen aan het *Mitsorgerecht* in overeenstemming met de ouder. De zorgouder beschikt immers over de *bevoegdheid* om mee de dagelijkse verzorging van het kind waar te nemen. Bijgevolg kan hij afspraken maken met de ouder over de specifieke draagwijdte van zijn *Mitsorgerecht*.<sup>1363</sup> Zowel de ouder als de zorgouder kunnen met andere woorden het *Mitsorgerecht* uitsluiten (cf. nr. 390), verder modaliseren, maar geenszins uitbreiden.<sup>1364</sup>

## **HOOFDSTUK 2.           Zorgouderschapsstatuut – de lege ferenda**

363. In dit proefschrift wordt verdedigd dat de zorgouder en de ouder(s) het statuut kunnen wijzigen van bij de verkrijging ervan of nadien. Hierna wordt eerst deze mogelijkheid gerechtvaardigd (afdeling 1), zodat vervolgens kan worden toegelicht welke vereisten de zorgouder en de ouder(s) moeten naleven om rechtsgeldig wijzigingen aan het statuut aan te brengen (afdeling 2).

### **AFDELING 1.   Verantwoording**

364. Vooreerst kan door conventionele wijzigingen een statuut op maat worden gecreëerd voor de zorgouder en het kind van bij de verkrijging ervan. Op deze manier kan rekening worden gehouden met de aard en

---

<sup>1361</sup> D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2005, (761) 768; J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 8, 752.

<sup>1362</sup> Palandt, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1688 BGB, nr. 13, 1980.

<sup>1363</sup> D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2005, (761) 768; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 12.1.

<sup>1364</sup> D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2005, (761) 767-768; J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 7, 864 en nrs. 5 en 8, 751-752; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 71; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nrs. 12-12.1.



intensiteit van de tussen hen bestaande banden van familielevens. Zoals blijkt uit de rechtspraakanalyse van het EHRM kan de aard en intensiteit van deze banden immers verschillen van opvoedingssituatie tot opvoedingssituatie, waardoor een zekere elasticiteit in het statuut gerechtvaardigd is (cf. nrs. 99 en 324).

Bovendien kadert de mogelijkheid tot wijziging van het statuut in de steeds verdergaande erkenning van de wilsautonomie van individuen binnen het familierecht (cf. nr. 270).<sup>1365</sup> Deze wilsautonomie vindt zijn oorsprong in de opkomst van de mensenrechten en in het individualisme dat de huidige maatschappij kenmerkt.<sup>1366</sup> Een recent voorbeeld van deze trend in het Belgische recht vormt de Wet Pleegzorg (cf. nrs. 31-39). Krachtens deze wet kunnen ouders en pleegzorgers voortaan via een schriftelijke overeenkomst aan de pleegzorgers de bevoegdheid delegeren om de goederen van het kind te beheren en fundamentele opvoedingsbeslissingen te nemen, en dit buiten de situatie van een dringende noodzakelijkheid (art. 387<sup>septies</sup> BW). Ook bij de reeds bestaande gezagsinstellingen is ruimte voor de wilsautonomie van de partijen.<sup>1367</sup> Zo heeft de pleegvoogdij een contractuele grondslag (art. 475<sup>ter</sup> BW - cf. nrs. 15-16) en kunnen oorspronkelijke of adoptieve ouders die niet samenleven een conventionele regeling uitwerken over de wijze waarop ze het ouderlijk gezag zullen uitoefenen (art. 374, § 1 BW). Aangezien ook een zorgouder de uitoefening van het ouderlijk gezag verkrijgt, kan een gelijkaardige regeling naar analogie worden toegepast.

Verder is de opvoeding van een kind geen statisch, maar een dynamisch gegeven dat voortdurend evolueert conform de behoeftes van het kind. Bijgevolg moet het statuut in hoofde van de zorgouder kunnen

---

<sup>1365</sup> F. SWENNEN, "Contractualisation of family law", *Familie & Recht* 2013, juli-september, DOI: 10.5553/FenR/.000008; F. SWENNEN (ed.), *Contractualisation of family law - Global perspectives*, Springer, 2015, 372p; zie daarover uitgebreid: S. MATTHÉ, *Familierecht als verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2016, 517p.

<sup>1366</sup> J.-L. RENCHON, "Le droit de la personne et de la famille: de l'indisponibilité à l'autodétermination?" in D. HEIRBAUT en G. MARTYN (eds.), *Napoleons Nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België*, Mechelen, Kluwer, 2005, 99 e.v. zie specifiek 114-121 met voorbeelden; J.-L. RENCHON, "Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille" in A. WIJFFELS (eds.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Brussel, Bruylant, 2005, 269 e.v., zie vnl. nrs. 23-31 met voorbeelden vanaf nrs. 32 e.v.

<sup>1367</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS. cf. nr. 130 e.v.

evolueren teneinde te voorkomen dat het na verloop van tijd niet meer dienstig zou zijn voor de opvoeding van het kind.

Ten slotte blijkt uit de rechtsvergelijkende analyse dat ook in alle bestudeerde rechtsstelsels het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de zorgouder kan worden gewijzigd via de rechter of via overeenkomst (cf. nrs. 361-362).

## **AFDELING 2. Procedurele voorwaarden**

365. Opdat het zorgouderschapsstatuut kan worden gewijzigd moeten de zorgouder en ouder(s) een schriftelijke overeenkomst tot wijziging van het statuut sluiten die verplicht een aantal gegevens moet bevatten (§ 1). Deze overeenkomst kan slechts uitwerking hebben voor zover ze nadien door de rechter wordt gehomologeerd (§ 2).

### **§ 1. Overeenkomst**

366. De keuze voor een conventionele wijziging van het statuut door de zorgouder en de ouder(s) kan om de volgende redenen worden verantwoord.

Allereerst laat een overeenkomst toe om een statuut op maat te maken voor de zorgouder rekening houdend met de specifieke omstandigheden van de opvoedingssituatie en de noden van het kind, waarvan kan worden aangenomen dat deze het best gekend zijn door de betrokkenen zelf. Op die manier wordt tegemoet gekomen aan de verscheidenheid aan opvoedingssituaties die onmogelijk allemaal met één wettelijk statuut kunnen worden omkaderd.<sup>1368</sup> De zorgouder en ouder(s) kunnen zelf de wijzigingen invullen aangezien zij degene zijn die geconfronteerd worden met het evolutieve karakter van de opvoeding van het kind. Er kan immers worden aangenomen dat hoe meer de ouder(s) en de zorgouder betrokken worden in het aanbrengen van wijzigingen, hoe beter het statuut zal functioneren.

---

<sup>1368</sup> Zie ook in die zin: rapport THÉRY, 2014, 21; S. CAP en J. SOSSON, "La place juridique du tiers au lien de filiation" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 36, (267) 308-309.

Bovendien toont de rechtsvergelijkende analyse aan dat ook in Duitsland de ouder, eventueel in samenspraak met de zorgouder, de uitoefening van diens *Mitsorgerecht* kan wijzigen (cf. nr. 362). Een rechterlijke tussenkomst is niet vereist omdat de uitoefening van het gezag van rechtswege werd verkregen. Aangezien ook het zorgouderschapstatuut in beginsel niet via de rechter wordt toegekend maar via een zorgouderschapverklaring, kan eveneens een conventionele wijziging van het statuut worden verdedigd.

A. Schriftelijk karakter

367. De overeenkomst gesloten tussen de zorgouder en de ouder(s) tot wijziging van het zorgouderschapstatuut moet een schriftelijke vorm aannemen. Een schriftelijke overeenkomst is aangewezen als bewijsmiddel voor de aangebrachte wijzigingen aan het statuut, alsook voor de werking en omvang van het statuut naar derden toe. Bovendien wordt in de reeds bestaande rechtsfiguren van ouderlijk gezag en pleegvoogdij eveneens bij geschrift uitdrukking gegeven aan de wilsautonomie van de ouders.<sup>1369</sup> Zo moeten de oorspronkelijke of adoptieve ouders in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming in de familierechtelijke overeenkomst de wijze van uitoefening van het ouderlijk gezag regelen (art. 1288 Ger. W.), en is de pleegvoogdijovereenkomst ook schriftelijk van aard (art. 475<sup>ter</sup> BW). Niet vereist is dat de schriftelijke overeenkomst in notariële vorm wordt opgesteld. Een onderhandse overeenkomst volstaat. Ook in het kader van de conventionele delegatie van bevoegdheden aan de pleegzorger wordt immers gebruik gemaakt van een onderhandse overeenkomst (cf. nr. 34), en ook de familierechtelijke overeenkomst in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 1288 Ger.W.) kan in een onderhandse akte worden vastgelegd.<sup>1370</sup> Het feit dat de pleegvoogdijovereenkomst daarentegen wel in een authentieke akte opgesteld door de notaris of de vrederechter moet worden opgenomen, kan

---

<sup>1369</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS. cf. nrs. 130 e.v.

<sup>1370</sup> zie onder andere: P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 278-287, 621-624; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 611, 362-363 en nr. 615, 365; G. VERSCHELDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 1982-1984, 876-877.

worden verklaard vanuit de adoptiecontext waarin deze rechtsfiguur oorspronkelijk werd aangewend (cf. nrs. 15 en 17).

#### B. Partijen

368. Dezelfde personen die ter verkrijging van het statuut een zorgouderschapsverklaring hebben afgelegd of die bij onenigheid zijn verschenen voor de rechter, zijn partij bij de overeenkomst tot wijziging van het statuut om dezelfde redenen als voormeld (cf. nrs. 275-276). Ingevolge de wijziging van het statuut verkrijgt de zorgouder immers als het ware een nieuw statuut. Bijgevolg treden de zorgouder en de ouders van het kind die titularis zijn van het ouderlijk gezag op als partij bij de overeenkomst.

#### C. Inhoud

369. De overeenkomst tot wijziging van het zorgouderschapsstatuut moet een verplicht aantal gegevens bevatten (i). De zorgouder en de ouder(s) kunnen vervolgens in de overeenkomst zowel een uitbreiding (ii) als een modalisering (iii) van het statuut opnemen.

##### *i. Verplichte gegevens*

370. In de overeenkomst tot wijziging van het zorgouderschapsstatuut moeten de naam- en voornamen, plaats van geboorte, datum van geboorte en woonplaats van het kind, de zorgouder en de juridische ouder(s) worden vermeld, alsook de voorgestelde wijzigingen en de reden voor deze wijzigingen. Omwille van transparantie en eenvormigheid wordt zoals bij de zorgouderschapsverklaring (cf. nr. 277) bij KB een modelovereenkomst ter beschikking gesteld waarop deze gegevens moeten worden ingevuld.

Het geheel van deze gegevens is noodzakelijk voor de rechter om in het kader van de homologatieprocedure een opportuniteits- en legaliteitscontrole te kunnen doorvoeren (cf. nrs. 380-381). Aan de hand van de verschaft informatie kan de rechter zich immers een beeld vormen van de concrete opvoedingsomstandigheden zodat hij kan oordelen of een wijziging van het statuut de opvoeding van het kind ten goede komt.

ii. *Uitbreiding*

a. *Recht van materiële bewaring*

371. De zorgouder en de ouder(s) kunnen overeenkomen om aan de zorgouder de uitoefening van het recht van materiële bewaring over het kind toe te kennen.<sup>1371</sup> De mogelijkheid om dit recht toe te kennen kan op een aantal gronden worden verantwoord.

Zo toont de rechtsvergelijkende analyse aan dat ook in rechtsstelsels waar de zorgouder slechts de uitoefening van het ouderlijk gezag verkrijgt, hij desgevallend het kind toch op een voortdurende wijze bij zich kan hebben. In Frankrijk is dit mogelijk wanneer het recht van materiële bewaring aan de zorgouder werd overgedragen of met hem werd gedeeld (cf. nr. 312). In Duitsland kan de rechter middels een *Verbleibensanordnung* beslissen om het kind bij de zorgouder te laten verblijven na het overlijden van zijn ouder (§ 1682 BGB). Op deze manier kan worden voorkomen dat de tweede ouder de afgifte van het kind eist (cf. nr. 385).

Tevens moet bij de uitwerking van een regeling voor zorgouders rekening worden gehouden met de reeds bestaande gezagsinstellingen en de aldaar van kracht zijnde bepalingen.<sup>1372</sup> Zo oefenen de voogd en de provoogd indien de ouder uit dit recht ontzet werd, het recht van materiële bewaring uit krachtens art. 405, § 1 BW resp. art. 34, eerste lid Jeugdbeschermingswet (cf. nrs. 20 en 26). In beide gezagsinstellingen wordt de ouder immers vervangen door een voogd of provoogd die voortaan het kind verder naar de volwassenheid zal begeleiden. Eenzelfde vaststelling geldt in het kader van adoptie doordat de oorspronkelijke afstammingsband wordt vervangen door een adoptieve afstammingsband (cf. nr. 10). Ook de pleegvoogd oefent het recht van materiële bewaring uit voor zover het kind bij hem zijn verblijfplaats heeft (art. 475<sup>quater</sup>, tweede lid BW - cf. nr. 16). Het gaat met andere woorden om een conditioneel recht van materiële bewaring, waarbij de pleegvoogd de ouders vervangt. Eenzelfde vervangende logica geldt niet in het zorgouderschapsstatuut waar de ouder en zorgouder gezamenlijk het gezag uitoefenen en een eventuele tweede

---

<sup>1371</sup> Zie voor de verschillende in de rechtsleer gehanteerde begrippen nr. 325.

<sup>1372</sup> Adv. RvS., nrs. 81 e.v., 83 e.v. (cf. nr. 130 e.v.).

ouder eveneens titularis van het ouderlijk gezag blijft. Hoewel deze vaststelling geenszins verhindert dat de zorgouder een recht van materiële bewaring kan uitoefenen, gelet op onder meer de intensiteit van zijn banden van familieleven met het kind (cf. nr. 364), noopt ze er wel toe te voorkomen dat door de toekenning van dit recht aan de zorgouder een kind met twee ouders en een of twee zorgouders op meer dan twee plaatsen moet verblijven. Ook in het huidige recht kan een kind maar maximaal op twee plaatsen verblijven volgens een gelijkmatig of een ongelijkmatig verdeeld verblijf (art. 374, § 1, tweede en vijfde lid BW).<sup>1373</sup> Bovendien mag bij de uitwerking van een statuut voor zorgouders geen afbreuk worden gedaan aan de rechten van de andere ouder die niet wordt geholpen door de zorgouder.<sup>1374</sup>

372. Krachtens het recht van materiële bewaring kan de zorgouder het kind op permanente wijze bij zich hebben en desgevallend zijn afgifte vorderen jegens derden.<sup>1375</sup> Om de voormelde redenen wordt in dit proefschrift voorgesteld dat het recht van materiële bewaring slechts aan de zorgouder kan toekomen voor zover hij samenwoont met een ouder die eveneens over een recht van materiële bewaring beschikt. Zodoende versterkt de toekenning van het recht van materiële bewaring de bestaande feitelijke situatie, wat zowel het belang van het kind als het belang van de ouder en zorgouder ten goede komt. Bovendien wordt op die manier de primaire rol van de ouder in de opvoeding van het kind benadrukt en kan een uitoefening van het recht van materiële bewaring van het kind door de zorgouder niet tot gevolg hebben dat het kind op een andere plaats verblijft dan de woonplaats van de ouder. Concreet kunnen zich de volgende situaties voordoen.

Ofwel woont de zorgouder samen met een ouder die gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefent met een andere ouder. In dat geval wordt door de toekenning van een recht van materiële bewaring aan de zorgouder, geen afbreuk gedaan aan de rechten van deze andere ouder die eveneens nog

---

<sup>1373</sup> Adv. RvS., nrs. 81 e.v., 83 e.v. (cf. nr. 130 e.v.).

<sup>1374</sup> Adv. RvS., nrs. 77-79, 80-82. (cf. nr. 130 e.v.).

<sup>1375</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1144; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 815, 362.

over een recht van materiële bewaring beschikt. Oefent de zorgouder het recht van materiële bewaring uit dan heeft dit hetzelfde gevolg als zou de ouder met wie hij samenwoont dit recht uitoefenen.

Ofwel woont de zorgouder samen met een ouder die op exclusieve wijze het ouderlijk gezag uitoefent. In een dergelijke situatie wordt evenmin afbreuk gedaan aan de rechten van de andere ouder. Is deze ouder immers overleden, afwezig verklaard of verkeert hij in de onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen, dan rijst geen probleem. Maar ook wanneer deze ouder ontzet is van het ouderlijk gezag rijst geen probleem aangezien hij een principieel recht op persoonlijk contact behoudt (art. 33, tweede lid Jeugdbeschermingswet).<sup>1376</sup> Dit recht behoudt de ouder eveneens wanneer hij slechts beschikt over een recht van toezicht en informatie over de opvoeding van het kind.

*b. Recht van beheer over de goederen van het kind*

373. De zorgouder en de ouder(s) van het kind kunnen overeenkomen om de uitoefening van het recht van beheer over de goederen van het kind aan de zorgouder toe te kennen. Deze mogelijkheid kan zowel de belangen van het kind als de belangen van de ouder dienen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het kind een groot vermogen bezit dat zijn ouder alleen niet terdege kan beheren met de nodige geldelijke verliezen tot gevolg. In deze context hebben zowel het kind als de ouder baat bij hulp van de zorgouder in het beheer van de goederen.

Tevens kan de toekenning van de uitoefening van het recht van beheer worden gerechtvaardigd vanuit de reeds bestaande gezagsinstellingen die in acht moeten worden genomen bij de uitwerking van het zorgouderschapstatuut.<sup>1377</sup> Zo kunnen adoptanten, voogden, pleegvoogden en provoogden allen de goederen beheren van het kind dat ze opvoeden (cf. nrs. 10, 16, 20 en 26) omdat ze diens juridische ouder vervangen. Niettegenstaande een dergelijke vervangende logica ontbreekt bij het zorgouderschapstatuut, kan voornamelijk - omwille van de

---

<sup>1376</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 2258-2261.

<sup>1377</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS. (cf. nr. 130 e.v.).

verschillende intensiteit van de banden van familielevens tussen zorgouder en kind (cf. nr. 364) - worden verdedigd dat de uitoefening van het recht van beheer ook aan de zorgouder moet kunnen toekomen. Wel moet bij de uitwerking van een regeling voor zorgouders worden vermeden dat eenduidigheid binnen het beheer van de goederen zoekraakt. Ook in de regeling van het ouderlijk gezag *de lege lata* kunnen de goederen van het kind maar door de twee titularissen van het gezag worden beheerd die voorafgaandelijk overleg dienen te plegen voor zover ze gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen (art. 376, eerste lid BW). Bovendien mag geen afbreuk worden gedaan aan de rechten van de andere ouder die niet wordt geholpen door de zorgouder.<sup>1378</sup>

374. Krachtens het recht van beheer kan de zorgouder daden van beheer stellen (inclusief daden van bewaring) met betrekking tot de goederen van het kind, zoals bijvoorbeeld schuldvorderingen innen.<sup>1379</sup> Het recht van beheer omvat evenwel geen daden van beschikking aangezien de zorgouder niet het recht bezit om het kind op algemene wijze te vertegenwoordigen (cf. nrs. 327-329). Dit recht blijft voorbehouden aan de ouders als titularissen van het ouderlijk gezag.

Om de voornoemde redenen wordt in dit proefschrift voorgesteld dat de zorgouder het recht van beheer slechts kan uitoefenen wanneer de ouder die hij helpt het kind op te voeden, op exclusieve wijze het gezag uitoefent. Op die manier wordt geen afbreuk gedaan aan de rechten van een eventuele tweede ouder. Is deze tweede ouder immers ontzet van het ouderlijk gezag of oefent hij slechts een recht van toezicht en informatie uit, dan is hij niet bevoegd om de goederen van het kind te beheren.

375. De zorgouder en de ouder die hij helpt het kind op te voeden beheren samen de goederen van het kind naar analogie met de huidige regeling van het ouderlijk gezag in art. 376, eerste lid BW. Bijgevolg moeten ze in hun onderlinge verhouding eerst overleg plegen alvorens een daad van

---

<sup>1378</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS., nrs. 77-79, 80-82 (cf. nr. 130 e.v.).

<sup>1379</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1147; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 834, 509; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 842, 373-374.



beheer te stellen. Rijst een conflict over een voorgenomen of reeds gestelde daad van beheer dan kan de ouder of zorgouder zich tot de familierechtbank wenden.<sup>1380</sup> Ten aanzien van derden te goeder trouw geldt een vermoeden van instemming naar analogie met art. 376, tweede lid BW. Krachtens dit vermoeden kunnen de zorgouder en de ouder bijgevolg alleen daden van beheer (en van bewaring) stellen.<sup>1381</sup>

c. *Onderhoudsplicht*

376. De zorgouder en ouders kunnen de subsidiaire onderhoudsplicht van de zorgouder uitbreiden en wijzigen in een primaire onderhoudsplicht. Deze mogelijkheid tot uitbreiding van de onderhoudsplicht in hoofde van de zorgouder vormt een veruitwendiging van het algemene beginsel dat een onderhoudsplicht steeds conventioneel kan worden overeengekomen. De uitgebreide onderhoudsplicht wordt verder beheerst door de regels van het verbintenissenrecht.<sup>1382</sup>

Concreet heeft deze wijziging tot gevolg dat het kind zich niet meer eerst moet richten tot de ouders alvorens de zorgouder te kunnen aanspreken. Bovendien is de onderhoudsplicht in hoofde van de zorgouder dan niet meer beperkt tot de opvoedings- en onderhoudskosten van het kind die de ouder(s) niet zelf kunnen dragen.

iii. *Modalisering*

377. De zorgouder en ouders kunnen de rechten en plichten in het statuut van de zorgouder verder modaliseren en specificeren. Zodoende kunnen zij een bepaalde invulling geven aan de toegekende rechten en plichten. Deze mogelijkheid wordt ondersteund door de rechtsvergelijkende analyse. Ook in Duitsland kunnen de zorgouder en de ouder de uitoefening van het

---

<sup>1380</sup> P. SENA EVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1187-1190; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 258, 170; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 847-848, 375-376.

<sup>1381</sup> P. SENA EVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1183-1184; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 258, 169-170 en nr. 260, 171; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 846, 375.

<sup>1382</sup> Zie onder andere: P. SENA EVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 2296-2297.

*Mitsorgerecht* conventioneel beperken of uitsluiten (cf. nr. 362). Bovendien kan niet redelijkerwijze worden verantwoord waarom een regeling op maat voor de opvoedingssituatie van het kind uitsluitend betrekking zou mogen hebben op een uitbreiding van het statuut. Het belang van het kind kan ook vereisen dat het statuut wordt beperkt door een verdere omkadering van de bevoegdheden in hoofde van de zorgouder.

378. In de wet moet uitdrukkelijk worden opgenomen dat geen recht of plicht van het statuut *volledig* kan worden uitgesloten. Er moet immers voorkomen worden dat het statuut *de facto* kan worden uitgehold. Bovendien kunnen ook in het kader van pleegzorg de bevoegdheden van de pleegzorger niet conventioneel worden uitgesloten (cf. nr. 33), en is dit evenmin mogelijk bij de voogdij, provoogdij en pleegvoogdij (cf. nrs. 19 e.v., 24 e.v. en 13 e.v.). Het is de rechter die in het kader van de homologatieprocedure de naleving van deze verplichting zal controleren. Wel kunnen de zorgouder en ouders bijvoorbeeld een zekere invulling geven aan het recht van zorg door uitdrukkelijk de handelingen op te sommen waarvoor de zorgouder *niet* bevoegd is (bv. toestemmen in een medische behandeling van het kind). Ook kunnen de zorgouder en ouders de onderhoudsplicht van de zorgouder beperken. Vanuit de reeds bestaande regeling dienaangaande in het kader van de echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 1288, eerste lid, 3<sup>o</sup> Ger. W.),<sup>1383</sup> kan deze beperking slechts betrekking hebben op het *contributio*-aspect van de onderhoudsplicht. De zorgouder kan met andere woorden niet worden ontslaan van zijn verplichting tot het verschaffen van levensonderhoud. Dit geldt eveneens voor de plicht van de zorgouder om bij te dragen in de vergoeding van de schade veroorzaakt door de onrechtmatige daad van het kind.

379. Aangezien de zorgouder niet meer rechten mag uitoefenen dan de ouder die hij helpt met de opvoeding van het kind, kan het statuut dat de zorgouder het recht geeft om toezicht uit te oefenen op de opvoeding van

---

<sup>1383</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS., nr. 81, 83-84 (cf. nr. 130 e.v.); zie daarover onder andere: P. SENAEVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 2082-2083; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 2001-2002, nrs. 1985-1987, 877-879.

het kind en daarover informatie te verzamelen uitsluitend worden gemodaliseerd en niet worden uitgebreid (cf. nrs. 336-339). Dit kan onder meer door te bepalen bij welke derden de zorgouder geen informatie mag inwinnen bv. bij de school.

## **§ 2. Rechterlijke homologatie**

380. De wijzigingsovereenkomst moet door de familierechter worden gehomologeerd. Deze homologatievereiste is gerechtvaardigd omdat de rechter op deze manier een legaliteits- en opportuniteitscontrole kan uitvoeren in het belang van het kind. In het kader van de legaliteitscontrole gaat de rechter na of de wijzigingsovereenkomst is opgesteld in de verplichte schriftelijke vorm, of de vereiste personen partij zijn bij de overeenkomst en of de overeenkomst een aantal verplichte gegevens bevat (cf. nrs. 366-369). Vertoont de overeenkomst gebreken dan zal de rechter niet overgaan tot een homologatie zodat de overeenkomst geen uitwerking heeft. In het kader van de opportuniteitscontrole toetst de rechter de voorgenomen wijziging aan het belang van het kind in kwestie en dit op volledige, en niet marginale, wijze. De rechter onderzoekt tevens of in voldoende mate rekening werd gehouden met de belangen van de ouder(s) en de zorgouder. Hij voert in het kader van de specifieke opvoedingssituatie een belangenafweging *in concreto* door, aangezien ook na de wijziging van het statuut een evenwicht tussen de betrokken belangen voorhanden moet zijn (cf. nrs. 153 en 163). De rechter baseert zich voor zijn opportuniteitscontrole op de concrete omstandigheden van de opvoedingssituatie en op de gegevens vermeld in de wijzigingsovereenkomst. Voornamelijk de reden van de wijziging zal daarbij een belangrijk beoordelingselement vormen. De rechter kan ook steeds het kind horen overeenkomstig art. 1004/1 Ger. W. om zich een oordeel te kunnen vormen over de voorgestelde wijziging van het statuut.

Bovendien is ook in de reeds bestaande gezagsinstellingen die op een contractuele grondslag berusten, zoals bij pleegvoogdij (art. 475ter, tweede lid BW) een rechterlijke tussenkomst vereist om het belang van het

kind te vrijwaren.<sup>1384</sup> Om die reden is ook een rechterlijke tussenkomst vereist bij de familierechtelijke overeenkomst in het kader van de echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 1288 Ger. W.).

Ten slotte heeft een homologatie als voordeel dat de overeenkomst een uitvoerbare titel verkrijgt en als dusdanig tegenstelbaar wordt.<sup>1385</sup> Een bijkomend argument ter ondersteuning van de stelling dat een rechterlijke tussenkomst vereist is, is de verkrijgingswijze van het zorgouderschapstatuut. Werd het statuut immers via een rechterlijke uitspraak toegekend (cf. nrs. 278-283) dan kunnen de partijen niet zelf wijzigingen aan deze uitspraak doorvoeren. Zodoende geldt dezelfde *ratio* als in Nederland, Engeland en Frankrijk (cf. nr. 361).

381. Bij de homologatie van de overeenkomst beschikt de rechter over dezelfde bevoegdheden als in de reeds bestaande homologatieprocedure van de familierechtelijke overeenkomst met betrekking tot het gezag over de kinderen bij een echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 1288, eerste lid, 2° Ger. W.). Er kan immers niet redelijkerwijze worden verantwoord waarom in het kader van het zorgouderschapstatuut de rechter over meer of minder bevoegdheden zou moeten beschikken. Wanneer de rechter bijgevolg van oordeel is dat bepaalde wijzigingen strijdig zijn met het belang van het kind dan kan hij voorstellen aan de zorgouder en de ouder(s) om de overeenkomst aan te passen (naar analogie met art. 1290, tweede lid Ger. W.). Daartoe bepaalt hij een bijkomende verschijning. Tijdens deze tweede verschijning kan de rechter dan de bepalingen die kennelijk strijdig zijn met de belangen van het kind laten schrappen of wijzigen door de partijen (naar analogie met art. 1290, vijfde lid Ger. W.). Zelf kan de rechter immers de wijzigingsovereenkomst niet aanpassen. Weigeren de partijen evenwel opnieuw om de overeenkomst aan te passen, dan zal de rechter de wijzigingsovereenkomst niet homologeren.<sup>1386</sup>

---

<sup>1384</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS. (cf. nr. 130 e.v.); K. ADRIAENSSENS, "Art. 475ter BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 1991.

<sup>1385</sup> Ook in die zin: wetsvoorstel 9 december 2014 tot wijziging van de wetgeving voor wat betreft de rechten en plichten van pleegouders, *Parl. St.* Kamer 2014-15, nr. 697/1, 9-11.

<sup>1386</sup> Naar analogie met de regeling voor echtscheiding door onderlinge toestemming: F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen,

## TITEL 5. Beëindiging van het statuut

382. In wat volgt wordt onderzocht op welke gronden het statuut in hoofde van de zorgouder kan worden beëindigd. Om deze vraag te beantwoorden wordt eerst een rechtsvergelijkende analyse doorgevoerd (hoofdstuk 1) op basis waarvan vervolgens een regeling wordt voorgesteld (hoofdstuk 2).

### HOOFDSTUK 1. Rechtsvergelijkende analyse

383. Een analyse van de bestudeerde rechtsstelsels toont aan dat bepaalde feiten automatische gronden van beëindiging vormen van het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de zorgouder (afdeling 1). Daarnaast bestaan ook gronden die niet automatisch het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de zorgouder beëindigen, maar waarbij een tussenkomst van de rechter of de (zorg)ouder vereist is (afdeling 2). Deze tweedeling zal hierna worden gehandhaafd in het kader van de rechtsvergelijkende analyse, alsook bij de uitwerking van een voorstel voor het zorgouderschapsstatuut.

### AFDELING 1. Automatische beëindigingsgronden

384. Vooreerst verliest de zorgouder in alle bestudeerde rechtsstelsels het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag automatisch wanneer het kind de meerderjarigheid bereikt (art. 1:233 NBW *juncto* art. 1:245, eerste lid NBW; s 91(7), (8) CA 1989; art. 371-1, tweede lid Cc; § 2 BGB), wanneer de zorgouder of het kind overlijdt,<sup>1387</sup> of wanneer het kind wordt

---

Intersentia, 2017, nr. 620, 366-367; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 2001-2002, 885-886.

<sup>1387</sup> Zie daarover in het algemeen:

J. FERRER-RIBA, "Parental responsibility in a European perspective" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. III – Family Law in a European perspective*, Cheltenham, Elgar, 2016, (284) 299-301;

zie specifiek per rechtsstelsel:

**Engeland:** S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 414-415; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 382-384, 391-392.

geadopteerd door een andere persoon dan de zorgouder aangezien de adoptant dan het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag verkrijgt (art. 1:229 NBW; s 46(1),(2) Adoption Act 2002; art. 356, eerste lid Cc en art. 365 Cc; § 1754(3) BGB).<sup>1388</sup>

385. Daarnaast eindigt in Nederland, Frankrijk en Duitsland het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de zorgouder ook automatisch wanneer de ouder die het gezag samen met de zorgouder uitoefent (i.e. Nederland, gedeelde overdracht - Frankrijk, Duitsland) of die het gezag heeft overgedragen aan de ouder (i.e. vrijwillige overdracht - Frankrijk) overlijdt of wordt ontzet van het gezag.

In Nederland verkrijgt de zorgouder na het overlijden van de ouder van rechtswege de voogdij over het kind krachtens art. 1:253x, eerste lid NBW.<sup>1389</sup> Met deze regeling wil de Nederlandse wetgever de bestaande opvoedingssituatie van het kind zoveel als mogelijk handhaven.<sup>1390</sup> De overlevende juridische ouder kan evenwel de rechter verzoeken om met het gezag te worden belast. De rechter zal over dit verzoek oordelen in het belang van het kind en rekening houdende met de concrete feiten en

---

**Nederland:** K. BLANKMAN, "Minderjarigheid" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familie recht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (247) 247-251; zie ook "Gezag" in hetzelfde boek p255 e.v.

**Frankrijk:** C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale - Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nr. 154.

**Duitsland:** J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nrs. 11-14, 676-677.

<sup>1388</sup> **Engeland:** S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 414, 735-736; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 722-723.

**Nederland:** W. SCHRAMA, "Het adoptierecht" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familie recht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, (237) 245; J. KOK, *GS Personen- en familie recht*, art. 1:229 NBW, aant. 2 (actueel tot en met 12 februari 2017).

**Frankrijk:** P. SALVAGE-GEREST, "Adoption plénière" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 221.422, (786) 835; P. SALVAGE-GEREST, "Adoption simple" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 222.161, (838) 849.

**Duitsland:** J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nrs. 110-111, 900-901; D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nr. 908, 399.

<sup>1389</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familie recht*, art. 1:253x NBW, aant. 1 (actueel tot en met 15 oktober 2016).

<sup>1390</sup> Nota naar aanleiding van het verslag, TK 1995-96, 23714/6, 10-11, 14.

omstandigheden (art. 1:253x, tweede lid NBW).<sup>1391</sup> Ook wanneer het gezag wordt beëindigd in hoofde van de ouder met wie de zorgouder gezamenlijk het gezag uitoefent (art. 1:266 NBW), zal de zorgouder als voogd worden aangeduid door de rechter (art. 1:253v, zesde lid NBW *juncto* art. 1:275, eerste lid NBW). De rechter is wel verplicht om de niet met het gezag belaste ouder eerst de gelegenheid te bieden om te verzoeken met het gezag te worden belast (art. 1:253v, zesde lid NBW).<sup>1392</sup>

Ook in Frankrijk kan de zorgouder de overgedragen of gedeelde ouderlijke bevoegdheden niet meer uitoefenen wanneer de enige of beide ouders die deze bevoegdheden hebben overgedragen aan hem of gedeeld hebben met hem, volledig worden ontzet van het ouderlijk gezag zodat ze het titularisschap en de uitoefening ervan verliezen (FR: '*retrait*'- art. 379, eerste lid Cc).<sup>1393</sup> Een gedeeltelijke ontzetting van de ouder(s) krachtens art. 379-1 Cc, heeft tot gevolg dat de zorgouder nog slechts die bevoegdheden kan uitoefenen waarvan de ouder(s) niet werd(en) ontzet.<sup>1394</sup> De rechter zal deze rechten nauwkeurig moeten opsommen in zijn beschikking.<sup>1395</sup> Ook wanneer de enige ouder of beide ouders die de bevoegdheden overgedragen hebben aan de zorgouder of met hem gedeeld hebben overlijden, kan de zorgouder deze bevoegdheden niet meer uitoefenen en valt de gemeenschappelijke voogdij open (art. 390, eerste lid Cc).<sup>1396</sup> Overlijdt daarentegen de ouder die op exclusieve wijze het gezag uitoefende en heeft het kind nog een tweede ouder, dan oefent in beginsel deze ouder exclusief het ouderlijk gezag uit (art. 373-1 Cc). Wanneer evenwel de automatische toekenning van het ouderlijk gezag aan de tweede ouder nefast is voor het

---

<sup>1391</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253x NBW, aant. 2 (actueel tot en met 15 oktober 2016); E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 53-55.

<sup>1392</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253v NBW, aant. 8 (actueel tot en met 15 oktober 2016); M. J. C. KOENS, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:253v NBW (actueel tot en met 1 juli 2017), titel 6.

<sup>1393</sup> A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: limites" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 235.51, (1028) 1032-1033; C. NEIRINCK, "Fasc. 40: Autorité parentale – Retrait", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 31 mei 2010), nrs. 69-70.

<sup>1394</sup> A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: limites" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 235.52 en 235.63, (1028) 1033-1034.

<sup>1395</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 40: Autorité parentale – Retrait", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 31 mei 2010), nr. 76.

<sup>1396</sup> I. MARIA, "Mineur: protection judiciaire: tutelle" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 338.11-12, (1406) 1409.

belang van het kind omdat de tweede ouder zich bijvoorbeeld niet met de opvoeding van het kind heeft beziggehouden of niet in staat is om zich er mee bezig te houden, dan kan de rechter in uitzonderlijke omstandigheden het kind ten provisoire titel (FR: '*provisoirement*') aan een derde toekennen, zoals bijvoorbeeld de zorgouder die steeds voor het kind gezorgd heeft<sup>1397</sup> (art. 373-3, derde lid Cc). Daartoe moet de ouder een verzoek indienen bij de rechter of kan de zorgouder na het overlijden van de ouder zich tot het Openbaar Ministerie wenden. Op die manier wordt de bestaande opvoedingssituatie van het kind zo veel als mogelijk behouden. De zorgouder aan wie het kind is toegekend heeft dan de bevoegdheid om de gebruikelijke handelingen te stellen aangaande het toezicht en de opvoeding van het kind, terwijl de ouder de uitoefening van het ouderlijk gezag behoudt (art. 373-4 Cc). Bijgevolg zal de zorgouder het akkoord van de ouder moeten vragen voor opvoedingsbeslissingen die zijn bevoegdheden te buiten gaan.<sup>1398</sup> In Duitsland bestaat een gelijkaardige regeling. Ook daar is het voortbestaan van het *Mitsorgerecht* in hoofde van de zorgouder afhankelijk van de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag door zijn echtgenoot of geregistreerde partner als ouder van het kind. Wanneer bijgevolg dit exclusieve gezag wordt gewijzigd omdat beide ouders van het kind een *Sorgeerklärung* hebben afgelegd om voortaan gezamenlijk het gezag uit te oefenen (§ 1626a BGB), of omdat de exclusieve uitoefening van het gezag door de rechter aan de andere ouder van het kind wordt toegekend (§ 1671, § 1672 en § 1696 BGB), dan wel omdat de ouder met wie de zorgouder gehuwd is of een geregistreerd partnerschap heeft afgesloten volledig ontzet werd uit het ouderlijk gezag (§ 1666 BGB), dan eindigt het *Mitsorgerecht* van rechtswege.<sup>1399</sup> Werd een ouder slechts gedeeltelijk uit het ouderlijk gezag ontzet dan bestaat in de rechtsleer discussie of het *Mitsorgerecht* voor de zorgouder in beperkte vorm moet

---

<sup>1397</sup> CA Bourdeaux 8 maart 2005, RG n°04/01000, JCP 2005. IV. 3038 (afwijzing van het verzoek).

<sup>1398</sup> A. GOUTTENOIRE, "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, nrs. 234.171-234.175, (969) 1018-1020.

<sup>1399</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 5, 751; G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nr. 20; zie over de ontzetting meer specifiek: *Palandt*, München, Verlag C. H. Beck, 2006, § 1666 BGB, nrs. 51-54, 1956-1957.



blijven verder bestaan, dan wel of dit recht volledig verdwijnt.<sup>1400</sup> Deze beëindigingsgronden tonen duidelijk het accessoire karakter van het *Mitsorgerecht* aan dat volledig afhankelijk is van het voortbestaan van gezag in hoofde van de ouder met wie de zorgouder gehuwd is of een geregistreerd partnerschap heeft afgesloten. Bijgevolg heeft het overlijden van deze ouder tot gevolg dat de zorgouder van rechtswege het *Mitsorgerecht* verliest.<sup>1401</sup> Wanneer het kind dan een tweede ouder heeft zal deze in beginsel exclusief het ouderlijk gezag uitoefenen en de afgifte van het kind kunnen eisen (§ 1680(2) BGB). Dit kan evenwel worden voorkomen wanneer de rechter van ambtswege of op verzoek van de zorgouder beslist om het kind overeenkomstig § 1682 BGB bij de zorgouder te laten blijven krachtens een *Verbleibensanordnung*. In dat geval verkrijgt de zorgouder van rechtswege een beslissingsbevoegdheid voor dagelijkse opvoedingsaangelegenheden en een *Notvertretungsrecht*. Ook kan hij de arbeidsinkomsten van het kind beheren en sociale bijdragen voor het kind invorderen en beheren (§ 1688(1), (4) BGB). Krachtens de *Verbleibensanordnung* wordt met andere woorden de bestaande opvoedingssituatie zoveel als mogelijk gehandhaafd. Dit betekent een zware ingreep op het ouderlijk gezag van de tweede ouder, aangezien deze ouder verhinderd wordt om daadwerkelijk het kind te verzorgen en op te voeden, niettegenstaande hij titularis is van het ouderlijk gezag. Om te voorkomen dat de tweede ouder volledig de bevoegdheden van de zorgouder zou kunnen uithollen, heeft de wetgever bovendien uitdrukkelijk bepaald dat uitsluitend de familierechtbank deze bevoegdheden kan beperken (§ 1688(4) BGB).<sup>1402</sup>

---

<sup>1400</sup> Zie G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nr. 20 met verwijzing naar WELLENHOFER-KLEIN als voorstander van een volledig verdwijnen van het *Mitsorgerecht*. *Contra*: J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 5, 751 (gedeeltelijke beperking van het *Mitsorgerecht*).

<sup>1401</sup> D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 2005, (761) 768-769; J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 10, 865; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 72.

<sup>1402</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 7, 752 en nr. 12, 865-866; K. MUSCHELER, "Das Recht des Stieffamilie", *FamRZ* 2004, (913) 917; T. RAUSCHER, *Familienrecht*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2008, nr. 1035; G. RING en L. OLSE-RING,

386. Ten slotte is in Engeland een specifieke duurtijd verbonden aan een *CAO, EPO of SGO* zodat de zorgouder slechts voor de duur van de *order* het titularisschap van het ouderlijk gezag verkrijgt (s 12(2) CA 1989; s 14C(1) CA 1989 en s 44(4)(c) *juncto* s 45(1) en (5) CA 1989).<sup>1403</sup>

## **AFDELING 2. Niet-automatische beëindigingsgronden**

387. In alle bestudeerde rechtsstelsels bestaan feiten op grond waarvan het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de zorgouder niet automatisch wordt beëindigd. Uit de rechtsvergelijkende analyse blijkt dat twee types moeten worden onderscheiden. Dit onderscheid houdt verband met de invloed van voortdurende opvoedingsgeschillen tussen de zorgouder en ouder op het voortbestaan van het ouderlijk gezag in hoofde van de zorgouder, alsook met de invloed van een relatiebreuk tussen de zorgouder en ouder. In een eerste type waartoe Engeland, Nederland en Frankrijk behoren kan in deze situaties het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de zorgouder uitsluitend door een rechterlijke tussenkomst worden beëindigd (afdeling 1). In een tweede type waartoe Duitsland behoort, kan de uitoefening van het ouderlijk gezag in de voornoemde situaties worden beëindigd door de rechter of door de ouder en/of door de zorgouder (afdeling 2).

### **§ 1. Eerste type: via rechterlijke tussenkomst**

388. In Engeland kan uitsluitend de rechter in de voornoemde twee situaties het titularisschap van het ouderlijk gezag in hoofde van de zorgouder voortijdig beëindigen. Oefent de zorgouder het ouderlijk gezag uit krachtens een *PRA* of *PRO* dan kan eenieder die titularis is van het ouderlijk gezag, dus bijvoorbeeld ook de tweede ouder van het kind, en zelfs het kind met voldoende onderscheidingsvermogen dat gemachtigd werd door de

---

“Lebenspartnerschaftsgesetz” in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nr. 15; D. SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, nrs. 756-759, 337-339.

<sup>1403</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 486-488 en 520, 586-588; 737; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 13-016, 295-296, nr. 14-011, 349-350 en nr. 15-011, 399-402.

rechtbank, de rechter daarom verzoeken (s 4A(3), (4) CA 1989).<sup>1404</sup> Oefent de zorgouder ingevolge een CAO het ouderlijk gezag uit over het kind, dan kan dit gezag in zinnen hoofde vervroegd worden beëindigd op verzoek van eenieder die destijds om de toekenning van de *order* kon verzoeken, zoals bv. de ouder en het kind of de zorgouder na rechterlijke machtiging (s 8(2) CA 1989).<sup>1405</sup> Ook een SGO kan in hoofde van de zorgouder voortijdig worden beëindigd door de rechter ambtshalve of op verzoek van onder meer de zorgouder, de ouder of het kind na rechterlijke machtiging (s 14D(1), (2) CA 1989).<sup>1406</sup> Betreft het een EPO dan kunnen het kind, de ouder, elke andere persoon die titularis is van het ouderlijk gezag of met wie het kind heeft samengewoond vóór de *order* werd opgesteld, een dergelijk verzoek bij de rechtbank indienen (s 45(8) CA 1989).<sup>1407</sup>

De rechter beschikt over een ruime appreciatiebevoegdheid om het verzoek tot voortijdige beëindiging te beoordelen. Deze ruime appreciatiebevoegdheid vloeit ten eerste voort uit het feit dat de rechter bij zijn oordeelsvorming het belang van het kind (ENG: '*the child's welfare*') als de voornaamste overweging in aanmerking neemt (ENG: '*paramount consideration*') (s 1(1) (a),(b) CA 1989).<sup>1408</sup> Dit beginsel is in de regel van toepassing telkens wanneer de rechtbank zich moet uitspreken over een geschil met betrekking tot de opvoeding van het kind, zoals *in casu* de vroegtijdige beëindiging van *orders of agreements*, dan wel met betrekking tot het beheer van de goederen.<sup>1409</sup> Bij de concrete invulling van dit principe wordt de rechter geholpen door een niet-limitatieve checklist van criteria in s

---

<sup>1404</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 414-415; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 389; R. PROBERT en M. HARDING, *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, nr. 12-027, 276-277; zie ook: M. ANTOKOLSKAIA, "Parenting in step-parent families: legal status versus *de facto* roles", *CFLQ* 2015/3, (271) 275.

<sup>1405</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 513 e.v. *juncto* 543.

<sup>1406</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 736-737.

<sup>1407</sup> N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 588.

<sup>1408</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 463-472; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 382-383, 398, 414-416.

<sup>1409</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 456-458; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 419-428; zie daarover in het licht van het EVRM: R. GEORGE, "The child's welfare in a European perspective" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. III – Family Law in a European perspective*, Cheltenham, Elgar, 2016, 209-231.

1(3) CA 1989 die evenwel niet verplicht toepasselijk is op alle verzoeken tot voortijdige beëindiging (s 1(4) CA 1989).<sup>1410</sup> Op deze manier kan de rechter bij de invulling van het belang van het kind om het verzoek tot voortijdige beëindiging te beoordelen rekening houden met onder meer voortdurende geschillen omtrent de opvoeding van het kind tussen de zorgouder en ouder, een relatiebreuk tussen beiden, het overlijden van de ouder of de beëindiging van het titularisschap in zinnen hoofde<sup>1411</sup>. Deze elementen kan de rechter bovendien ook in acht nemen in het kader van het *'no order – principle'* dat hem nogmaals verplicht na te gaan of het beëindigen van de *order* wel noodzakelijk is om de opvoedingssituatie van het kind te verbeteren (s 1(5) CA 1989).<sup>1412</sup> Met deze regel wil de wetgever een overbodig, en vaak automatisch, ingrijpen van de rechter vermijden.<sup>1413</sup>

389. In Nederland kunnen de ouder, de zorgouder of beiden samen de rechter verzoeken om een voortijdige beëindiging van het gezamenlijk gezag door de omzetting ervan in een eenhoofdig ouderlijk gezag voor zover zich gewijzigde omstandigheden voordoen of de toekenning van het gezag op onjuiste of onvolledige gegevens is gebaseerd (art. 1:253v, derde lid NBW *juncto* art. 1:253n NBW).<sup>1414</sup> De niet met het gezag belaste ouder kan een dergelijk verzoek niet indienen.<sup>1415</sup> De rechter oordeelt soeverein of er sprake is van onvolledige of onjuiste gegevens, dan wel van gewijzigde

---

<sup>1410</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law* Oxford, Oxford UP, 2016, 460-461; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 399-414.

<sup>1411</sup> Merk op dat in het Engelse recht geen algemene regel bestaat om het ouderlijk gezag te beëindigen in hoofde van de ouders van het kind wegens hun wangedrag in diens opvoeding. Zo kan het ouderlijk gezag dat van rechtswege werd verkregen door de moeder en de gehuwde vader niet via een *order* door de rechtbank worden beëindigd (s 2(1) CA 1989). Uitsluitend een *adoption order* heeft dit gevolg. In hoofde van een ongehuwde vader die titularis is van het ouderlijk gezag krachtens een *parental responsibility order* of *parental responsibility agreement* kan de rechtbank daarentegen wel het ouderlijk gezag beëindigen (S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 414-416; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 389, 391-392).

<sup>1412</sup> S. GILMORE en S. GLENNON, *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 461-462; N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2015, 382-384.

<sup>1413</sup> Law Commission n°172, para. 3.2-3.4.

<sup>1414</sup> I. JANSEN, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253v NBW, aant. 5 (actueel tot en met 1 november 2014); M. J. C. KOENS, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:253v NBW (actueel tot en met 1 juli 2017); S. F. M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2015, nr. 131, 236.

<sup>1415</sup> Nota naar aanleiding van het verslag, TK 1995-96, 23714/6, 14.

omstandigheden en of dit de omzetting van het gezamenlijk gezag rechtvaardigt.<sup>1416</sup> De beslissing van de rechter moet bovendien steeds in het belang van het kind zijn dat als toetsingscriterium dienst doet. Bijgevolg kan de rechter voortdurende geschillen tussen de ouder en zorgouder waardoor de goede verstandhouding tussen beiden zoek is, als een gewijzigde omstandigheid beschouwen die een beëindiging van het gezamenlijk gezag rechtvaardigt.<sup>1417</sup> Ook een relatiebreuk tussen de zorgouder en de ouder kan als gewijzigde omstandigheid worden aanzien die de beëindiging van het gezamenlijk gezag door de ouder en de zorgouder rechtvaardigt. Bovendien is steeds vereist dat een onaanvaardbaar risico bestaat dat het kind verloren of klemt dreigt te raken in de gecreëerde opvoedingssituatie.<sup>1418</sup>

Ook in Frankrijk kunnen de ouders de rechter verzoeken om de (gedeelde) overdracht voortijdig te beëindigen en dit op hun verzoek of het verzoek van een van hen. Een voortijdige beëindiging van de overdracht is eveneens mogelijk door het ouderlijk gezag aan een andere persoon over te dragen (FR: '*transfert*') op verzoek van de zorgouder, de ouder(s) of elke andere persoon die het kind heeft opgevangen na het beëindigen van een eerdere overdracht.<sup>1419</sup> De verzoeker moet steeds het bestaan van nieuwe omstandigheden (FR: '*circonstances nouvelles*') bewijzen die deze maatregel rechtvaardigen (art. 377-2, eerste lid Cc). De rechter oordeelt vervolgens op soevereine wijze of bepaalde feiten als nieuwe omstandigheden kunnen worden gekwalificeerd. Het moet nieuwe gebeurtenissen betreffen die zich buiten de wil van de ouder en de zorgouder hebben voorgedaan en die een invloed hebben op hun familielevens. Bijgevolg kan een ruime waaier van feiten als nieuwe omstandigheden worden beschouwd die een vroegtijdige beëindiging van de (gedeelde) overdracht rechtvaardigen, zoals bijvoorbeeld een verstoorde verstandhouding tussen de zorgouder en ouder(s) tengevolge van voortdurende conflicten of een relatiebreuk tussen de

---

<sup>1416</sup> J. E. DOEK, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:253n NBW, aant. 3 (actueel tot en met 1 november 2010); R. ODINK, *Het ouderlijk gezag ontwikkeld*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2013, 50-51.

<sup>1417</sup> Nota naar aanleiding van het verslag, TK 1995-96, 23714/6, 10.

<sup>1418</sup> E. C. C. PUNSELIE, *Gezag over minderjarigen* in *Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 62.

<sup>1419</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 158-163.

zorgouder en ouder. In het kader van zijn oordeelsvorming waardeert de rechter het bestaan van nieuwe omstandigheden ook steeds in het belang van het kind. Bijgevolg zal een verzoek tot vroegtijdige beëindiging van de (gedeelde) overdracht niet worden toegekend als dit strijdig is met het belang van het kind, niettegenstaande nieuwe omstandigheden voorhanden zijn.<sup>1420</sup>

## **§ 2. Tweede type: via rechterlijke tussenkomst of door de partijen zelf**

390. In Duitsland kan de rechter ambtshalve of op verzoek van de ouder(s) beslissen om het *Mitsorgerecht* te beperken of te beëindigen wanneer het belang van het kind dit vereist (§ 1687b(3) BGB, § 9(3) LPartG). Daarbij kan onder meer worden gedacht aan een voortdurende onenigheid tussen de ouder en de zorgouder over de opvoeding van het kind.<sup>1421</sup>

De ouder en/of de zorgouder kunnen ook zelf een einde maken aan het *Mitsorgerecht* door hun huwelijk of geregistreerd partnerschap te beëindigen (§ 1687b(4) BGB, § 9(4) LPartG) of door hun samenwoning met het kind te beëindigen zodat geen gemeenschappelijke huishouding meer voorligt.<sup>1422</sup> Daarnaast beschikt de ouder als titularis van het ouderlijk gezag over de primaire beslissingsbevoegdheid zodat de zorgouder zijn *Mitsorgerecht* in overeenstemming (D: *im Einvernehmen*) met de ouder moet uitoefenen. Bijgevolg kan de ouder de uitoefening van het *Mitsorgerecht* uitsluiten door het *Einvernehmen* te herroepen (cf. nr.

---

<sup>1420</sup> C. NEIRINCK, "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), nrs. 154-157.

<sup>1421</sup> BT-Drucksache 14/3751, 39; zie onder andere: D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2005, (761) 768; G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nr. 18; B. VEIT, "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, (67) 71; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 11; zie voor de verzoekers: *Palandt*, München, Verlag C. H. Beck, 2011, § 1687 BGB, nr. 16, 1979.

<sup>1422</sup> J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 2010, nrs. 5 en 8, 864; G. RING en L. OLSE-RING, "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, 1. Aufl. 2012, nr. 9; L. SALGO, "§ 1687b BGB" in *Staudinger BGB IV §§ 1684-1717*, Berlijn, Sellier, 2006, nr. 20, (361) 371-372; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 12.

362).<sup>1423</sup> Omgekeerd kan ook de zorgouder afstand doen van de uitoefening van zijn bevoegdheid om mee beslissingen te nemen in dagelijkse opvoedingsaangelegenheden.<sup>1424</sup>

## **HOOFDSTUK 2.           Zorgouderschapsstatuut - *de lege ferenda***

391. In wat hierna volgt, worden eerst de automatische beëindigingsgronden van het statuut in hoofde van de zorgouder toegelicht (afdeling 1), en daarna de niet-automatische beëindigingsgronden (afdeling 2) zodat tot slot de gevolgen van de beëindiging kunnen worden uiteengezet (afdeling 3).

### **AFDELING 1.   Automatische beëindigingsgronden**

392. Het zorgouderschapsstatuut eindigt automatisch wanneer het kind meerderjarig of ontvoegd wordt, overlijdt (§ 1) of geadopteerd wordt (§ 2), wanneer de zorgouder overlijdt of wordt ontzet van het ouderlijk gezag (§ 3), wanneer de uitoefening van het ouderlijk gezag wordt ontnomen van de ouder die de zorgouder helpt het kind op te voeden (§ 4) of wanneer deze ouder wordt ontzet van het ouderlijk gezag (§ 5), overlijdt (§ 6), dan wel zich in de voortdurende onmogelijkheid bevindt om het ouderlijk gezag uit te oefenen (§ 7). Het gaat om een limitatieve lijst van beëindigingsgronden.

#### **§ 1.   Meerderjarigheid, ontvoeging of overlijden van het kind**

393. Het zorgouderschapsstatuut wordt toegekend voor de periode dat het kind als minderjarige onder ouderlijk gezag staat. Bijgevolg eindigt het statuut van rechtswege wanneer het kind meerderjarig wordt, overlijdt of wordt ontvoegd. Bij een ontvoeging blijven immers uitsluitend ouderlijke bevoegdheden bestaan die betrekking hebben op de staat van de persoon en

---

<sup>1423</sup> D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 2005, (761) 767; J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nrs. 5 en 8, 751-752; B. VEIT, "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015, nr. 12.1.

<sup>1424</sup> D. COESTER-WALTJEN, "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 2005, (761) 768; J. GERNHUBER en D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, nr. 5, 751.

die met andere woorden uitsluitend toekomen aan de titularissen van het ouderlijk gezag (art. 372 BW).<sup>1425</sup> Ook in de reeds bestaande gezagsinstellingen (cf. nrs. 9 e.v.) en buitenlandse rechtsstelsels gelden dezelfde beëindigingsgronden (cf. nr. 384).

## **§ 2. Adoptie van het kind**

394. Wanneer de zorgouder het kind gewoon of ten volle adopteert verwerft hij door de vestiging van de adoptieve afstammingsband het titularisschap van het ouderlijk gezag. Bijgevolg eindigt het zorgouderschapstatuut dan automatisch in zijn hoofde.

Dit is eveneens het geval wanneer het kind door een derde gewoon of ten volle wordt geadopteerd. De adoptant vervangt dan de ouder(s) die destijds als titularis(sen) de zorgouderschapsverklaring heeft/hebben afgelegd of in de gerechtelijke procedure tot toekenning van het zorgouderschapstatuut betrokken was/waren. Ingevolge de adoptie wordt het titularisschap van het ouderlijk gezag gevestigd in hoofde van de adoptant zodat deze het recht verkrijgt om op te treden bij de toekenning van het zorgouderschapstatuut (cf. nrs. 268 e.v.). Aangezien de adoptant destijds geen inspraak kon hebben in de toekenning van het statuut aan de zorgouder, moet hij bij de vestiging van de adoptieve afstammingsband wel deze mogelijkheid verkrijgen. Tevens moet de adoptant als titularis van het ouderlijk gezag een primaire rol kunnen opnemen in de opvoeding van het kind. Doordat hij evenwel bij de uitvoering van zijn opvoedende taak dadelijk zou worden geconfronteerd met (en mogelijks gehinderd zou worden door) de aanwezigheid van een zorgouder, wordt het zorgouderschapstatuut in beginsel van rechtswege beëindigd. Ook in alle bestudeerde buitenlandse rechtsstelsels wordt het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag beëindigd tengevolge van de adoptie van het kind door een derde (cf. nr. 384). Het is daarbij irrelevant of de derde al dan niet de (voormalige) echtgenoot, (voormalige) wettelijk samenwonende partner of (voormalige) feitelijk samenwonende partner sedert tenminste drie jaar van de ouder is (cf. nrs. 10-11). Ook in dat geval wordt

---

<sup>1425</sup> P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nrs. 1263-1264; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 965-981, 421-426.



desgevallend de andere ouder van het kind vervangen door de adoptant, zodat de adoptant en zijn echtgenoot, wettelijk samenwonende partner of feitelijk samenwonende partner (i.e. de ouder van het kind) opnieuw een zorgouderschapsverklaring zullen moeten afleggen bij de ambtenaar van de burgerlijke stand.

### **§ 3. Overlijden van de zorgouder of ontzetting van het ouderlijk gezag**

395. Het statuut eindigt eveneens van rechtswege wanneer de zorgouder overlijdt of volledig wordt ontzet van het ouderlijk gezag ten aanzien van zijn kinderen (art. 33-35 Jeugdbeschermingswet). Zoals bij de reeds bestaande gezagsinstellingen van pleegvoogdij en voogdij (cf. nrs. 17 en 21) impliceert de volledige ontzetting van het ouderlijk gezag een onmogelijkheid voor de zorgouder om de ouderlijke bevoegdheden krachtens het zorgouderschapsstatuut, en bijgevolg ook het recht van toezicht en informatie over de opvoeding van het kind, uit te oefenen over andermans kinderen. Anders dan bij pleegvoogdij en voogdij (cf. nrs. 17 en 21) heeft een gedeeltelijke ontzetting van het ouderlijk gezag in hoofde van de zorgouder ten aanzien van zijn kind slechts een gedeeltelijke beëindiging van het statuut tot gevolg. Vanuit de idee dat een statuut op maat mogelijk moet zijn, kan de zorgouder in dat geval immers wel nog de ouderlijke bevoegdheden uitoefenen krachtens het statuut waarvan hij niet ontzet werd.

### **§ 4. Ontneming van de uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de ouder**

396. Wanneer de rechter de uitoefening van het ouderlijk gezag ontnemt aan de ouder die door de zorgouder wordt geholpen in de opvoeding van het kind, dan wordt het statuut in hoofde van de zorgouder van rechtswege beëindigd en beperkt tot de uitoefening van een recht van toezicht en informatie (cf. nrs. 336 e.v.). Deze beëindiging van rechtswege vloeit voort uit het feit dat de verkrijging en invulling van het statuut gebaseerd is op het titularisschap resp. de uitoefening van het ouderlijk gezag door de ouder. Aangezien de ouder de eerste opvoedingsverantwoordelijke van het kind is overeenkomstig art. 5 IVRK, kan de zorgouder niet meer rechten uitoefenen

dan deze ouder die hij helpt het kind op te voeden. Tevens kan worden aangenomen dat de ouder(s) en de zorgouder die destijds akkoord waren met de verkrijging van een ruim statuut (cf. nr. 321 e.v.) *a fortiori* akkoord zullen zijn met de verkrijging van een beperkt statuut door de zorgouder. *Qui peut le plus, peut le moins*. Dit geldt des te meer voor de ouder die destijds niet akkoord was met de verkrijging van het statuut waardoor de rechter het statuut aan de zorgouder heeft moeten toekennen. Ook de rechtsvergelijkende analyse toont aan dat in de gecorrigeerd monistische systemen van Frankrijk en Duitsland een ontneming van de uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de ouder(s) tot gevolg heeft dat de zorgouder de hem toegewezen ouderlijke bevoegdheden niet meer kan uitoefenen (cf. nr. 385).

#### **§ 5. Ontzetting van het ouderlijk gezag in hoofde van de ouder die door de zorgouder wordt geholpen**

397. Wanneer de rechter de ouder die door de zorgouder wordt geholpen in de opvoeding van het kind volledig ontzet van het ouderlijk gezag (art. 32-35 Jeugdbeschermingswet), dan wordt het zorgouderschapstatuut automatisch beëindigd in hoofde van de zorgouder. Zoals de voormelde beëindigingsgrond vloeit ook deze beëindigingsgrond van rechtswege voort uit het feit dat de verkrijging en invulling van het statuut gebaseerd is op het titularisschap resp. de uitoefening van het ouderlijk gezag door de ouder in kwestie. Bovendien is de ontzetting van het ouderlijk gezag een jeugdbeschermingsmaatregel die de bescherming van minderjarigen beoogt wanneer een ouder onwaardig is om het kind nog verder op te voeden gelet op de door hem gestelde foutieve gedragingen.<sup>1426</sup> Bijgevolg strekt deze maatregel zich ook uit tot de zorgouder die de ouder in kwestie helpt om het kind op te voeden. Eenzelfde besluit geldt in Nederland, Frankrijk en Duitsland (cf. nr. 385). Om evenwel de continuïteit in de opvoeding van het kind zoveel als mogelijk te vrijwaren, wordt voorgesteld om wanneer het kind maar één ouder heeft de zorgouder bij voorkeur aan te duiden als de persoon die voortaan de rechten zal uitoefenen waaruit de ouder ontzet werd, i.e. de provoogd (cf. nr. 25). Heeft het kind evenwel twee ouders en

---

<sup>1426</sup> J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nrs. 591-592, 234-235.

wordt de ouder die de zorgouder helpt het kind op te voeden ontzet van het ouderlijk gezag, dan zal de rechter in beginsel de andere ouder als provoogd aanduiden. Slechts wanneer diens aanwijzing niet in het belang van het kind is kan de rechter de zorgouder als provoogd benoemen.

Wordt de ouder die de zorgouder helpt in de opvoeding van het kind slechts gedeeltelijk ontzet van het ouderlijk gezag, dan kan de zorgouder die bevoegdheden van het ouderlijk gezag verder blijven uitoefenen die aan hem toekomen krachtens het statuut en waarvan de ouder niet werd ontzet.

398. De rechter kan de ouder die van het ouderlijk gezag werd ontzet, steeds herstellen in dit gezag door de ontzetting op te heffen (art. 60 Jeugdbeschermingswet). In dat geval wordt in dit proefschrift voorgesteld dat de zorgouder en de ouder(s) als titularis(sen) van het ouderlijk gezag de rechtbank ook zouden kunnen verzoeken om de zorgouder te herstellen in het zorgouderschapstatuut. Op deze manier zou het statuut in hoofde van de zorgouder opnieuw kunnen worden geactiveerd.

## **§ 6. Overlijden van een ouder**

399. Het overlijden van een ouder beëindigt het titularisschap en de uitoefening van het ouderlijk gezag in zijn hoofde. Bijgevolg leidt deze gebeurtenis tot een automatische beëindiging van het statuut in hoofde van de zorgouder. In wat volgt wordt de situatie waarin het kind slechts één juridische ouder heeft (A), onderscheiden van de situatie waarin het kind twee juridische ouders heeft (B), die al dan niet op gezamenlijke wijze het gezag uitoefenen.

A. Het kind heeft één juridische ouder

400. Overlijdt de enige juridische ouder van het kind die het ouderlijk gezag uitoefent, dan ontstaat de voogdij (art. 389 BW – cf. nrs. 20 e.v.).<sup>1427</sup> De voogdij ontstaat eveneens wanneer deze ouder ontzet was van het ouderlijk gezag en de provoogdij reeds ontstaan was of wanneer deze ouder

---

<sup>1427</sup> Zie daarover in een Europese context: J. FERRER-RIBA, "Parental responsibility in a European perspective" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. III – Family Law in a European perspective*, Cheltenham, Elgar, 2016, (284) 306-307.

had ingestemd met een pleegvoogdijovereenkomst.<sup>1428</sup> Bijgevolg eindigt ook het zorgouderschapsstatuut van rechtswege door het overlijden van de enige ouder aangezien de zorgouder gelet op zijn bijkomstige en ondersteunende rol in de opvoeding van het kind niet meer rechten kan uitoefenen dan de ouder van het kind die hij helpt (cf. nrs. 158, 162 en 293). Ook in Nederland, Frankrijk en Duitsland heeft het overlijden van de ouder tot gevolg dat de zorgouder geen ouderlijk gezag meer kan uitoefenen (cf. nr. 385). Om die reden wordt in dit proefschrift de volgende regeling voorgesteld.

401. Overlijdt de enige juridische ouder van het kind, dan benoemt de vrederechter, voor zover de zorgouder niet reeds als testamentaire voogd werd aangeduid door de ouder (art. 392 BW), bij voorkeur de zorgouder als voogd (naar analogie met art. 393 BW).<sup>1429</sup> Zodoende kan de rechter na het overlijden van de ouder de opvoedingssituatie van het kind *in concreto* beoordelen zonder dat de voogdij automatisch wordt toegewezen aan de zorgouder zoals in Nederland (cf. nr. 385). De rechter kan dan alle betrokken belangen tegen elkaar afwegen en op basis daarvan een weloverwogen oordeel vormen. Tevens wordt op die manier het doelgebonden recht op opvoeding van het kind jegens de zorgouder verzekerd (cf. nrs. 353-354), en blijft de continuïteit binnen diens opvoeding gewaarborgd. Er kan immers worden aangenomen dat de zorgouder het kind en zijn familiecontext kent en weet welke opvoeding hij moet verschaffen. Daarnaast komt de eventuele voortzetting van het zorgouderschapsstatuut onder de noemer van een voogdij ook de zorgouder ten goede, aangezien hij op die manier zijn opvoedende rol jegens het kind kan blijven voortzetten.

---

<sup>1428</sup> J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, nr. 749, 290-291; In het kader van adoptie heeft het overlijden van een ouder geen invloed. Dit is evenmin het geval wanneer de voogdij reeds is ontstaan omdat de ouders in de onmogelijkheid waren het gezag uit te oefenen.

<sup>1429</sup> Ook in die zin: wetsvoorstel BROTCORNE 1 september 2014, voorgesteld art. 387*sexies*, § 3 BW – p12: wanneer beide ouders overlijden en de voogdij openvalt, zal de vrederechter bij voorrang de uitoefenaar van het zorgouderschap kiezen als voogd; zie ook wetsvoorstel BECQ en TERWINGEN 25 juli 2014, voorgesteld art. 387/8 BW – p12: overlijdt de enige ouder dan zal de zorgouder het ouderlijk gezag in zijn geheel kunnen uitoefenen.

B. Het kind heeft twee juridische ouders

402. Heeft het kind twee juridische ouders en overlijdt een van hen, dan wordt het ouderlijk gezag door de andere ouder verder uitgeoefend. Werd de overleden ouder evenwel door een zorgouder geholpen in de opvoeding van het kind, dan wordt het zorgouderschapsstatuut in beginsel automatisch beëindigd. Niettegenstaande kan een voortzetting van het statuut in bepaalde omstandigheden het belang van het kind ten goede komen. Om die reden wordt in wat volgt voorgesteld dat de rechter onder bepaalde voorwaarden *in concreto* kan oordelen over de voortzetting van het zorgouderschapsstatuut. Een dergelijke zienswijze brengt de volgende situaties met zich mee.

403. Wordt het ouderlijk gezag op exclusieve wijze uitgeoefend door een ouder die wordt geholpen door een zorgouder, dan heeft het overlijden van deze ouder tot gevolg dat de andere ouder alleen met de uitoefening van het ouderlijk gezag belast wordt (cf. figuur 1).<sup>1430</sup> Bijgevolg eindigt het statuut in hoofde van de zorgouder automatisch. Deze wijziging kan evenwel problematisch zijn voor het kind wanneer de andere ouder zich nooit met de opvoeding van het kind heeft beziggehouden. Om die reden en om de bestaande opvoedingssituatie zoveel als mogelijk te behouden, wordt voorgesteld dat de zorgouder de rechter kan verzoeken om het statuut te behouden.<sup>1431</sup> Dezelfde redenering kan worden teruggevonden in Nederland, Frankrijk en Duitsland (cf. nr. 385). Bovendien kan worden aangenomen dat wanneer de zorgouder een grotere opvoedende rol vervult jegens het kind dan de tweede ouder, het kind meer baat heeft bij een voortzetting van de bestaande opvoedingssituatie. De rechter houdt bij zijn oordeelsvorming niet alleen rekening met de algemene principes, maar ook met verschillende concrete elementen van de opvoedingssituatie, zoals onder meer de duur van de periode waarin de zorgouder het kind heeft opgevoed, de relatie tussen de zorgouder en het kind, de relatie tussen het kind en zijn

---

<sup>1430</sup> Zie voor kritiek: S. MOSSELMANS, *Voogdij*, Mechelen, Kluwer, 2004, nrs. 46-48; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 262, 172.

<sup>1431</sup> Ook in die zin met verwijzing naar de *CEFL Principles*: J. FERRER-RIBA, "Parental responsibility in a European perspective" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. III – Family Law in a European perspective*, Cheltenham, Elgar, 2016, (284) 306.





gezag uit te oefenen (art. 389, tweede lid BW).<sup>1433</sup> Werd deze ouder in de opvoeding van het kind geholpen door een zorgouder dan moet een onderscheid worden gemaakt al naargelang het kind één of twee juridische ouders heeft, die al dan niet gezamenlijk het gezag uitoefenen. Dezelfde regeling is van toepassing als bij het overlijden van de ouder (cf. nrs. 399 e.v.).

406. Wanneer een ouder evenwel niet langer in de voortdurende onmogelijkheid verkeert om het gezag uit te oefenen doordat hij bijvoorbeeld zijn wil opnieuw kan laten kennen, herleeft de uitoefening van het ouderlijk gezag in zijn hoofde.<sup>1434</sup> In dat geval wordt in dit proefschrift voorgesteld dat de zorgouder en de ouder(s) als titularis(sen) van het gezag de rechter kunnen verzoeken om de zorgouder te herstellen in het statuut, zoals dit ook mogelijk is wanneer de ouder na een ontzetting uit het ouderlijk gezag daarin wordt hersteld (cf. nr. 398).

## **AFDELING 2. Niet-automatische beëindigingsgronden**

407. Het zorgouderschapstatuut kan door de *familie rechtbank* voortijdig worden beëindigd om gewichtige redenen (§ 1), op verzoek van het Openbaar Ministerie (A), de zorgouder (B) of de ouder(s) (C), dan wel wanneer de uitoefening van het ouderlijk gezag wordt toegekend aan de ouder die tot dan samen met de zorgouder slechts een recht van toezicht en informatie uitoefende (§ 2).

408. Vanuit de idee dat een statuut op maat van de zorgouder mogelijk moet zijn kan de rechter zowel een gehele als een gedeeltelijke beëindiging van het statuut uitspreken. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het ontnemen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de zorgouder in bepaalde situaties zonder evenwel te raken aan de andere rechten van het statuut.

---

<sup>1433</sup> S. MOSSELMANS en A. VAN THIENEN, "Art. 389 BW" in *Comm.Pers.* (bijgewerkt tot 31 maart 2014), nrs. 19-23.

<sup>1434</sup> S. MOSSELMANS, *Voogdij*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 737, 449.



## § 1. Om gewichtige redenen

409. In het licht van de reeds bestaande gezagsinstellingen en het gelijkheidsbeginsel,<sup>1435</sup> moet het zorgouderschapsstatuut kunnen worden beëindigd om gewichtige redenen. Zowel de gewone adoptie, de voogdij, als het ouderlijk gezag kunnen immers voortijdig worden beëindigd omwille van 'zeer gewichtige redenen'. Ook de pleegvoogdij kan voortijdig worden beëindigd, zij het dat 'gewichtige redenen' daartoe volstaan aangezien de pleegvoogdij minder verstrekkende gevolgen heeft dan de gewone adoptie (cf. nr. 16). Bij elk van deze gezagsinstellingen wordt de voortijdige beëindiging met verschillende termen aangeduid. Zo is er bij een gewone adoptie sprake van herroeping (cf. nr. 12), bij het ouderlijk gezag en de voogdij van ontzetting (cf. nr. 23) en bij de pleegvoogdij van gerechtelijke beëindiging (cf. nr. 18). Telkenmale is een tussenkomst van de rechter vereist. Oordelen in andere zin voor de beëindiging van het zorgouderschapsstatuut, kan niet redelijkerwijze worden verantwoord. Een ongerechtvaardigd verschil in behandeling zou worden tot stand gebracht. Bovendien laat een rechterlijke tussenkomst toe belangen van de betrokkenen *in concreto* tegen elkaar worden afgewogen in het licht van de specifieke omstandigheden van het voorliggende geval, waarbij het belang van het kind een voorrangspositie inneemt (cf. nrs. 153 en 163).

Als 'gewichtige redenen' die de voortijdige beëindiging van het zorgouderschapsstatuut kunnen rechtvaardigen, wordt in dit proefschrift aansluiting gezocht bij de gronden die de rechter hanteert om de pleegvoogdij voortijdig te beëindigen. Zoals *supra* vermeld, zijn deze gronden geïnspireerd op de herroepingsgronden van een gewone adoptie (art. 354-1 BW). Kenmerkend voor deze herroepingsgronden is dat ze betrekking hebben op foutieve handelingen en gedragingen van de adoptant en de geadopteerde, alsook op zwaarwichtige omstandigheden waardoor de opvoedingsrelatie mislukt is en geen socio-affectieve band tussen de adoptant en de geadopteerde voorhanden is.<sup>1436</sup> Een herroeping

---

<sup>1435</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS., nrs. 69-70, 76-77 (cf. nr. 130 e.v.).

<sup>1436</sup> M. DEKERVEL, "Art. 354-1 BW" in *Comm.Pers.*, nrs. 2-4 met verwijzing naar rechtspraak voor voorbeelden in nrs. 3 en 4 (bijgewerkt tot 1 maart 2014); P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven,

veronderstelt met andere woorden niet noodzakelijk de aanwezigheid van een fout in hoofde van de adoptant of geadopteerde, maar kan ook gerechtvaardigd worden door de concrete omstandigheden.<sup>1437</sup> In het licht van deze redenering is bijgevolg sprake van 'gewichtige redenen' wanneer de verstandhouding tussen de zorgouder en het kind verstoord is, en het statuut daardoor niet meer werkzaam is, tengevolge van een foutieve handeling of gedraging van een van hen dan wel tengevolge van concrete omstandigheden, zoals bijvoorbeeld een verslavingsproblematiek in hoofde van het kind of de zorgouder. Door gebruik te maken van een open begrip als 'gewichtige redenen' kan de rechter rekening houden met een geheel van feiten en elementen, zoals het karakter van de betrokkenen, hun achtergrond, alsook met de ruimere context van de opvoedingssituatie, zoals bijvoorbeeld de veelvuldige conflicten tussen de zorgouder en een van de ouders of een relatiebreuk tussen de zorgouder en de ouder.

De gronden die tot een ontzetting van de voogdij of het ouderlijk gezag aanleiding kunnen geven worden bewust niet gehanteerd bij de invulling van het begrip 'gewichtige redenen'. Deze gronden hebben immers uitsluitend betrekking op foutieve handelingen van de voogd of ouder ten nadele van het kind, waarbij de voogd of ouder daarvoor mogelijks strafrechtelijk werd veroordeeld (art. 398, 1<sup>o</sup> en 2<sup>o</sup> BW en art. 32 Jeugdbeschermingswet – cf. nr. 23).<sup>1438</sup> In dit proefschrift wordt evenwel ook rekening gehouden met de ruimere context van de opvoedingssituatie.

#### A. Op verzoek van het Openbaar Ministerie

410. Het verzoek om voortijdige beëindiging van het statuut omwille van gewichtige redenen kan uitgaan van het Openbaar Ministerie en dit om de volgende redenen.

Vooreerst is de Belgische Staat verplicht om krachtens art. 3(2) IVRK de nodige maatregelen te nemen om het belang van het kind te

---

Acco, 2017, nr. 1115; G. VERSCHELDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 777, 341.

<sup>1437</sup> M. DEKERVEL, "Art. 354-1 BW" in *Comm.Pers.*, nr. 5 (bijgewerkt tot 1 maart 2014).

<sup>1438</sup> S. MOSSELMANS, *Voogdij*, Mechelen, Kluwer, 2004, nrs. 252 e.v., 140 e.v.; G. VERSCHELDEN, *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 899, 396-398 (ouderlijk gezag).

beschermen.<sup>1439</sup> Doordat het Openbaar Ministerie kan verzoeken om een voortijdige beëindiging van het statuut wanneer het belang van het kind in gevaar is door de opvoeding van de zorgouder, treedt het Openbaar Ministerie op als bewaker van dit belang. Ook in de reeds bestaande gezagsinstellingen adoptie, ouderlijk gezag, pleegvoogdij en (pro)voogdij fungeert het Openbaar Ministerie als bewaker van het belang van het kind omdat het de rechter kan verzoeken om een voortijdige beëindiging (cf. nrs. 12, 18, 23 en 29). Op deze manier kan het Openbaar Ministerie de goede werking van het zorgouderschapstatuut evalueren in het licht van de specifieke omstandigheden van de opvoedingssituatie.

Daarnaast heeft de implementatie van de artikelen 5 en 18 IVRK tot gevolg dat de zorgouder verschillende ouderlijke plichten moet respecteren zoals *supra* vermeld (cf. nrs. 324, 327, 335, 338, 339).<sup>1440</sup> Door het Openbaar Ministerie titularis te maken van deze vordering, kan de naleving van deze plichten door de zorgouder worden verzekerd alsook de overeenstemmende rechten voor het kind worden gewaarborgd.

B. Op verzoek van de zorgouder

411. De zorgouder kan om de volgende redenen zelf verzoeken om de voortijdige beëindiging van het zorgouderschapstatuut.

Vooreerst is het zorgouderschapstatuut gebaseerd op de vrije wil van de zorgouder om het kind naar volwassenheid te begeleiden (cf. nrs. 162 en 293). Bijgevolg kan de zorgouder niet gedwongen worden om het zorgouderschapstatuut verder te blijven uitoefenen in een andere context dan degene waarin hij het statuut heeft aanvaard. Zodoende kan rekening worden gehouden met evoluties in de opvoedingssituatie van het kind en de levensomstandigheden van de betrokkenen. Om evenwel te voorkomen dat louter op grond van de wil van de zorgouder het statuut voortijdig kan worden beëindigd, alsook omwille van de rechtszekerheid en de stabiliteit

---

<sup>1439</sup> S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, Den Haag, 1999, 93-94.

<sup>1440</sup> S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer, Den Haag, 1999, 119-122 (met verwijzing naar documenten van het Comité voor de Rechten van het Kind), 295, 302-303, 305.

van het zorgouderschapstatuut, moet het verzoek van de zorgouder op gewichtige redenen gebaseerd zijn.<sup>1441</sup>

Bovendien kan worden vastgesteld dat ook de adoptant, de voogd, de pleegvoogd en de provoogd de rechter kunnen verzoeken om de voortijdige beëindiging van hun opdracht, voor zover wettige redenen (art. 396, tweede lid BW) of (zeer) gewichtige redenen worden aangetoond (art. 354-1 BW en art. 475*sexies* BW) (cf. nrs. 12, 18, 23 en 29). Bij deze gezagsinstellingen staat immers ook de welwillendheid van de feitelijke ouder centraal om het kind op te voeden.

Tot slot toont ook de rechtsvergelijkende analyse aan dat in alle bestudeerde rechtsstelsels de zorgouder zelf de rechter kan verzoeken om een beëindiging van het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag (cf. nrs. 388-390).

412. In dit proefschrift *kan* dankzij het open begrip 'gewichtige redenen' het statuut voortijdig worden beëindigd op verzoek van de zorgouder omwille van bijvoorbeeld een relatiebreuk met de ouder<sup>1442</sup> of voortdurende conflicten met de ouder over de opvoeding van het kind.

Ook de andere gezagsinstellingen van adoptie, ouderlijk gezag, pleegvoogdij en (pro)voogdij worden niet automatisch beëindigd door een relatiebreuk of opvoedingsconflicten (cf. nrs. 12, 18, 23 en 29).<sup>1443</sup>

Bovendien toont de rechtsvergelijkende analyse aan dat zowel in Nederland, Engeland als Frankrijk een relatiebreuk of opvoedingsconflicten tussen de zorgouder en de ouder niet automatisch het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag beëindigen. Steeds is een rechterlijke tussenkomst vereist waarbij het belang van het kind wordt beoordeeld (cf. nrs. 388-390). In Duitsland daarentegen is uitsluitend een rechterlijke tussenkomst vereist opdat het *Mitsorgerecht* kan worden beëindigd wegens opvoedingsconflicten tussen de zorgouder en de ouder. Bij een relatiebreuk tussen de zorgouder en de ouder wordt het *Mitsorgerecht* immers van

---

<sup>1441</sup> Naar analogie met: M. DEKERVEL, "Art. 354-1 BW" in *Comm.Pers.*, nr. 2 (bijgewerkt tot 1 maart 2014).

<sup>1442</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS., nr. 72, 78 (cf. nr. 130 e.v.).

<sup>1443</sup> Zie ook in die zin Adv. RvS. (cf. nr. 130 e.v.).

rechtswege beëindigd aangezien de zorgouder en ouder gehuwd moeten zijn of een geregistreerd partnerschap moeten zijn aangegaan opdat de zorgouder dit recht kan uitoefenen.

Daarnaast zou een automatische beëindiging leiden tot een verschillende behandeling van zorgouders, en de door hen opgevoede kinderen, al naargelang een partnerrelatie met de ouder voorhanden is of niet. Een dergelijk verschil in behandeling kan niet worden verantwoord gelet op het doel van het zorgouderschapsstatuut dat erin bestaat een kind naar volwassenheid te begeleiden waarin de zorgouder de ouder helpt en zodoende een bijkomende en ondersteunende rol vervult in de opvoeding.

Tot slot zou een automatische beëindiging van het statuut tengevolge van een relatiebreuk tussen de ouder en zorgouder, de zorgouder in staat stellen om zoals in Duitsland louter op basis van zijn eigen wil het statuut te beëindigen (cf. nr. 390). Een dergelijke mogelijkheid doet afbreuk aan de rechtszekerheid en de stabiliteit van het statuut.

#### C. Op verzoek van de ouder(s)

413. Zowel de ouder die door de zorgouder wordt geholpen in de opvoeding van het kind, als de eventuele tweede ouder die mee de zorgouderschapsverklaring heeft afgelegd, kunnen de rechter verzoeken om een voortijdige beëindiging van het statuut. Beide ouders zijn daartoe ook bevoegd wanneer het statuut middels een gerechtelijke procedure aan de zorgouder werd toegekend (cf. nrs. 278-283).

De voortijdige beëindiging van het statuut op verzoek van de ouder(s) is verantwoord gelet op de artikelen 5 en 18 IVRK volgens welke bepalingen de ouders de eerste opvoedingsverantwoordelijken van het kind zijn. Zodoende wordt niet alleen erkend dat de ouders de titularissen van het ouderlijk gezag zijn, maar wordt ook het bijkomstige en ondersteunende karakter van de opvoedende rol van de zorgouder erkend (cf. nrs. 158, 162 en 293). In deze context komt het logisch voor dat de tweede ouder met wie de zorgouder niet gezamenlijk het gezag uitoefent toch kan verzoeken om de voortijdige beëindiging van het zorgouderschapsstatuut.

Bovendien kan worden vastgesteld dat in de reeds voorhanden zijnde gezagsinstellingen de ouders over hetzelfde recht beschikken.<sup>1444</sup> Zo kunnen ouders die van het ouderlijk gezag ontzet zijn één jaar na het definitief worden van de maatregel verzoeken om te worden hersteld in het ouderlijk gezag zodat de provoogdij tot een einde komt (art. 60 Jeugdbeschermingswet – cf. nr. 29). Aangezien de ontzetting betrekking heeft op het titularisschap van het ouderlijk gezag, kan worden verdedigd dat ouders *a fortiori* de toekenning van de uitoefening van het gezag aan de zorgouder voortijdig kunnen beëindigen. Ook kunnen ouders die niet meer in de voortdurende onmogelijkheid verkeren om het gezag uit te oefenen, de voogdij beëindigen (cf. nr. 23), en kunnen ze in het kader van pleegvoogdij verzoeken om een gerechtelijke beëindiging (art. 475<sup>sexies</sup> BW – cf. nr. 18). Uitsluitend bij de herroeping van een gewone adoptie zijn de ouders geen titularis van deze vordering. Deze keuze van de wetgever kan worden verklaard vanuit de stabiliteit en rechtszekerheid van de adoptieve afstammingsbanden (cf. nr. 12). Zo was men bij de totstandkoming van de wet van 22 maart 1940 aanvankelijk geneigd om de oorspronkelijke ouders een herroepingsrecht toe te kennen teneinde het kind te beschermen tegen mishandelingen en gewelddaden van de adoptant(en). Evenwel bestond ook de vrees dat de ouders de vordering tot herroeping van de adoptie als drukkings- of afpersingsmiddel zouden gebruiken tegen de adoptant(en). Bijgevolg heeft de wetgever er bewust voor geopteerd om de oorspronkelijke ouders van het kind geen titularis te maken van de vordering tot herroeping, maar dit recht toe te kennen aan het Openbaar Ministerie. Op die manier kunnen de ouders zich tot het Openbaar Ministerie wenden en via een omweg toch de herroeping van de adoptie bewerkstelligen.<sup>1445</sup> Deze vaststelling kan evenwel niet verhinderen dat ouders de rechter kunnen verzoeken om een voortijdige beëindiging van het zorgouderschapsstatuut, aangezien middels het statuut geen afstammingsbanden worden gevestigd.

---

<sup>1444</sup> Zie ook in die zin: Adv. RvS., nrs. 62 e.v., 73 e.v. en nrs. 81-82, 83-85 (cf. nr. 130 e.v.).

<sup>1445</sup> A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht. Personen en familierecht*, Antwerpen, Standaard, 1942, nr. 611, 526; J. RONDOU, "Rond de wet van 22 maart 1940 op de aanneming van een kind", *RTB* 1940, (335) 369 met verwijzing naar voorbereidende werken aldaar.

Verder blijkt uit de rechtsvergelijkende analyse dat ook in alle buitenlandse rechtsstelsels de ouder van het kind kan verzoeken om een voortijdige beëindiging van het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de zorgouder (cf. nrs. 388-390).

Ten slotte kan een ouder niet gedwongen worden om samen met de zorgouder verder het ouderlijk gezag te blijven uitoefenen. Om evenwel te vermijden dat loutere willekeur in hoofde van de ouder tot de voortijdige beëindiging van het statuut kan leiden, moeten steeds 'gewichtige redenen' voorhanden zijn die door de rechter worden beoordeeld. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan een voortdurende onenigheid tussen de zorgouder en de ouder die nefast is voor de opvoeding van het kind of een relatiebreuk tussen beiden.

D. Op verzoek van het kind

414. Het zorgouderschapstatuut kan door de rechter voortijdig worden beëindigd op verzoek van het kind voor zover gewichtige redenen voorhanden zijn. Ook de reeds bestaande gezagsinstellingen kunnen immers door toedoen van het kind worden beëindigd.<sup>1446</sup> Zo kan het kind vanaf een bepaalde leeftijd via het Openbaar Ministerie verzoeken om de gerechtelijke beëindiging van de pleegvoogdij (art. 475*sexies*, eerste lid, 3° BW – cf. nr. 18) of ernstige betwistingen met zijn (toeziende) voogd melden aan het Openbaar Ministerie (art. 405, § 2 BW). Vervolgens kan het Openbaar Ministerie de zaak aanhangig maken bij de vrederechter die het conflict beslecht.<sup>1447</sup> Het komt voor dat via deze weg het kind een grond tot onbekwaamheid of ontzetting van de voogd ter kennis kan brengen van het Openbaar Ministerie. Het Openbaar Ministerie kan dan desgevallend de ontzetting vorderen van de voogd krachtens art. 399 BW. De vrederechter heeft inzake de redenen van onbekwaamheid uit art. 397 BW geen appreciatiebevoegdheid, maar daarentegen wel bij de redenen van

---

<sup>1446</sup> Zie ook in die zin: Adv. RvS., nr. 62 e.v., 73 e.v. en nrs. 81-82, 83-85 (cf. nr. 130 e.v.).

<sup>1447</sup> S. MOSSELMANS, "Art. 405 BW" in *Comm.Pers.* (bijgewerkt tot 1 oktober 2002); P. SENAEVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – wijzigingen in Boek I BW inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding" in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nrs. 185-190, (63) 71-73.

ontzetting uit art. 398 BW.<sup>1448</sup> Aangezien dezelfde gronden van onbekwaamheid gelden voor de provoogd (cf. nr. 29), kan worden verdedigd dat het kind zich dienaangaande eveneens op informele wijze tot het Openbaar Ministerie kan wenden. De tussenkomst van het Openbaar Ministerie kan voor deze gezagsinstellingen worden verklaard vanuit de idee dat de ouders van het kind die normaal optreden als zijn wettelijke vertegenwoordigers vervangen werden door een pleegvoogd, voogd of provoogd. Doordat zowel de pleegvoogdij, de voogdij en de provoogdij door toedoen van het kind kunnen worden beëindigd, verzet bijgevolg niets zich tegen het feit dat het kind kan verzoeken om een vervroegde beëindiging van het zorgouderschapsstatuut. Steun voor deze stelling kan ook worden gevonden in het advies van de Raad van State (cf. nr. 130 e.v.).<sup>1449</sup>

Tot slot kan op deze manier het doelmatig recht van het kind op (toezicht op zijn) opvoeding en uitoefening van het ouderlijk gezag in zijn belang gewaarborgd worden (cf. nrs. 353-354).

415. Wegens zijn procesonbekwaamheid kan het kind zich evenwel niet zelf tot de familierechtbank wenden voor een voortijdige beëindiging van het statuut. Om die reden moet het kind in beginsel vertegenwoordigd worden door zijn wettelijke vertegenwoordiger, zijnde de juridische ouder(s). Gelet op de mogelijke belangentegenstelling die tussen de ouder(s) en het kind kan bestaan aangaande de voortzetting van het zorgouderschapsstatuut, wordt het kind vertegenwoordigd door een voogd *ad hoc* (naar analogie met art. 331*sexies* BW).

## **§ 2. Toekenning van de uitoefening van het ouderlijk gezag aan de ouder**

416. Wordt de uitoefening van het ouderlijk gezag toegekend aan een ouder die tot dan toe samen met de zorgouder slechts een recht van toezicht en informatie uitoefende door een rechterlijke toewijzing van het gezag, door het overlijden van de andere ouder of door het feit dat deze ouder in de voortdurende onmogelijkheid verkeert om het ouderlijk gezag uit te oefenen,

---

<sup>1448</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 576/001, 19-20; S. MOSELMANS en A. VAN THIENEN, "Art. 398 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, nr. 3, (bijgewerkt tot 1 januari 2016).

<sup>1449</sup> Adv. RvS., nr. 71, 78 (cf. nr. 130 e.v.).



dan *kan* het beperkte statuut van de zorgouder worden beëindigd en worden uitgebreid tot een ruim statuut. Een wijziging van de gezagsuitoefening in hoofde van de ouder *moet* immers niet steeds de beëindiging van het zorgouderschapstatuut tot gevolg hebben, aangezien in de reeds bestaande gezagsinstellingen een wijziging van het gezag in hoofde van de ouder(s) uitsluitend de voogdij of de provoogdij beëindigt. Zo eindigt de voogdij wanneer een ouder zich niet langer in de onmogelijkheid bevindt om het ouderlijk gezag uit te oefenen (cf. nr. 23), en eindigt de provoogdij wanneer de ontzette ouder hersteld wordt in het ouderlijk gezag (cf. nr. 29). Dit kan worden verklaard doordat de voogd en de provoogd de ouders vervangen in de opvoeding van het kind.<sup>1450</sup> Een dergelijke vervangende logica is evenwel afwezig bij het zorgouderschapstatuut, waar de zorgouder een bijkomstige en ondersteunende rol vervult in de opvoeding van het kind en geenszins de ouder van het kind vervangt. Bovendien werden bij de oorspronkelijke verkrijging van het statuut dergelijke ruime rechten niet beoogd door de ouder(s) en de zorgouder. Om die reden is een rechterlijke tussenkomst vereist zodat de rechter in het licht van de concrete omstandigheden kan oordelen of een uitbreiding van het statuut het belang van het kind dient.

### **AFDELING 3. Gevolgen**

417. De beëindiging van het zorgouderschapstatuut heeft tot gevolg dat de zorgouder niet langer gerechtigd is om de in het statuut opgenomen ouderlijke bevoegdheden uit te oefenen. Bijgevolg kan een nieuw zorgouderschapstatuut worden toegekend aan een andere persoon die aan de nodige voorwaarden voldoet. Een ouder kan immers maar door één zorgouder tegelijkertijd worden geholpen in de opvoeding van het kind (cf. nrs. 237-238). Opeenvolgende zorgoudersschappen zijn derhalve mogelijk.

---

<sup>1450</sup> Bij pleegvoogdij daarentegen heeft een wijziging in de uitoefening van het gezag langs de kant van de ouders geen gevolgen voor de pleegvoogd aangezien de ouderlijke bevoegdheden gesplitst zijn. Bij adoptie is de oorspronkelijke afstammingsband in hoofde van de ouders vervangen door een adoptieve afstammingsband in hoofde van de adoptant(en) zodat een gezagswijziging in hoofde van de oorspronkelijke ouders zelfs uitgesloten is.

418. Wanneer tussen de opeenvolgende zorgouders geschillen zouden ontstaan, rijst de vraag hoe deze moeten worden beslecht.<sup>1451</sup> In dit proefschrift wordt voorgesteld dat uitsluitend de ouder die door de zorgouder wordt geholpen in de opvoeding van het kind, zich tot de familierechtbank kan wenden om het geschil te laten beslechten. De zorgouder zelf beschikt dus niet over de mogelijkheid om een geschil met de vorige zorgouder bij de familierechtbank aanhangig te maken, en wel om de volgende redenen.

Vooreerst heeft een zorgouder alleen de mogelijkheid om een geschil bij de rechtbank aanhangig te maken in verhouding tot de ouder met wie hij samen het ouderlijk gezag uitoefent (cf. nr. 326). De zorgouder heeft evenwel nooit samen met de vorige zorgouder het ouderlijk gezag uitgeoefend zodat hij op deze grondslag al geen vordering kan verkrijgen.

Bovendien zijn de ouders als titularissen van het gezag de eerste opvoedingsverantwoordelijken overeenkomstig de artt. 5 en 18 IVRK zodat het aan hen toekomt om een geschil tussen de uitoefenaars van het gezag, zijnde de zorgouders, bij de rechtbank aanhangig te maken. Ook in het kader van de bestaande gezagsinstellingen kan bij vervanging van de voogd of de provoogd diens opvolger geen vordering instellen tegen zijn voorganger. Uitsluitend bij de voogdij kan het kind een aansprakelijkheidsvordering tegen de voogd en/of de toeziende voogd instellen, zij het dat deze vordering betrekking heeft op een slecht goederenbeheer (art. 417 BW).

Steun voor deze keuze wordt verder ook gevonden in de rechtsvergelijkende analyse. Zo beschikt in Duitsland de zorgouder zelfs niet over een vorderingsrecht voor opvoedingsgeschillen met de ouder van het kind wanneer hij het *Mitsorgerecht* uitoefent (cf. nr. 313). Bijgevolg kan worden aangenomen dat hij *a fortiori* niet over een dergelijk recht beschikt tegen een vorige zorgouder. Niettegenstaande in Frankrijk een zorgouder wel opvoedingsgeschillen met de ouder(s) kan aanhangig maken bij de familierechtbank omdat ze gezamenlijk het gezag uitoefenen, moet worden aangenomen dat geschillen tussen opeenvolgende zorgouders niet door henzelf aan de rechtbank kunnen worden voorgelegd. Opeenvolgende

---

<sup>1451</sup> Zie ook in die zin: Adv. RvS., nr. 72, 78 (cf. nr. 130 e.v.).

zorgouders hebben immers nooit samen het ouderlijk gezag uitgeoefend, wat net de grondslag vormt voor ouder(s) en zorgouder om bij onenigheid zich tot de rechter te wenden (cf. nr. 313).

Ten slotte komt het voor dat mocht een zorgouder zich steeds tot de familierechtbank kunnen wenden indien er zich geschillen met zijn voorgangers voordoen, de werking van het statuut in het gedrang komt.

419. Na de beëindiging van het statuut beschikt de zorgouder nog over een recht op persoonlijk contact met het kind overeenkomstig art. 375*bis* BW. De zorgouder wordt vermoed een bijzonder affectieve band met het kind te hebben voor zover hij gedurende minstens een jaar de ouderlijke bevoegdheden waaronder het recht van zorg heeft uitgeoefend. Een dergelijke zienswijze sluit aan bij tendensen in het huidige Belgische recht (cf. nr. 37 - naar analogie met art. 387*quaterdecies* BW).<sup>1452</sup>

Desgevallend kan de zorgouder ook nog worden aangesproken tot betaling van levensonderhoud aan het kind wanneer diens opleiding nog niet voltooid is, en voor zover aan alle voorwaarden terzake voldaan is (cf. nr. 331).

---

<sup>1452</sup> Zie onder andere: G. DECOCK, "De wet van 19 maart 2017 tot invoering van een statuut voor pleegzorgers" in G. DECOCK, P. SENAËVE, G. VERSCHULDEN en T. WIJNANT (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 132-134, (51) 78; J. FIERENS, "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux", *Act.dr.fam.* 2017/6, nr. 21, (138) 145-146; P. SENAËVE en Ch. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, nr. 1361.



## **Besluit**

### **Verantwoording**

420. Maatschappelijke en medische evoluties hebben tot gevolg dat een kind vandaag steeds vaker wordt opgevoed door een persoon die samen met de ouder(s) het kind begeleidt tot volwassenheid en zodoende de ouders helpt het kind op te voeden, zonder evenwel de juridische of biologische ouder van het kind te zijn. Hierbij kan worden gedacht aan nieuw samengestelde gezinnen waarbij de stiefouder deze rol vervult, maar ook aan andere personen zoals bv. een oom die na het overlijden van een van beide ouders het kind helpt opvoeden. De voornoemde evoluties hebben een grotere *fragmentatie van het ouderschap* veroorzaakt. Waar voorheen juridisch, biologisch en feitelijk ouderschap meestal samen aanwezig waren in hoofde van een gehuwde man en vrouw die het kind binnen hun huwelijk hadden verwekt en door de vestiging van een juridische afstammingsband tevens titularis van het ouderlijk gezag waren, zijn de functies van ouderschap vandaag vaker verspreid. In dit proefschrift werd onderzocht op welke wijze deze zorgouders in rechte moeten of kunnen worden erkend (cf. nrs. 1-3).

Een statuut voor zorgouders is niet alleen verantwoord in het licht van de maatschappelijke realiteit, maar ook in het licht van de vastgestelde *lacune in de huidige Belgische wetgeving*. Niettegenstaande reeds een aantal mogelijkheden bestaan om de rol van zorgouder juridisch te verankeren, zij het via het (adoptieve) afstammingsrecht, via gezagsinstellingen zoals pleegvoogdij, voogdij, provoogdij of pleegzorg, dan wel via het verbintennisrecht middels een lastgevingsovereenkomst, moet worden vastgesteld dat het telkenmale een oneigenlijk gebruik betreft voor de in dit proefschrift beoogde opvoedingssituatie (cf. nrs. 4-47). Ook *het toenmalige Arbitragehof* heeft in een arrest van 8 oktober 2003 deze lacune in de Belgische wetgeving aan de kaak gesteld door te oordelen dat de categorie van minderjarige kinderen die slechts één ouder hebben ten aanzien van wie de juridische afstamming vaststaat, maar die op duurzame wijze geleefd hebben binnen een gezin dat wordt gevormd door die ouder en een derde die beiden instaan voor het onderhoud van het kind, verschillend worden

behandeld zonder toelaatbare verantwoording van de categorie van kinderen met een dubbele afstammingsband, aangezien deze minderjarige kinderen "(ov. B. 6-7)... *ingeval van scheiding van het paar en in het bijzonder in geval van overlijden van de ouder die een afstammingsband met het kind had, elk recht op verzorging, hieronder begrepen het recht op onderhoud en op bescherming van de persoon die het heeft opgevoed, kunnen verliezen. Daaruit volgt dat die categorie kinderen zonder toelaatbare verantwoording verschillend wordt behandeld. Maar het staat aan de wetgever om te preciseren in welke vorm, onder welke voorwaarden en volgens welke procedure het ouderlijk gezag, in het belang van het kind, zou kunnen worden uitgebreid tot andere personen die geen afstammingsband met het kind hebben, aangezien de bepalingen van de artikelen 371 tot 387bis van het Burgerlijk Wetboek niet als dusdanig, naar analogie, op de in B.1 beschreven situatie kunnen worden toegepast.*" (cf. nrs. 120-129). In navolging van dit arrest werden verschillende wetsvoorstellen en amendementen ingediend tot invoering van een stiefouderschap of adoptie door paren van hetzelfde geslacht, waarover de *Raad van State* vervolgens advies heeft uitgebracht. In het advies nr. 51-393/2 van 7 oktober 2005 veronderstelt ook de Raad dat een wetgevend optreden ter omkadering van feitelijke relaties tussen een kind en zijn zorgouder voortvloeit uit art. 8 EVRM dat ook van toepassing is op feitelijke relaties, zoals tussen een zorgouder en een kind (cf. nrs. 130-145).

Volgens het EHRM maakt de relatie tussen de zorgouder en het kind dat hij helpt opvoeden immers *beschermenswaardig familieleven* uit in de zin van art. 8 EVRM, voor zover deze relatie daadwerkelijk wordt beleefd. Er is sprake van een daadwerkelijke beleving wanneer een geheel van elementen aanwezig is, zoals onder meer de samenwoning van de zorgouder met het kind (cf. *Söderbäck/Zweden*), het bestaan van een biologische band tussen beiden (cf. *Bronda/Italië*), de beschermenswaardige partnerrelatie van de ouder met de zorgouder waarbinnen het kind wordt opgevoed (cf. *X.e.a./Oostenrijk*) of de opvoedende rol van de zorgouder ten aanzien van het kind (cf. *Boyle/Verenigd Koninkrijk*). Geen van deze elementen vormen als dusdanig noodzakelijke of voldoende voorwaarden om de daadwerkelijke beleving van de relatie tussen zorgouder en kind te bewijzen. De nieuw tot

stand gekomen banden van familielevens tussen de zorgouder en het kind kunnen bestaan naast de banden van familielevens tussen de ouder en het kind die om deze reden niet worden beëindigd (cf. *X.e.a./Oostenrijk*). Soms, maar niet steeds, laat het EHRM bovendien de nieuwe familiebanden tussen de zorgouder en het kind die in aard en intensiteit verschillen van de familiebanden tussen de ouder en het kind primeren (cf. zorgouder: *Kuijper/Nederland*; ouder: cf. *Mandet/Frankrijk*). Omdat de aard en intensiteit van de nieuw tot stand gekomen banden van familielevens verschillen, verschillen ook de rechtsgevolgen die uit deze banden voortvloeien (cf. nr. 324). Een belangrijk gevolg van de kwalificatie van de relatie tussen de zorgouder en het kind als familielevens in de zin van art. 8 EVRM, is het ontstaan van een positieve verplichting in hoofde van de nationale wetgever om deze relaties te beschermen. Aan deze verplichting wordt tegemoetgekomen met de ontwikkeling van een wettelijk kader voor zorgouders (cf. nrs. 62-118).

Bovendien toont ook het rechtsvergelijkend onderzoek aan dat in heel wat Europese landen een statuut wordt verleend aan zorgouders. Zowel in Duitsland (§ 1687b BGB en § 9LPartG), Engeland (Children Act 1989), Frankrijk (art. 377-1 Cc) als Nederland (art. 1:253t NBW) kan de zorgouder het titularisschap dan wel de uitoefening van het ouderlijk gezag verkrijgen via de rechter, een overeenkomst of van rechtswege (cf. nrs. 146-148).

Ten slotte is een statuut voor de zorgouder in eerste instantie in het belang van het kind omdat op deze manier het kind elk recht op verzorging, daaronder begrepen het recht op onderhoud en bescherming, ten aanzien van de zorgouder niet zomaar zou kunnen verliezen. Bovendien wordt op deze manier vermeden dat het kind volledig is overgeleverd aan de willekeur van de zorgouder. Een statuut is ook in het belang van de zorgouder zelf, die zodoende niet alleen zijn rol in de opvoeding van het kind erkend ziet maar ook afgebakend weet (cf. nrs. 153-162).

421. De finaliteit van het statuut is hierin gelegen dat het de zorgouder in staat moet stellen om de ouder(s) te helpen in de opvoeding van het kind (cf. nrs. 48 en 171). Bij de uitwerking van het statuut moeten zowel het

belang van het kind als het belang van de zorgouder en ouder(s) in acht worden genomen.

Het kind heeft belang bij de ontwikkeling van een statuut omdat de zorgouder het kind een opvoeding verschaft en zodoende diens verdere socialisatie en begeleiding tot volwassenheid verzekert, alsook de continuïteit in diens opvoeding. Het kind heeft immers behoefte aan een bepaald verwachtingspatroon en een zekere houvast (cf. nrs. 153-159).

De zorgouder heeft belang bij de toekenning van het statuut omdat op die manier zijn opvoedende rol ten aanzien van het kind in rechte wordt erkend, rekening houdend met de eigenheid van deze rol (cf. nrs. 160-162).

De ouder heeft belang bij de toekenning van een statuut aan de zorgouder omdat hij op deze manier wordt geholpen in de opvoeding van het kind, zonder dat evenwel afbreuk wordt gedaan aan zijn familielevens met het kind in de zin van art. 8 EVRM, alsook aan het feit dat hij de eerste opvoedingsverantwoordelijke van het kind is in de zin van art. 5 en art. 18 IVRK.

Tussen deze betrokken belangen wordt bij de uitwerking van het statuut een belangenafweging *in abstracto* doorgevoerd. Dit om redenen van rechtszekerheid en om te voorkomen dat *steeds* en voor *elke* persoon die verzoekt om de toekenning van het statuut een belangenafweging *in concreto* moet worden gemaakt. Niet alleen *kunnen* daardoor problemen van inconsistente en arbitraire afwegingen ontstaan, ook zou het statuut desgevallend met vertraging worden toegekend, wat de opvoeding van het kind niet ten goede komt. Uitsluitend in bepaalde situaties is een belangenafweging *in concreto* mogelijk door de rechter. Het gaat dan meer bepaald om de verkrijging van het statuut op subsidiaire wijze via de rechter (cf. nr. 278 e.v.), om de homologatie van de wijziging van het statuut door de rechter (cf. nrs. 380-381) of de beëindiging van het statuut door de rechter (cf. nrs. 407 e.v.). Zowel in het kader van de belangenafweging *in abstracto* als *in concreto* heeft het belang van het kind steeds een primordiale, maar geen absolute waarde. De voorrangpositie die aan het belang van het kind wordt toegekend, vloeit voort uit het functionele karakter van het statuut voor de zorgouder dat een verdere socialisatie en



begeleiding van het kind naar volwassenheid beoogt. Deze voorrangspositie impliceert dat steeds een *volledige toetsing* van het belang van het kind wordt doorgevoerd (cf. nr. 163).

### **Grondslag**

422. Het voorgestelde statuut wordt vastgeknoopt aan de regeling omtrent het ouderlijk gezag (i.e. het *gezagsrecht*) en niet aan het afstammingsrecht.

De finaliteit van het ouderlijk gezag is vooreerst gelegen in het leiden van het socialisatieproces in hoofde van het kind zodat het zich kan ontwikkelen tot een volwassen persoon die zich binnen de samenleving kan handhaven. Deze finaliteit stemt overeen met de opvoedende rol die de zorgouder vervult jegens het kind, alsook met de finaliteit van het voorgestelde statuut dat de zorgouder in staat moet stellen om de ouders te helpen het kind naar volwassenheid te begeleiden en te socialiseren.

Ook het tijdelijke en flexibele karakter van het ouderlijk gezag rechtvaardigt de keuze. De feitelijk opvoedende rol van de zorgouder eindigt immers wanneer het kind meerderjarig wordt, wat eveneens het geval is voor het ouderlijk gezag. Tevens evolueert de opvoedende rol van de zorgouder voortdurend overeenkomstig de behoeftes van het kind. Aan deze voortdurende evoluties binnen de opvoeding van het kind en aan de diversiteit van opvoedingssituaties kan het ouderlijk gezag het best tegemoet komen omwille van de flexibiliteit ervan, waardoor al naargelang de concrete omstandigheden van de opvoedingssituatie meer of minder rechten aan de zorgouder kunnen toekomen. Deze flexibiliteit is uitgesloten bij het afstammingsrecht waar een gevestigde afstammingsband niet flexibel wijzigbaar is omdat wordt beoogd een standvastige relatie tot stand te brengen tussen de betrokkenen. Bovendien is het afstammingsrecht een 'alles-of-niets'- regeling zodat men ofwel als juridische ouder beschikt over alle rechten en plichten die voortvloeien uit een juridische afstammingsband (bv. erfrecht, onderhoudsrecht, ouderlijk gezag), ofwel bij gebrek aan een dergelijke afstammingsband een 'derde' blijft met alle gevolgen van dien.

Ten slotte is een beroep op (de regeling van) het ouderlijk gezag verantwoord aangezien in alle bestudeerde rechtssystemen dit eveneens dienst

doet als grondslag voor de specifieke regelingen ter erkenning van de opvoedende rol van de zorgouder. In het Belgische recht is hiertoe vereist dat wordt geëvolueerd van een zuiver monistisch systeem, waar het titularisschap van het ouderlijk gezag steeds de vestiging van een juridische afstammingsband veronderstelt, naar een gecorrigeerd monistisch systeem, waarbij de ouders weliswaar de titularissen van het ouderlijk gezag zijn, maar de uitoefening van dit gezag ook aan andere personen kan worden toebedeeld. Met de Wet Pleegzorg van 19 maart 2017 werd reeds een eerste aanzet daartoe gegeven. Met het in dit proefschrift voorgestelde statuut wordt deze tendens verdergezet (cf. nrs. 164-178).

### **Materiële toepassingsvoorwaarden**

423. Vanuit de bevindingen van de rechtspraakanalyse inzake het recht op familieleven van art. 8 EVRM en de rechtsvergelijkende analyse (cf. nrs. 69 e.v., 182-193 en 205-221) is het personeel toepassingsgebied van het statuut beperkt tot zorgouders die aan drie cumulatieve materiële toepassingsvoorwaarden voldoen.

Ten eerste moet de zorgouder *een opvoedende rol waarnemen of willen waarnemen* ten aanzien van een minderjarig kind. De zorgouder moet met andere woorden betrokken zijn bij de opvoeding van het kind of (opnieuw) de wil koesteren om betrokken te zijn voor de toekomst. De opvoedende rol moet bijgevolg niet actueel van aard zijn, zodat zowel reeds bestaand familieleven tussen de zorgouder en het kind, als potentieel familieleven wordt beschermd. De voorwaarde van een opvoedende rol of de wil daartoe, is geformuleerd als een open norm zodat rekening kan worden gehouden met de concrete omstandigheden waarin het kind wordt opgevoed en met de verschillende handelingen gesteld door de zorgouder in de opvoeding van het kind (i.e. opvoedingshandelingen). Aangezien opvoedingshandelingen oneindig in aantal zijn en variëren naargelang de leeftijd van het kind, wordt voorgesteld om een indicatieve en niet-limitatieve lijst van criteria in de wet op te nemen. Deze criteria kunnen dan duiden op een betrokkenheid van de zorgouder in de opvoeding van het kind of op het feit dat hij een wil daartoe koestert. Zo zal onder andere - maar niet uitsluitend - een opvoedende rol of de wil daartoe blijken uit het feit dat

de zorgouder het kind van en naar schoolse en buitenschoolse activiteiten brengt of wil brengen, dat hij tegemoetkomt of wil tegemoetkomen aan de materiële behoeften van het kind door het kopen van voedsel en kledij, dat hij instaat of wil instaan voor de medische en psychologische ontwikkeling van het kind door bv. op doktersbezoek te gaan, en meer algemeen uit het feit dat hij betrokken is of wil betrokken zijn op het dagelijkse leven van het kind binnen diens verschillende sociale netwerken.

De opvoedende rol van de zorgouder of zijn wil daartoe kan met alle middelen van recht worden bewezen. Evenwel wordt voorgesteld om twee weerlegbare vermoedens in de wet in te schrijven. Krachtens een eerste vermoeden vervult de zorgouder een opvoedende rol of koestert hij de wil daartoe, wanneer hij samenwoont met het kind met wie hij bovendien een verwantschapsband heeft. In een dergelijke situatie kan worden verwacht dat de zorgouder die bv. een oom, tante of grootouder is, bepaalde handelingen zal stellen in de opvoeding van het kind die volgens de voormelde indicatieve lijst duiden op de vervulling van een opvoedende rol of de wil daartoe. Krachtens een tweede vermoeden vervult de zorgouder een opvoedende rol of koestert hij de wil daartoe, wanneer hij een beschermenswaardige partnerrelatie heeft met de ouder van het kind. Bovendien is vereist dat beiden gehuwd of wettelijk samenwonend zijn en dat de zorgouder ook samenwoont met het kind. Binnen deze context kan worden verwacht dat de zorgouder zich niet alleen zal engageren ten aanzien van zijn partner, maar ook ten aanzien van diens kind. In het kader van beide vermoedens is sprake van 'samenwoning' ingeval de zorgouder en het kind daadwerkelijk hun dagelijks leven delen met elkaar door onder hetzelfde dak te wonen, ongeacht waar ze hun juridische woonplaats hebben. Beide vermoedens kunnen worden weerlegd door de andere ouder van het kind die zich verzet tegen de toekenning van het statuut aan de zorgouder, en dit met alle middelen van recht (cf. nrs. 199-204).

Ten tweede moet een *vertrouwensrelatie* bestaan tussen de zorgouder en minstens een van de ouders van het kind, die tevens titularis is van het ouderlijk gezag en daarvan met andere woorden niet werd ontzet. Een vertrouwensrelatie is een feitelijke relatie tussen de zorgouder en minstens een van de ouders die het vertrouwen weerspiegelt van de

ouder(s) in de opvoedende rol die de zorgouder vervult of wil vervullen jegens het kind. Deze vertrouwensrelatie moet actueel van aard zijn. Aangezien de vaststelling van een actuele vertrouwensrelatie tussen de zorgouder en minstens een van de ouders een feitenkwestie uitmaakt, wordt opnieuw voorgesteld een indicatieve lijst van criteria te hanteren die wijzen op het voorhanden zijn van een dergelijke relatie. Zo zal onder andere maar niet uitsluitend een actueel vertrouwen van minstens een van de ouders in de opvoedende rol van de zorgouder blijken wanneer de ouder zich niet verzet tegen handelingen gesteld door de zorgouder, zoals bv. het kind naar de sportclub brengen, wanneer de ouder toelaat dat de zorgouder optreedt in de sociale netwerken waarbinnen het kind wordt opgevoed zoals onder meer op school en in zijn thuisomgeving, of wanneer de zorgouder alleen bepaalde opvoedingshandelingen met derden mag stellen zonder dat de ouder(s) van het kind mee optreden, zoals bv. het kind van en naar school brengen. Het bestaan van een actuele vertrouwensrelatie kan met alle middelen van recht worden bewezen. Opnieuw worden drie weerlegbare vermoedens ingebouwd. Krachtens een eerste vermoeden bestaat een vertrouwensrelatie tussen de zorgouder en minstens een van de ouders van het kind, wanneer de zorgouder en ouder van het kind gehuwd zijn of wettelijk samenwonen. Binnen deze context kan worden verwacht dat de zorgouder zich niet alleen zal engageren ten aanzien van zijn partner, maar ook ten aanzien van diens kind. Krachtens een tweede vermoeden bestaat een vertrouwensrelatie tussen de zorgouder en minstens een van de ouders van het kind, wanneer de zorgouder en ouder verwanten zijn, zoals bv. broer en zus of ouder en grootouder. Krachtens een derde vermoeden bestaat een vertrouwensrelatie tussen de zorgouder en minstens een van de ouders van het kind, wanneer de zorgouder en ouder feitelijk samenwonen en uit de concrete omstandigheden blijkt dat de samenwoning een uitdrukking vormt van hun wederzijds engagement. Deze vermoedens kunnen met alle middelen van recht worden weerlegd door de andere ouder van het kind die zich verzet tegen de toekenning van het statuut aan de zorgouder (cf. nrs. 223-230).

Ten derde is vereist dat in de vertrouwensrelatie met de ouder *niet reeds een andere persoon het statuut heeft verkregen* en dus als zorgouder

werd erkend. Elke ouder kan bijgevolg door maximaal één zorgouder tegelijkertijd worden geholpen (cf. nrs. 237-238).

### **Procedurele toepassingsvoorwaarden**

424. In dit proefschrift werd voorgesteld om de verkrijging van het statuut afhankelijk te maken van een door de zorgouder en ouders *gemeenschappelijk afgelegde verklaring* bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woonplaats van het kind. Deze keuze is verantwoord op grond van onder meer de toegenomen wilsautonomie in het familierecht en de bevindingen van de rechtsvergelijkende analyse (cf. nrs. 270-271).

De zorgouderschapsverklaring moet worden afgelegd door de zorgouder en de ouders van het kind. De wijze waarop de ouders het ouderlijk gezag uitoefenen, is hierbij irrelevant. Het is evenwel niet omdat het een gemeenschappelijk afgelegde verklaring betreft dat deze verklaring ook gezamenlijk moet worden afgelegd. Wanneer een van hen zich in de materiële onmogelijkheid bevindt om te verschijnen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand (bv. verblijf in het buitenland, de gevangenis, het ziekenhuis), dan kunnen zij dit ook afzonderlijk doen, voor zover de inhoud van de verklaring identiek is. In dat geval *kan* de niet-verschijnende ouder of zorgouder zijn verklaring laten opnemen in een akte opgesteld door de notaris of door de Belgische diplomatieke en consulaire overheden in het buitenland. De verklaring *moet* dan de reden van niet-verschijning vermelden.

De zorgouderschapsverklaring is slechts geldig wanneer om redenen van uniformiteit en transparantie *een bij KB voorgeschreven formulier* wordt gebruikt waarin in eenvoudige en bij wet vastgestelde bewoordingen de bereidheid tot het helpen opvoeden centraal staat. Bovendien moeten een aantal verplichte identiteitsgegevens van het kind, de ouder(s) en de zorgouder worden ingevuld, zijnde hun naam en voornamen, plaats van geboorte, datum van geboorte en woonplaats. De ambtenaar van de burgerlijke stand moet niet controleren of een vertrouwensrelatie aanwezig is tussen de zorgouder en de ouder, en evenmin of de zorgouder het kind opvoedt of wil opvoeden. Wel moet de ambtenaar nagaan of de zorgouder over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt, of alle ouders die

titularis van het ouderlijk gezag zijn de verklaring mee afleggen en of in de vertrouwensrelatie met de ouder niet reeds een andere persoon als zorgouder werd erkend. Desgevallend zal de ambtenaar van de burgerlijke stand weigeren de zorgouderschapsverklaring in ontvangst te nemen. Is de zorgouder evenwel een onbekwaamverklaarde meerderjarige, dan kan hij van de vrederechter een bijzondere machtiging verkrijgen om de zorgouderschapsverklaring af te leggen, voor zover hij daartoe wilsbekwaam wordt geacht (cf. nr. 274). Weigert de ambtenaar de zorgouderschapsverklaring in ontvangst te nemen omdat niet alle ouders die titularis zijn van het gezag de verklaring afleggen, of omdat hij van oordeel is dat de persoon die aanspraak maakt op het statuut over onvoldoende onderscheidingsvermogen beschikt dan wel omdat hij van oordeel is dat in de vertrouwensrelatie met de ouder reeds een andere persoon als zorgouder werd erkend, dan kunnen de zorgouder en ouder(s) zich tot de familierechtbank wenden om het statuut alsnog te verkrijgen (cf. nrs. 269-277).

425. Weigert een ouder de zorgouderschapsverklaring af te leggen, dan kunnen de zorgouder en de andere ouder zich gezamenlijk tot de familierechter wenden. De familierechter moet in dit geval over de toekenning van het statuut oordelen en voert daartoe een legaliteits- en een opportuniteitscontrole uit.

In het kader van de legaliteitscontrole gaat de rechter na of de beweerde zorgouder aan de drie voormelde materiële toepassingsvoorwaarden voldoet (cf. nr. 423). De bewijslast rust daarbij op de verzoekende zorgouder en ouder. Om na te gaan of de zorgouder een opvoedende rol vervult of wil vervullen kan de rechter bijvoorbeeld een maatschappelijk onderzoek bevelen. Ook kan hij eenvoudig nagaan of een ouder titularis is van het ouderlijk gezag door via diens strafregister te controleren of de ouder ten aanzien van het kind van het ouderlijk gezag ontzet werd. Of reeds een andere persoon als zorgouder werd erkend, kan de rechter controleren via de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woonplaats van het kind of desgevallend via de griffie van de familierechtbank die het statuut heeft toegekend.

In het kader van de opportuniteitscontrole voert de rechter een belangenafweging *in concreto* door tussen het belang van het kind, het belang van de zorgouder en het belang van de ouder(s). Het belang van het kind heeft daarbij een primordiaal karakter zonder evenwel steeds en op absolute wijze voor te gaan op de andere betrokken belangen. Deze voorrangspositie impliceert een volledige toetsing van het belang van het kind. Desgevallend kan de rechter het kind horen (art. 1004/1 Ger.W.). Het belang van het kind wordt bovendien op een positieve wijze ingevuld zodat de vraag centraal staat of de toekenning van het statuut de opvoeding van het kind positief zal beïnvloeden. Het volstaat daarom geenszins dat zoals in het oorspronkelijke afstammingsrecht geldt, het statuut het kind geen nadeel zal berokkenen. De bewijslast rust op de verzoekende ouder en zorgouder (cf. nrs. 278-283).

#### **Uitoefening van het ouderlijk gezag**

426. In het licht van het IVRK, de specifieke opvoedende rol van de zorgouder en de rechtsvergelijkende analyse wordt aan de zorgouder uitsluitend de uitoefening van het ouderlijk gezag – en dus niet het titularisschap van het ouderlijk gezag – toegekend. Zoals vermeld is daarvoor vereist dat het Belgische recht, na de aanzet die daartoe reeds werd gegeven door de Wet Pleegzorg, verder evolueert naar een gecorrigeerd monistisch systeem (cf. *supra* nr. 422). Op deze manier wordt een meerhoofdig ouderlijk gezag mogelijk, aangezien in de voorgestelde regeling de uitoefening van het ouderlijk gezag aan maximaal vier personen kan worden toegekend. Het gaat dan meer bepaald om elk van beide ouders die worden geholpen in de opvoeding van het kind door een zorgouder (cf. nrs. 292-295).

#### **Toegekende rechten en plichten**

427. Wanneer de zorgouder ingevolge het statuut ouderlijk gezag uitoefent ten aanzien van het kind, dan beïnvloedt dit de rechtspositie van het kind. Bijgevolg wordt voorgesteld niet alleen rechten en plichten toe te kennen aan de zorgouder, maar ook aan het kind zelf in verhouding tot de zorgouder. De toekenning van rechten en plichten aan het kind wordt ook ondersteund door de bevindingen uit de rechtsvergelijkende analyse.

Bovendien wordt daarmee uitdrukking gegeven aan de twee leidende beginselen van het IVRK, zijnde het autonomie- en beschermingsbeginsel.

### **Zorgouder**

428. Bij de toekenning van rechten en plichten aan de zorgouder moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de situatie waarbij de ouder die door de zorgouder wordt geholpen het ouderlijk gezag exclusief dan wel gezamenlijk met een andere ouder uitoefent (cf. nr. 321), en anderzijds de situatie waarbij de ouder die door de zorgouder wordt geholpen uitsluitend beschikt over een recht op persoonlijk contact met het kind, een recht om beslissingen te nemen inzake de staat van de persoon van het kind en een recht op toezicht en informatie over de opvoeding (cf. nr. 336). Dit onderscheid is gebaseerd op het bijkomstige en ondersteunende karakter van de opvoedende rol van de zorgouder (cf. nr. 158), waarbij de zorgouder, gelet op de finaliteit van het statuut (cf. *supra* nr. 421), nooit meer rechten en plichten kan uitoefenen dan de ouder die hij helpt het kind op te voeden en die de eerste opvoedingsverantwoordelijke is van het kind ingevolge de artikelen 5 en 18 IVRK.

#### **- De ouder van het kind oefent het ouderlijk gezag uit**

429. Oefent de ouder het ouderlijk gezag gezamenlijk of exclusief uit, dan verkrijgt de zorgouder de uitoefening van het recht (en de plicht) van zorg en het recht (en de plicht) om het kind te vertegenwoordigen in dagelijkse opvoedingsaangelegenheden en in noodsituaties.

Krachtens het *recht (en de plicht) van zorg* heeft de zorgouder de bevoegdheid om dagelijkse zorgen te verstrekken aan het kind teneinde aan diens materiële en immateriële behoeften tegemoet te komen, alsook om toezicht uit te oefenen op het kind en de sociale contacten die het onderhoudt. Concreet heeft de zorgouder bijgevolg het recht en de plicht om onder meer het kind te voeden, te kleden, medische zorgen te verstrekken, het kind van en naar school of de jeugdvereniging te brengen en toezicht te houden op diens contacten met derden en zijn gebruik van sociale media en tv. De zorgouder beschikt met andere woorden over een geheel van bevoegdheden die hem toelaten het kind op dagelijkse basis te verzorgen en op te voeden zodat het zich kan ontwikkelen tot een volwassen persoon. De



zorgouder beschikt niet alleen over rechten en bevoegdheden, maar ook over plichten om te duiden op zijn verantwoordelijkheid in de opvoeding van het kind.

*Krachtens het recht (en de plicht) om het kind te vertegenwoordigen in dagelijkse opvoedingsaangelegenheden en in noodsituaties* heeft de zorgouder de bevoegdheid om voor het kind op te treden bij het nemen van dagelijkse beslissingen die het kind wegens zijn handelingsonbekwaamheid niet zelf kan nemen. Dagelijkse opvoedingsbeslissingen zijn alle andere beslissingen dan degene die overeenkomstig art. 374, § 1, tweede lid BW een belangrijk karakter hebben en die de huisvesting, gezondheid, opvoeding, opleiding, ontspanning en religieuze of filosofische keuzes van het kind betreffen. Daarnaast is de zorgouder ook bevoegd om namens het kind op te treden in noodsituaties. Noodsituaties zijn situaties waarbij het kind in een levensgevaarlijke situatie dreigt te belanden omdat de ouder afwezig is of niet kan worden bereikt om namens het kind op te treden. Om die reden is de zorgouder in een dergelijke noodsituatie bevoegd om namens het kind op te treden. Hierbij kan worden gedacht aan het verlenen van een toestemming voor een levensnoodzakelijke medische ingreep die het kind moet ondergaan na bv. een zwaar auto-ongeval. Ook in het kader van de vertegenwoordigingsbevoegdheid beschikt de zorgouder niet alleen over rechten en bevoegdheden maar ook over plichten om te duiden op zijn verantwoordelijkheid in de opvoeding van het kind.

De zorgouder en de ouder die hij helpt het kind op te voeden, oefenen naar analogie met art. 373, eerste lid BW deze rechten gezamenlijk uit. Wanneer de zorgouder en ouder bijgevolg niet tot overeenstemming kunnen komen, dan kunnen zowel de ouder als de zorgouder zich tot de familierechtbank wenden (naar analogie met art. 373, derde lid BW). Dit wordt niet alleen ondersteund door de rechtsvergelijkende analyse, maar bovendien zou een oordeel in andere zin de bevoegdheden in hoofde van de zorgouder volledig kunnen uithollen wanneer de ouder steeds het laatste woord heeft. Ten aanzien van derden te goeder trouw is bovendien een vermoeden van instemming toepasselijk naar analogie met art. 373, tweede lid BW, en dit ten behoeve van de werkbaarheid van het statuut. Op deze manier kunnen de zorgouder en de ouder alleen optreden in de dagelijkse

opvoeding van het kind. In de verhouding van de zorgouder met de andere ouder die desgevallend ook een recht van zorg en vertegenwoordiging uitoefent, gelden het beginsel van de gezamenlijke uitoefening van het gezag en het vermoeden van instemming niet. Deze andere ouder is immers een derde ten aanzien van de zorgouder (cf. nrs. 326 en 329). Bijgevolg kan de zorgouder geen verhaal aantekenen bij de rechtbank tegen een opvoedingsbeslissing die de andere ouder wil nemen of genomen heeft. Omgekeerd kan ook de andere ouder zich niet verzetten tegen een opvoedingsbeslissing van de zorgouder. Uitsluitend de ouder die door de zorgouder wordt geholpen in de opvoeding van het kind en met wie de zorgouder een actuele vertrouwensrelatie heeft, kan zich in dat geval tot de rechter wenden. Deze ouder is immers degene die zowel met de zorgouder als met de andere ouder gezamenlijk het gezag uitoefent (cf. nrs. 320-329).

430. Naast de voornoemde rechten (en plichten), heeft de zorgouder ook nog de plicht om het kind levensonderhoud te verschaffen, de plicht tot vergoeding van schade veroorzaakt door de onrechtmatige daad van het kind en de plicht tot respect ten aanzien van het kind.

Krachtens de *onderhoudsplicht* moet de zorgouder een geldelijke bijdrage leveren voor de huisvesting, het levensonderhoud, de gezondheid, het toezicht, de opvoeding, de opleiding en de ontplooiing van het kind, voor zover een bijdrage *in natura* niet volstaat. De onderhoudsplicht van de zorgouder heeft met andere woorden hetzelfde voorwerp als de onderhoudsplicht van de ouders ingevolge art. 203, § 1 BW (*obligatio*-aspect). De zorgouder is evenwel slechts op subsidiaire wijze onderhoudsplichtig. Bijgevolg kan hij maar worden aangesproken tot betaling van een geldelijke bijdrage voor zover de ouders over onvoldoende middelen beschikken om tegemoet te komen aan de behoeften van hun kind (*contributio*-aspect). De zorgouder zal dan met eigen middelen moeten instaan voor die opvoedings- en onderhoudskosten van het kind die de ouders niet zelf kunnen voldoen volgens hun eigen levensstandaard. Met 'middelen' worden zowel inkomsten van eender welke aard bedoeld, alsook mogelijkheden waarover de zorgouder en ouders beschikken om inkomsten te verdienen (i.e. verdienvermogen). Zoals de ouderlijke onderhoudsplicht eindigt ook de subsidiaire onderhoudsplicht van de zorgouder wanneer de

opleiding van het kind voltooid is, en dus desgevallend na diens meerderjarigheid. Deze onderhoudsplicht van de zorgouder primeert op de bijzondere onderhoudsplicht van de artikelen 203, § 3 BW en 1477, § 5 BW die bestaat in hoofde van de gehuwde of wettelijk samenwonende zorgouder ten aanzien van de kinderen van zijn overleden echtgenoot of wettelijk samenwonende partner. De onderhoudsplicht uit het zorgouderschapstatuut is immers niet beperkt tot hetgeen de zorgouder heeft verkregen van de overledene middels het erfrecht, een schenking, testament, huwelijkscontract of samenlevingsovereenkomst. De draagkracht van de zorgouder is bij deze onderhoudsplicht met andere woorden standvastiger want gebaseerd op de middelen die hem ter beschikking staan. Bovendien zou het laten primeren van de bijzondere onderhoudsplicht uit de artikelen 203, § 3 BW en 1477, § 5 BW de bescherming van de verticale relatie tussen de zorgouder en het kind afhankelijk maken van de horizontale relatie tussen de zorgouder en de ouder, wat in strijd is met de rechtspraak van het EHRM. Om deze reden primeert de rechtstreekse onderhoudsplicht van de zorgouder uit het statuut eveneens op de onrechtstreekse onderhoudsplicht van de gehuwde of wettelijk samenwonende zorgouder ten aanzien van het kind krachtens zijn verplichting tot bijdrage in de lasten van het huwelijk of het samenwonen (art. 221 BW of art. 1477, § 3 BW). In het kader van de onderhoudsplicht uit het statuut beschikt het kind bovendien over een recht op levensonderhoud dat het rechtstreeks van de zorgouder kan vorderen, wat niet het geval is bij de plicht tot bijdrage in de lasten van het huwelijk of de samenwoning. De naleving van deze plicht kan uitsluitend door de ouder van het kind worden gevorderd.

*Krachtens de plicht tot vergoeding van schade veroorzaakt door de onrechtmatige daad van het kind moet de zorgouder, ingeval hij kwalitatief aansprakelijk wordt gesteld voor de onrechtmatige daad van het kind, het tekort aanvullen van de schadevergoedingsplicht die de ouders niet kunnen voldoen. Bijgevolg kan de zorgouder slechts worden aangesproken nadat de ouders aansprakelijk zijn gesteld en ten belope van het bedrag dat zij niet kunnen voldoen.*

De subsidiariteit vloeit voor beide plichten voort uit het bijkomstige en ondersteunende karakter van de opvoedende rol van de zorgouder, alsook

uit het feit dat de ouders de eerste opvoedingsverantwoordelijken van het kind zijn overeenkomstig de artikelen 5 en 18 IVRK.

Krachtens *de plicht tot respect ten aanzien van het kind* mag de zorgouder geen enkele vorm van geweld gebruiken - van welke aard ook - in de opvoeding van het kind, en dient hij rekening te houden met de inzichten van het kind naargelang diens leeftijd en maturiteit bij het nemen van opvoedingsbeslissingen. Meer algemeen moet de zorgouder met andere woorden de mensenrechten en persoonlijkheidsrechten van het kind respecteren. Als dusdanig vormt deze plicht een leidraad voor de zorgouder bij de uitoefening van de verkregen bevoegdheden (cf. nrs. 330-335).

**- De ouder van het kind oefent het ouderlijk gezag niet uit**

431. Oefent de ouder van het kind het ouderlijk gezag niet uit, dan beschikt hij slechts over een recht op persoonlijk contact met het kind en een recht om beslissingen te nemen aangaande de staat van de persoon van het kind. Ook beschikt de ouder over een recht (en plicht) op toezicht en informatie over de opvoeding, te verschaffen door de andere ouder. De zorgouder kan uitsluitend het recht (en de plicht) op toezicht en informatie over de opvoeding van het kind uitoefenen. Het recht op persoonlijk contact met het kind en het recht om beslissingen te nemen inzake de staat van de persoon van het kind vloeien voor de juridische ouder immers voort uit zijn juridische afstammingsband, die ontbreekt in hoofde van de zorgouder.

Tevens heeft de zorgouder een plicht tot respect ten aanzien van het kind.

Krachtens *het recht (en de plicht) op toezicht en informatie over de opvoeding van het kind* kan de zorgouder bij derden en bij de andere ouder alle nuttige informatie inwinnen over het kind en de hem verschaft opvoeding. Ouder en zorgouder oefenen deze rechten gezamenlijk uit. Ten aanzien van derden te goeder trouw geldt een vermoeden van instemming zodat de zorgouder alleen informatie kan inwinnen over de opvoeding van het kind. De zorgouder is evenwel niet bevoegd om zich in het belang van het kind tot de familierechtbank te wenden wanneer hij van oordeel is dat de door de andere ouder verschaft opvoeding strijdt met het belang van het kind. Uitsluitend de ouder die door de zorgouder wordt geholpen, kan zich

als titularis van het ouderlijk gezag in dat geval tot de familierechtbank wenden. Ook wanneer de zorgouder een recht (en plicht) van zorg en een vertegenwoordigingsbevoegdheid uitoefent, kan hij immers niet opkomen tegen een opvoedingshandeling of -beslissing binnen dit kader gesteld door de andere ouder van het kind. Rijst daarentegen een geschil tussen de zorgouder en de ouder die hij helpt toezicht uit te oefenen op en informatie te verzamelen over de opvoeding van het kind, dan kunnen zowel de ouder als de zorgouder dit geschil aanhangig maken bij de familierechtbank. Ook wanneer de zorgouder een recht (en plicht) van zorg en een vertegenwoordigingsbevoegdheid uitoefent, kan een geschil met de ouder die hij helpt immers door zowel de ouder als de zorgouder aanhangig worden gemaakt bij de familierechtbank. Doordat de zorgouder zich zelf tot de familierechter kan wenden, wordt bovendien vermeden dat zijn recht op toezicht en informatie door de ouder wordt uitgehold. Om de zorgouder op zijn verantwoordelijkheden te wijzen, heeft hij bovendien niet alleen een recht om toezicht uit te oefenen op de opvoeding van het kind en daarover informatie te verzamelen, maar ook een plicht (cf. nrs. 336-338).

Krachtens de *plicht tot respect ten aanzien van het kind* mag de zorgouder geen enkele vorm van geweld gebruiken - van welke aard ook - in de opvoeding van het kind, en dient hij rekening te houden met de inzichten van het kind naargelang diens leeftijd en maturiteit. Meer algemeen moet de zorgouder met andere woorden de mensenrechten en persoonlijkheidsrechten van het kind respecteren. Als dusdanig vormt deze plicht een leidraad voor de zorgouder bij de uitoefening van de verkregen bevoegdheden (cf. nr. 339).

### **Kind**

432. Het kind beschikt in zijn verhouding met de zorgouder over een doelgebonden recht op (toezicht op) opvoeding en uitoefening van het ouderlijk gezag, over een recht om te participeren in de eigen opvoeding en over een recht op levensonderhoud vanwege de zorgouder. Tevens heeft het kind een plicht tot respect ten aanzien van de zorgouder.

Krachtens het *doelgebonden recht op (toezicht op) opvoeding en uitoefening van het ouderlijk gezag* kan het kind aanspraak maken op

naleving van de plicht van zorg en vertegenwoordiging in hoofde van de zorgouder (cf. nr. 429). Concreet houdt dit in dat het kind aanspraak kan maken op dagelijkse zorgen van de zorgouder ter voldoening van zijn materiële en immateriële behoeften. Kan de zorgouder uitsluitend de ouder helpen in het houden van toezicht op de opvoeding van het kind en het verzamelen van informatie daarover (cf. nr. 430), dan kan het kind uitsluitend aanspraak maken op de naleving van de plicht dienaangaande in hoofde van de zorgouder (cf. nrs. 353-354).

Krachtens het *recht om te participeren in de eigen opvoeding*, kan het kind zijn mening laten kennen aan de zorgouder over zaken die op hem betrekking hebben en dient de zorgouder met deze mening rekening te houden overeenkomstig de leeftijd en maturiteit van het kind. Tevens kan het kind bepaalde rechtshandelingen alleen of zelfstandig verrichten zoals het kind dit ook kan in de verhouding met zijn ouder(s). Hierbij kan worden gedacht aan onder meer het openen van een spaarboekje of de erkenning van een kind door de minderjarige. Ook heeft het kind het recht om in gerechtelijke procedures te worden gehoord (art. 1004/1 Ger.W.) (cf. nrs. 355-356).

Krachtens het *recht op levensonderhoud* vanwege de zorgouder kan het kind de zorgouder aanspreken om de onderhouds- en opvoedingskosten te voldoen die zijn ouders niet kunnen dragen overeenkomstig hun eigen levensstandaard (cf. nr. 357).

Krachtens de *plicht tot respect ten aanzien van de zorgouder*, moet het kind rekening houden met de ouderlijke bevoegdheden die de zorgouder kan uitoefenen krachtens het statuut, en meer algemeen met de belangen van de zorgouder. Desgevallend zal het kind bij een beslissing genomen door de zorgouder dan ook zijn eigen belangen moeten achterstellen, voor zover althans de zorgouder de mening van het kind bij het nemen van de beslissing in acht heeft genomen overeenkomstig zijn leeftijd en maturiteit (cf. nr. 358).

### **Conventionele wijzigbaarheid van het statuut**

433. Om rekening te kunnen houden met de verschillende aard en intensiteit van de banden van familielevens tussen zorgouder en kind, zoals

deze ook blijken uit de rechtspraak van het EHRM, kunnen de zorgouder en ouder(s) het wettelijk uitgetekend statuut conventioneel wijzigen van bij de verkrijging ervan. Op deze manier kan een statuut op maat van de bestaande opvoedingssituatie van het kind worden gecreëerd wat aansluit bij de evolutie naar een steeds verdergaande wilsautonomie binnen het familierecht. Ook nadien kan het statuut conventioneel worden gewijzigd. Het opvoeden van een kind is immers geen statisch maar een dynamisch gegeven. Daarenboven evolueren ook de verhoudingen tussen ouders, zorgouders en het kind. Ter ondersteuning van deze stelling kan worden verwezen naar de bevindingen uit de rechtsvergelijkende analyse, alsook naar de tendens tot contractualisering in het Belgische familierecht (cf. nrs. 363-381).

434. Het statuut kan worden gewijzigd door middel van een *schriftelijke overeenkomst* die tussen dezelfde personen wordt gesloten als degene die de oorspronkelijke zorgoudersverklaring hebben afgelegd. Een onderhandse overeenkomst volstaat. Om redenen van transparantie en eenvormigheid wordt bij KB een modelovereenkomst ter beschikking gesteld waarop een aantal verplichte gegevens moeten worden ingevuld, zoals de identiteitsgegevens van de zorgouder, de ouder(s) en het kind, alsook de voorgestelde wijziging en de reden van de wijziging. Aan de hand van deze informatie kan de rechter zich dan in het kader van de homologatie van de overeenkomst (cf. *supra*), een oordeel vormen over de opportuniteit van de voorgestelde wijziging.

435. De zorgouder en de ouder(s) kunnen overeenkomen om het statuut *uit te breiden* met de uitoefening van het recht van materiële bewaring of het recht van beheer over de goederen van het kind of met de plicht om het kind levensonderhoud te verschaffen. Krachtens *het recht van materiële bewaring* kan de zorgouder het kind op een voortdurende wijze bij zich hebben en desgevallend zijn afgifte vorderen jegens derden. De uitoefening van het recht van materiële bewaring kan slechts aan de zorgouder worden toegekend voor zover hij samenwoont met een ouder die eveneens over het recht van materiële bewaring beschikt. In dat geval wordt immers geen afbreuk gedaan aan de rechten van de andere ouder van het kind die ofwel ook over een recht van materiële bewaring beschikt, ofwel over een recht op

persoonlijk contact dat hij zelfs behoudt wanneer hij van het gezag ontzet werd. Doordat de zorgouder en ouder samenwonen, kan de uitoefening van het recht van materiële bewaring door de zorgouder niet tot gevolg hebben dat het kind op een andere plaats verblijft dan de gezamenlijke woonplaats. Krachtens *het recht van beheer over de goederen van het kind* kan de zorgouder daden van beheer en van bewaring stellen met betrekking tot deze goederen, zoals instaan voor het onderhoud ervan of het innen van huurgelden. De zorgouder is niet bevoegd om te beschikken over de goederen van het kind wegens het ontbreken van een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid. De zorgouder en ouder(s) kunnen slechts overeenkomen om de uitoefening van het beheer over de goederen van het kind aan de zorgouder toe te kennen voor zover hij een ouder helpt die op exclusieve wijze het gezag uitoefent. In dat geval wordt immers geen afbreuk gedaan aan de rechten van de andere ouder van het kind die slechts over een recht van toezicht op en informatie over de opvoeding beschikt. De ouder en zorgouder beheren desgevallend samen de goederen van het kind naar analogie met art. 376, eerste lid BW, zodat ze overleg dienen te plegen. Doet zich een conflict voor tussen de zorgouder en ouder over een voorgenomen of reeds gestelde daad van beheer, dan kan zowel de ouder als de zorgouder zich tot de familierechtbank wenden. Ten aanzien van derden te goeder trouw kan bovendien elk van hen alleen daden van beheer stellen gelet op het toepasselijke vermoeden van instemming naar analogie met art. 376, tweede lid BW. De zorgouder en ouder kunnen daarnaast ook *de subsidiaire onderhoudsplicht* van de zorgouder wijzigen in een primaire onderhoudsplicht, als veruitwendiging van het beginsel dat een onderhoudsplicht steeds conventioneel kan worden gevestigd. Bijgevolg moet het kind dan niet meer eerst zijn ouder(s) aanspreken alvorens het zich kan richten tot de zorgouder, wiens onderhoudsplicht bovendien niet meer beperkt is tot de opvoedingskosten die de ouder(s) niet zelf kunnen voldoen.

De zorgouder en de ouder(s) kunnen ook overeenkomen om de rechten en plichten van de zorgouder verder te *modaliseren* zonder deze evenwel volledig te kunnen uitsluiten. Zij kunnen met andere woorden de toegekende rechten en plichten specificeren door ze verder in te vullen. Zo



kunnen de zorgouder en ouder(s) onder meer bepalen voor welke opvoedingshandelingen de zorgouder niet bevoegd is, zoals bv. het kind van school halen en toestemmen in een medische behandeling, of bij welke derden de zorgouder geen informatie mag inwinnen over de opvoeding van het kind. De zorgouder en ouder(s) kunnen binnen dit kader ook het *contributio*-aspect van de zorgouder in de onderhoudsplicht en schadevergoedingsplicht beperken, zonder hem evenwel van het *obligatio*-aspect te kunnen ontslaan. Een conventionele uitsluiting van de rechten en plichten uit het statuut is niet mogelijk omdat moet worden voorkomen dat het statuut *de facto* wordt uitgehold en de finaliteit ervan wordt miskend.

436. Deze overeenkomst moet evenwel steeds worden gehomologeerd door de familierechter. Op deze manier kan de rechter een legaliteits- en opportuniteitscontrole doorvoeren. Concreet houdt de legaliteitscontrole in dat de rechter nagaat of de overeenkomst is opgesteld in de verplichte schriftelijke vorm, of deze de verplichte gegevens bevat en of de vereiste personen partij zijn bij de overeenkomst. In het kader van de opportuniteitscontrole gaat de rechter na of de voorgestelde wijziging in overeenstemming is met het belang van het kind, het belang van de zorgouder en het belang van de ouders. De rechter voert daartoe een belangenafweging *in concreto* uit waarbij het belang van het kind een voorrangspositie inneemt, maar geenszins het belang van de zorgouder en de ouders uitsluit. Op deze manier kan de rechter gelet op de specifieke opvoedingssituatie van het kind nagaan of ook na de wijziging van het statuut een evenwicht tussen de betrokken belangen voorhanden is. Een homologatie biedt het voordeel dat de overeenkomst een uitvoerbare titel verkrijgt en tegenstelbaar wordt (cf. nrs. 380-381).

### **Einde van het statuut**

437. In het proefschrift wordt, onder andere gelet op de bevindingen uit het rechtsvergelijkend onderzoek (cf. nrs. 383-390), een onderscheid gemaakt tussen een aantal limitatieve gronden die het statuut automatisch beëindigen en gronden waarvoor een rechterlijke tussenkomst is vereist.

### ***Automatische beëindigingsgronden***

438. Het zorgouderschapstatuut eindigt automatisch wanneer het *kind* de meerderjarige leeftijd bereikt, ontvoegd wordt (behalve wat de onderhoudsplicht betreft, cf. *supra* nr. 331), overlijdt of gewoon dan wel ten volle geadopteerd wordt door de zorgouder of een derde (cf. nrs. 393-394). Hierbij is het irrelevant of de derde al dan niet de (voormalige) echtgenoot, (voormalige) wettelijk samenwonende partner of (voormalige) feitelijk samenwonende partner sedert tenminste drie jaar van de ouder is. De adoptant vervangt immers de ouder(s) als titularis(sen) van het ouderlijk gezag, zodat hij bij de verkrijging van de adoptieve afstammingsband inspraak moet kunnen hebben in de toekenning van het statuut aan de zorgouder.

439. Het statuut eindigt eveneens automatisch wanneer de *zorgouder* overlijdt of volledig wordt ontzet van het ouderlijk gezag ten aanzien van zijn kind (cf. nr. 395). Zoals bij de reeds bestaande gezagsinstellingen van pleegvoogdij en voogdij impliceert de volledige ontzetting een onmogelijkheid voor de zorgouder om over andermans kind ouderlijke bevoegdheden, en bijgevolg ook een recht van toezicht en informatie over de opvoeding van het kind, uit te oefenen. Vanuit het idee dat een statuut op maat mogelijk moet zijn voor de zorgouder, heeft diens gedeeltelijke ontzetting van het ouderlijk gezag ten aanzien van zijn kind, anders dan bij pleegvoogdij en voogdij (cf. nrs. 17 en 21), geen volledige beëindiging van het statuut tot gevolg. De zorgouder kan in dat geval wel nog de ouderlijke bevoegdheden van het statuut uitoefenen waarvan hij niet werd ontzet. Bijgevolg is in deze context een gedeeltelijke beëindiging van het statuut mogelijk.

440. Het statuut eindigt tevens automatisch wanneer de rechter de uitoefening van het ouderlijk gezag ontnemt aan de *ouder* die door de zorgouder wordt geholpen in de opvoeding van het kind (cf. nr. 396). Bijgevolg wordt het statuut van de zorgouder dan beperkt tot de uitoefening van een recht van toezicht en informatie. Wordt deze ouder *volledig ontzet* van het ouderlijk gezag en is hij de enige ouder van het kind, dan zal de rechter bij voorkeur de zorgouder als provoogd van het kind aanduiden om

de rechten verder uit te oefenen waarvan de ouder ontzet werd. Heeft het kind evenwel nog een tweede ouder, dan zal de zorgouder slechts als provoogd kunnen worden aangeduid voor zover de aanduiding van de tweede ouder als provoogd niet in het belang van het kind is. Betreft het evenwel slechts een *gedeeltelijke ontzetting* van het ouderlijk gezag in hoofde van de ouder, dan kan de zorgouder die bevoegdheden van het ouderlijk gezag verder blijven uitoefenen die aan hem toekomen krachtens het statuut en waarvan de ouder niet werd ontzet. Opnieuw is met andere woorden een gedeeltelijke beëindiging van het statuut mogelijk. Wordt de volledig of gedeeltelijk ontzette ouder hersteld in het ouderlijk gezag, dan kunnen bovendien de zorgouder en ouder(s) de familierechtbank verzoeken om de zorgouder eveneens te herstellen in het zorgouderschapstatuut (cf. nrs. 397-398).

Ook wanneer de ouder die door de zorgouder wordt geholpen *overlijdt*, eindigt het statuut automatisch. Gaat het om de enige ouder van het kind, dan kan de vrederechter bij voorkeur de zorgouder als voogd van het kind aanduiden, voor zover deze nog niet als testamentaire voogd werd aangeduid (art. 392 BW – cf. nrs. 400-401). Op deze manier kan de opvoedingssituatie van het kind zoveel als mogelijk behouden blijven zodat de continuïteit in de opvoeding wordt gewaarborgd. Heeft het kind evenwel twee juridische ouders, dan moet een onderscheid worden gemaakt naargelang het ouderlijk gezag op gezamenlijke of exclusieve wijze wordt uitgeoefend en naargelang de overleden ouder geholpen werd door een zorgouder of niet.

Wanneer de overleden ouder op *exclusieve wijze* het gezag uitoefende, heeft diens overlijden tot gevolg dat de andere ouder met de uitoefening van het ouderlijk gezag belast wordt. Dit kan problematisch zijn wanneer de andere ouder zich nooit met de opvoeding van het kind heeft ingelaten en de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag nefast is voor het belang van het kind. Vanuit de bescherming van het belang van het kind, alsook om zoveel mogelijk de continuïteit in de opvoedingssituatie te bewaren, wordt in dit geval voorgesteld dat de zorgouder de rechter kan verzoeken om het statuut te behouden. Wanneer daarentegen de ouder overlijdt die op exclusieve wijze het ouderlijk gezag uitoefende en die *niet*

werd geholpen door een zorgouder, dan heeft diens overlijden tot gevolg dat voortaan de andere ouder exclusief met het gezag belast is. Wordt deze ouder geholpen door een zorgouder die met andere woorden een recht van toezicht en informatie uitoefent op de opvoeding van het kind, dan *kan* diens statuut worden uitgebreid door de familierechter (cf. nrs. 403 en 416). Er vindt met andere woorden geen automatische uitbreiding, en dus beëindiging, plaats van het (beperkte) statuut omdat de ouders en zorgouder aanvankelijk dergelijke ruime rechten en plichten niet voor ogen hadden.

Wanneer de overleden ouder daarentegen *op gezamenlijke wijze* het ouderlijk gezag uitoefende, en bovendien geholpen werd door een zorgouder, dan eindigt het statuut eveneens automatisch in hoofde van de zorgouder. Is daarentegen de overleden ouder niet degene die door de zorgouder wordt geholpen, dan heeft diens overlijden geen invloed op het voortbestaan van het statuut aangezien de ouder die de zorgouder helpt voortaan op exclusieve wijze het gezag uitoefent (cf. nr. 404).

Dezelfde regeling als bij het overlijden van de ouder die door de zorgouder wordt geholpen, is van toepassing als deze *ouder zich in de voortdurende onmogelijkheid bevindt om het ouderlijk gezag uit te oefenen* (cf. nrs. 405-406).

### ***Niet-automatische beëindigingsgronden***

441. Het zorgouderschapstatuut kan door de familierechtbank voortijdig worden beëindigd op grond van gewichtige redenen en dit op verzoek van het Openbaar Ministerie, op verzoek van de zorgouder, op verzoek van de ouder(s) of op verzoek van het kind via een voogd *ad hoc* (cf. nrs. 407-415). 'Gewichtige redenen' zijn foutieve handelingen of gedragingen van de zorgouder of het kind, dan wel concrete omstandigheden, waardoor de verstandhouding tussen beiden verstoord is en het statuut niet meer werkzaam is. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een verstoorde verstandhouding tussen zorgouder en kind ten gevolge van een verslavingsproblematiek in hoofde van het kind of de zorgouder. Ook in de bestudeerde buitenlandse rechtsstelsels (cf. nrs. 387 e.v.) kan het titularisschap of de uitoefening van het ouderlijk gezag in hoofde van de zorgouder door de rechter voortijdig worden beëindigd. Vanuit de idee dat

een statuut op maat van de zorgouder mogelijk moet zijn, wordt voorgesteld dat de rechter zowel een gehele als gedeeltelijke beëindiging van het statuut kan uitspreken. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het ontnemen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de zorgouder in bepaalde situaties (bv. op school), zonder evenwel te raken aan de andere rechten en plichten van het statuut.

Ook kan de familierechter, zoals reeds aangehaald, het (beperkte) statuut van de zorgouder op basis waarvan hij een recht van toezicht en informatie uitoefende, uitbreiden (cf. nr. 416). Het gaat dan om de situatie dat de ouder met wie de zorgouder een vertrouwensrelatie heeft niet langer over een recht op toezicht en informatie beschikt, maar de exclusieve of gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag verkrijgt door een rechterlijke wijziging van het gezag, door het overlijden van de andere ouder die op exclusieve wijze het ouderlijk gezag uitoefende (cf. nr. 403) of door het feit dat deze ouder in de voortdurende onmogelijkheid verkeert om het ouderlijk gezag uit te oefenen. In dit geval wordt het beperkte statuut van de zorgouder niet van rechtswege uitgebreid naar een ruim statuut aangezien de betrokkenen dit destijds niet hadden beoogd bij de verkrijging van het (beperkte) statuut.

442. Na de beëindiging van het statuut kan de zorgouder mogelijkwijze op grond van zijn onderhoudsplicht worden aangesproken door het kind, zij het voor zover aan alle voorwaarden daartoe is voldaan. Tevens wordt voorgesteld een wettelijk weerlegbaar vermoeden in te bouwen dat een zorgouder een bijzondere affectieve band heeft met het kind wanneer hij gedurende minstens een jaar de ouderlijke bevoegdheden, waaronder het recht van zorg, heeft uitgeoefend. De zorgouder beschikt met andere woorden over een recht op persoonlijk contact in de zin van art. 375*bis* BW. Dit sluit aan bij de actuele tendensen in het huidige Belgische recht (cf. nr. 419).



## Schematisch overzicht

	<b>Ouder oefent het ouderlijk gezag uit</b>	<b>Ouder oefent niet het ouderlijk gezag uit</b>
<b>Grondslag</b>	Regeling van het ouderlijk gezag (i.e. gezagsrecht)	idem
<b>Toe- passings- voorwaar- den</b>	<p><i>Materiële</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Zorgouder moet het kind opvoeden of willen opvoeden</li> <li>- Vertrouwensrelatie van zorgouder met minstens een van de ouders die tevens titularis is van het ouderlijk gezag</li> <li>- In de vertrouwensrelatie met de ouder mag niet reeds een andere persoon als zorgouder erkend zijn</li> </ul> <p><i>Procedurele</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Zorgouderschapsverklaring</li> <li>- Familierechtbank (subsidiar)</li> </ul>	idem
<b>Titularis- schap of uitoefening van het ouderlijk gezag</b>	Uitoefening van het ouderlijk gezag	idem

<p><b>Toe-gekende rechten en plichten</b></p>	<p><i>Zorgouder</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Recht (en plicht) van zorg</li> <li>- Recht (en plicht) om het kind te vertegenwoordigen in dagelijkse opvoedingsaan-gelegenheden en noodsituaties</li> <li>- Plicht om het kind levensonderhoud te verschaffen</li> <li>- Plicht tot vergoeding van schade ingevolge onrechtmatige daad van het kind</li> <li>- Plicht tot respect ten aanzien van het kind</li> </ul> <p><i>Kind</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Doelgebonden recht op opvoeding en uitoefening van het ouderlijk gezag</li> <li>- Recht op participatie in de opvoeding <ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>recht om visie mee in overweging te nemen</i></li> <li>• <i>recht om te worden gehoord in gerechtelijke procedures</i></li> <li>• <i>recht om bepaalde rechtshan-delingen alleen of zelfstandig te stellen (meer algemeen:</i></li> </ul> </li> </ul>	<p><i>Zorgouder</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Recht (en plicht) van toezicht en informatie</li> <li>- Plicht tot respect ten aanzien van het kind het kind</li> </ul> <p><i>Kind</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Doelgebonden recht op toezicht op opvoeding</li> <li>- Recht op participatie in de opvoeding: inhoud idem</li> <li>- Plicht tot respect ten aanzien van de zorgouder</li> </ul>
---	--	--



	<p><i>persoonlijkheids- en mensenrechten zelfstandig uitoefenen)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Recht op levensonderhoud vanwege de zorgouder</li> <li>- Plicht tot respect ten aanzien van de zorgouder</li> </ul>	
<p><b>Conventionele wijzigbaarheid van het statuut</b></p>	<p><i>Vorm</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Schriftelijke overeenkomst (onderhandse vorm volstaat)</li> <li>- Modelovereenkomst bij KB</li> <li>- Rechterlijke homologatie</li> </ul> <p><i>Inhoud</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Verplichte gegevens</li> <li>- Uitbreiding <ul style="list-style-type: none"> <li>• recht van materiële bewaring</li> <li>• recht van beheer over de goederen van het kind</li> <li>• onderhoudsplicht</li> </ul> </li> </ul> <p>OF</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Modalisering van de toegekende rechten en plichten, zonder uitsluiting</li> </ul>	<p><i>Vorm</i> Idem</p> <p><i>Inhoud</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Verplichte gegevens</li> <li>- Modalisering van de toegekende rechten en plichten, zonder uitsluiting</li> </ul>

	<p><i>Partijen</i> Zelfde personen die zorgouderschapsverklaring hebben afgelegd of verschenen zijn voor de rechter</p>	<p><i>Partijen</i> idem</p>
<p><b>Einde van het statuut</b></p>	<p><i>Automatische beëindigingsgronden</i></p> <p>KIND</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Meerderjarigheid, ontvoogding of overlijden</li> <li>- Adoptie door derde of zorgouder</li> </ul> <p>ZORGOUDER</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Overlijden of ontzetting van het ouderlijk gezag ten aanzien van zijn kind (gedeeltelijke ontzetting=gedeeltelijke beëindiging statuut)</li> </ul> <p>OUDER</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ontneming van de uitoefening van het ouderlijk gezag</li> <li>- Ontzetting van de ouder die door de zorgouder wordt geholpen (gedeeltelijke ontzetting=gedeeltelijke beëindiging)</li> <li>- Overlijden van een</li> </ul>	<p><i>Automatische beëindigingsgronden</i></p> <p>KIND</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Meerderjarigheid, ontvoogding of overlijden</li> <li>- Adoptie door derde of zorgouder</li> </ul> <p>ZORGOUDER</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Overlijden of ontzetting van het ouderlijk gezag ten aanzien van zijn kind (gedeeltelijke ontzetting=gedeeltelijke beëindiging statuut)</li> </ul> <p>OUDER</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ontzetting van de ouder die door de zorgouder wordt geholpen (gedeeltelijke ontzetting=gedeeltelijke beëindiging)</li> <li>- Overlijden van een ouder</li> <li>- Ouder bevindt zich in de voortdurende</li> </ul>

	<p>ouder</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ouder bevindt zich in de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen</li> </ul> <p><i>Niet-automatische beëindigingsgronden</i></p> <p>OM GEWICHTIGE REDENEN</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Op verzoek van het OM</li> <li>- Op verzoek van de zorgouder</li> <li>- Op verzoek van de ouder(s)</li> <li>- Op verzoek van het kind (via voogd <i>ad hoc</i>)</li> </ul>	<p>onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen</p> <p><i>Niet-automatische beëindigingsgronden</i></p> <p>OM GEWICHTIGE REDENEN</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Op verzoek van het OM</li> <li>- Op verzoek van de zorgouder</li> <li>- Op verzoek van de ouder(s)</li> <li>- Op verzoek van het kind (via voogd <i>ad hoc</i>)</li> </ul> <p>TOEKENNING VAN DE UITOEFENING VAN HET OUDERLIJK GEZAG AAN DE OUDER</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ingevolge rechterlijke toewijzing van het gezag</li> <li>- Ingevolge overlijden van de andere ouder of andere ouder bevindt zich in de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen</li> </ul>
--	--	---



## **Bibliografie**

### **I. Rechtsbronnen**

#### **Wetgeving**

##### **A. Nationale wetten**

###### *I. BELGIË*

Burgerlijk Wetboek (BW).

Gerechtelijk Wetboek (Ger.W.).

Grondwet (GW).

###### *II. DUITSLAND*

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG).

*Kindschaftsrechtsreformgesetz* 16 december 1997, *BGBI.* I 2942.

###### *III. ENGLAND*

Children Act 1989 (CA 1989).

Great Britain. Parliament. House of Commons, *The Law Commission, Family Law. Review of Child Law, Guardianship and Custody*, 1988, 112p ('Law Commission n°172').

*IV. FRANKRIJK*

Code civil.

Code de procédure civile.

Loi du 24 juillet 1889 enfants maltraités ou moralement abandonnés, placement des mineurs, action éducative en milieu ouvert, *JORF* 25 juillet 1889, 3653.

Loi du 4 juin 1970, n°70-459 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 juin 1970, 5227.

Loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 mars 2002, 4161.

*V. NEDERLAND*

Burgerlijk Wetboek (NBW).

Wetboek van Rechtsvordering (Rv).

*VI. SUPRANATIONAAL*

Verdrag inzake de Rechten van het Kind van 20 november 1989, geratificeerd op 16 december 1991, *BS* 17 januari 1992 (IVRK).

Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Rome 4 november 1950, geratificeerd bij wet van 13 mei 1955, *BS* 19 augustus 1955, *err. BS* 29 juni 1961 (EVRM).

## **B. Parlementaire werken en rapporten**

### *I. BELGIË*

Wetsvoorstel tot invoering van het zorgouderschap in het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer*, 2003-04, nr. 51-815/001 ('wetsvoorstel nr. 815/1').

Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde adoptie door koppels van gelijk geslacht toe te laten, *Parl. St. Kamer*, 2003-04, nr. 51-664/001 ('wetsvoorstel nr. 664/1') en daarbij bestaande amendementen nrs. 1-23, *Parl. St. Kamer*, 2004-05, nrs. 51-664/002 tot 005.

Wetsvoorstel (Wathelet) teneinde het zorgouderschap in het Burgerlijk Wetboek op te nemen, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1958/001 ('wetsvoorstel nr. 1958/1').

Wetsvoorstel (Verherstraeten e.a.) tot aanvulling van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake het zorgouderschap, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 51-393/001 ('wetsvoorstel nr. 393/1').

Advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State van 7 oktober 2005 bij het wetsvoorstel tot aanvulling van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake het zorgouderschap, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 393/2 ('Adv. RvS.').

Verslag namens de subcommissie familierecht, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 393/003.

Informatieverslag betreffende een onderzoek van de mogelijkheden voor een wettelijke regeling van meedouderschap, *Parl. St. Senaat* 6-98/002.

II. *DUITSLAND*

Kinderrechteverbesserungsgesetz (KindRVerBG) 16 juni 1999, BR-Drucksache 369/99.

Kinderrechteverbesserungsgesetz (KindRVerBG) 11 november 1999, BT-Drucksache 14/2096.

Gesetzentwurf Lebenspartnerschaftsgesetz 4 juli 2000, BT-Drucksache 14/3751.

HELMS, T., *Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen (Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag)*, München, C. H. Beck, 2016, 103p.

*CEFL Principles Parental Responsibilities – National Report: Germany*, 64p.

III. *ENGELAND*

Research paper 01/33 23 March 2001. The Adoption and Children Bill (Bill 66 of 2000/2001).

Research paper 01/78 26 October 2001. The Adoption and Children Bill (Bill 34 of 2001/2002).

Memorandum BAAF to Adoption and Children Bill.

Memorandum SFLA to Adoption and Children Bill.

Memorandum J. MASSON to Adoption and Children Bill.

Memorandum SFLA, Appendix 20 to the Minutes of Evidence.

Memorandum BASW, Appendix 16 to the Minutes of Evidence.



Appendix 25 to the Minutes of Evidence (Adoption and Children Bill) by J. MASSON.

Appendix 20 to the Minutes of Evidence (Adoption and Children Bill) by Solicitors Family Law Association (SFLA).

*Review of Adoption Law: Report to Ministers of An Inter-Departmental Working Group (Consultative Document), 1992.*

*CEFL Principles Parental Responsibilities – National Report: England & Wales, 47p.*

IV. *FRANKRIJK*

Assemblée Nationale, rapport 7 juni 2001 relative à l'autorité parentale par M. DOLEZ, nr. 3117 ('rapport DOLEZ').

Assemblée Nationale, rapport 2 april 1970 relative à l'autorité parentale et portant réforme de différentes dispositions du Code civil concernant le droit de la famille par M. TISSERAND, nr. 1032 ('rapport TISSERAND').

Assemblée Nationale, rapport 1 februari 2001 sur les propositions de loi n°2709, n°132, n°1012 par G. GOUZES, nr. 2911 ('rapport GOUZES').

Sénat, "Les documents de travail du Sénat – Le statut du beau-parent" in *Série Législation Comparée*, april 2009, n° LC 196, 30p.

Sénat, rapport 14 november 2001 relative à l'autorité parentale par L. BETEILLE, nr. 71 ('rapport BETEILLE').

Sénat, rapport 2 december 1992 sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, modifiant le code civil, relatif à l'état civil, à la famille et aux droits

de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, par L. DEJOIE, nr. 76 ('rapport DEJOIE').

BRISSET, C., *L'enfant face à la justice*, (Défenseur des enfants. Rapport annuel 2005), 2005, 237p.

*CEFL Principles Parental Responsibilities – National Report: France*, 39p.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Rénover le droit de la famille: Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, 1999, ('rapport DEKEUWER-DEFOSSEZ'), 166p.

DERAIN, M., *L'enfant et sa parole en justice*, (Défenseur des enfants. Rapport annuel 2013), 2013, 112p.

LEONETTI, J., *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, rapport van oktober 2009, ('rapport LEONETTI'), 106p.

THÉRY, I. en LEROYER, A.-M., *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle* (rapport de groupe de travail Filiation, origines, parentalité), 2014, 347p ('rapport THÉRY').

VERSINI, D., *L'enfant au coeur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*, (Défenseur des enfants. Rapport annuel 2006), 2006, 81p ('rapport VERSINI').

v. *NEDERLAND*

Memorie van Antwoord, *TK* 1993-94, 23012/5.

Memorie van Antwoord, *EK* 1994-95, 23 012/73c.

Memorie van Toelichting, *TK* 1993-94, 23714/3.

Nota naar aanleiding van het verslag, TK 1995-96, 23714/6.

Nota van wijziging, TK 1995-96, 23714/7.

Nader verslag bij Wijziging van onder meer Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van medevoogdij en gezamenlijke voogdij, TK 1995-96, 23714/10.

Nota naar aanleiding van het verslag, TK 1996-97, 23714/11.

Memorie van Antwoord, EK 1996-97, 23714/238b.

Amendement DE VRIES en DITTRICH, TK 1996-97, 23714/25.

Notitie leefvormen in het familierecht, TK 1994-95, 22700/5.

Lijst van vragen en antwoorden bij notitie leefvormen, TK 1995-96, 22700/6.

ANTOKOLSKAIA, M., SCHRAMA, W., BOELE-WOELKI, K., BIJLEVELD, C., JEPPESEN DE BOER, C. en VAN ROSSUM, G., *Meeroudergezag: een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders? Een empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek* ('WODC-rapport Meeroudergezag'), Den Haag, BJU, 2014, 251p.

Rapport van de Staatscommissie Herijking Ouderschap, *Kind en ouders in de 21<sup>ste</sup> eeuw*, Den Haag, 2016, ('rapport Herijking Ouderschap'), 643p.

*CEFL Principles Parental Responsibilities – National Report: The Netherlands*, 35p.

VI. MENSENRECHTEN

IVRK:

UN Doc. E/CN.4/L.1575, 1981, 24p.

UN Doc. E/CN.4/1989/48, 144p.

CRC Committee, *General Comment no. 7, Implementing Child's Rights in Early Childhood* (UN Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 2006).

EVRM:

Committee of experts on Human Rights. Preliminary draft Convention. (Doc. A 833, zitting 15 februari 1950 en Doc. A 809 zitting 7 februari 1950) in *Recueil des travaux préparatoires de la Convention*, vol. III, Martinus Nijhoff Publishers, 1977.

*European Commission of Human Rights. Preparatory work on article 8 of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg 9 augustus 1956, DH (56)12, [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART8-DH\(56\)12-EN1674980.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART8-DH(56)12-EN1674980.pdf).

*Third Committee of the General Assembly, Draft international declaration of human rights (E/800)*, zitting zaterdag 8 november 1948, doc. A/C. 3/ SR. 124, [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/C.3/SR.124](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.3/SR.124) .

## **Rechtspraak**

I. BELGIË

Arbitragehof 8 oktober 2003, nr. 134/2003, AA 2003, 1647; BS 19 januari 2004 (uittreksel); EJ 2003, 134, noot P. SENAËVE; NJW 2004, afl. 57, 80, noot RDC; RTDF 2004, afl. 1, 185, noot J. RENCHON; RW 2003-04, 1016,

noot T. ROBERT; *RW* 2003-04, 1016, noot V. VERLINDEN; *TJK* 2004, 39, noot T. ROBERT.

Cass. 10 december 1931, *Pas.* 1932, I, 3.

Cass. 3 juni 2010, *T.Fam.* 2011, 101, noot F. DENISSEN, *RW* 2010-11, noot F. SWENNEN.

*II. DUITSLAND*

*BVerfG* 17.07.2002, *BVerfGE* 105, 313; *NJW* 2002, 2543.

*III. ENGELAND*

House of Lords, *Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1986] 1 AC 112.

Supreme Court [2010] UKSC 42, [2011] 1 AC 534.

Court of Appeal 19 juni 1969 *Hewer v Bryant*, QB 1970/1, 357.

Court of Appeal 26 mei 2005 *Mabon v Mabon* [2005] EWCA Civ 634, [2005] Fam 366.

High Court of Justice Family Division 15 June 2011, R (Parental responsibility), *Re* [2011] WL 2748 579, [2011] EWHC 1535 (Fam).

Deputy High Court Judge 1 juni 2015, *Re A* (a child: Application for leave to apply for a child arrangements order), 2015 EWFC 47.

High Court of Justice Family Division [2015] EWHC 2265 (Fam).

High Court of Justice Family Division 8 april 2016, *E-R* (Child Arrangements) [2016] EWHC 805.

IV. FRANKRIJK

Cass. (1re civ.) 23 oktober 1973, *D.* 1974, 616, noot P. RAYNAUD en 135, noot GAURY; *JCP* 1974, II, 17689, noot DE LA MARNIERRE.

Cass. 29 maart 1991, n°89-15.231: *JurisData* n°1991-001098; *Bull.ass.plén.* 1991, n°1 (arrest-Blieck).

Cass. (2e civ.) 5 juni 1991, *Bull.civ.* 1991, II, n°173.

Cass. crim. 10 oktober 1996, *Bull.crim.*, n°357.

Cass. (1re civ.) 23 februari 1999, n°97-15.098 et n°97-20.514, *Bull.civ.*, I, n° 66.

Cass. civ. 9 december 1999, *JCP* 2000.I.241, obs. G. VINEY.

Cass. 20 januari 2000, n°98-17.005: *JurisData* n°2000-000075.

Cass. 18 mei 2004, *Bull.crim.*, n°123.

Cass. crim. 8 februari 2005, *JCP* 2005.II.10049, note M.-F. STEINLE-FEUERBACH.

Cass. (civ.1re) 5 april 2005, *Bull.civ* I, n°162; *AJ fam.* 2005, 273, obs. H. GRATADOUR; *Dr.fam.* 2005, n°155, obs. P. MURAT, *RJPF* 2005-7-8/51, obs. F. EUDIER.

Cass. (1re civ.) 18 mei 2005, n°02-20.613: *JurisData* n°2005-028424; *Bull.civ.* 2005, I, n°211.

Cass. 24 februari 2006, n°04-17.090.

Cass. (1re civ.) 19 september 2007, n°06-18.379: JurisData n°2007-040379; *RTD civ.* 2008, p. 100, obs. J. HAUSER.

Cass. 16 april 2008, nr. 07-11.273, *Bull.civ.*, I, n°106.

Cass. 8 juli 2010, n°09-12.623, *Bull.civ.*, I, n°158.

V. *NEDERLAND*

HR 21 oktober 1988, *NJ* 1989, 411, m.n. EAAL.

HR 27 mei 1994, *NJ* 610, noot ASSER.

HR 23 juni 1995, *NJ* 1996, nr. 17.

HR 25 september 1998, *NJ* 1999/379.

HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 514.

HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 198, m.n. WORTMANN.

HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535, *RvdW* 2015/32.

HR 21 april 2017, nr. 16/01604, *RFR* 2017, 93.

VI. *MENSENRECHTEN – EHRM*

EHRM (Plen.) 13 juni 1979, nr. 6833/74, Marckx/België.

EHRM (Plen.) 18 december 1986, nr. 9697/82, Johnston/Ierland.

EHRM 21 juni 1988, nr. 10730/84, Berrehab/Nederland.

EHRM 26 mei 1994, nr. 16969/90, Keegan/Ierland.

EHRM 27 oktober 1994, nr. 18535/91, Kroon/Nederland.

EHRM 22 april 1997, nr. 21830/93, X.,Y. en Z./ Verenigd Koninkrijk.

EHRM 9 juni 1998, nr. 40/1997/824/1030, Bronda/Italië.

EHRM 28 oktober 1998, nr. 113/1997/897/1109, Söderbäck/Zweden.

EHRM 21 december 1999, nr. 33290/96, Salgueiro Da Silva Mouta/Portugal.

EHRM 1 juni 2004, nr. 45582/99, L./Nederland.

EHRM 26 juli 2007, nr. 58077/00, Chepelev/Rusland.

EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, Schalk en Kopf/Oostenrijk

EHRM 15 maart 2012, nr. 25951/07, Gas en Dubois/Frankrijk.

EHRM 19 februari 2013, nr. 19010/07, X. e.a./Oostenrijk.

EHRM 7 november 2013, nrs. 29381/09 en 32684/09,  
Vallianatos/Griekenland.

EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson/Frankrijk.

EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee/Frankrijk.

EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, Paradiso en Campanelli/Italië.

EHRM 21 juli 2015, nrs. 18766/11 en 36030/11, Oliari e.a./Italië

EHRM 9 juni 2016, nr. 40183/07, Chapin en Charpentier/Frankrijk.

EHRM Gr. Ch. 24 januari 2017, nr. 25358/12, Paradiso en Campanelli/Italië.



## **Rechtsleer**

### **A. Boeken**

#### *I. BELGIË*

ALEN, A. en MUYLLE, K., *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 1055p.

COLLARD-DE SLOOVERE, Ch., *De l'adoption et de la tutelle officieuse in Nouvelles. Droit civil. Tome II*, Brussel, Larcier, 1938, 621-686.

CORNELIS, L., *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 744p.

DEKKERS, R. en WYLLEMAN, A., *Handboek Burgerlijk Recht. Deel I - Personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 420p.

DEKKERS, R. en DIRIX, E., *Handboek Burgerlijk Recht. Deel II – Zakenrecht, zekerheden, verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 589p.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, vol. 2, Brussel, Bruylant, 1990, 1619p.

DE PRINS, D., SOTTIAUX, S. en VRIELINK, J., *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 593p.

DE RAEDT, S. en TRAEST, M., *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen, Maklu, 2000, 134p.

DE TAVERNIER, P., *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 670p.

DE WULF, Ch., *Notarieel familie- en familiaal vermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 1341p.

GALLUS, N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Brussel, Larcier, 2009, 588p.

GALLUS, N., *Filiation in Répertoire pratique du droit belge*, Brussel, Bruylant, 2016, 216p.

HEYVAERT, A., *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 434p.

KLUYSKENS, A., *Beginnelsen van burgerlijk recht. Personen- en familierecht*, Antwerpen, Standaard, 1942, 752p.

KLUYSKENS, A., *Beginnelsen van burgerlijk recht. De contracten*, Antwerpen, Standaard, 1952, 731p.

LANCKSWEERDT, E., *Menselijke kracht in het recht. Een ontwikkelingsgerichte visie op het recht en de rechtspraak*, Gent, Larcier, 2014, 331p.

LAURENT, F., *Principes de droit civil*, t. IV, Brussel, Bruylant, 1878, 682p.

LELEU, Y.-H., *Droits des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2016, 904p.

MASSAGER, N., *Droit familial de l'enfance. Filiation, autorité parentale, hébergement*, Brussel, Bruylant, 2009, 616p.

MATTHÉ, S., *Familierecht als verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2016, 517p.

MOSELMAANS, S., *Voogdij*, Mechelen, Story-Scientia, 2004, 530p.

PEPELIÉ, P., *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 426p.

PUT, J., *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 590p.

SAMOY, I., *Middellijke vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 762p.

SENAEVE, P., *Co-ouderschap en omgangsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 285p.

SENAEVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, 856p.

SENAEVE, P. en DECLERCK, Ch., *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2017, 713p.

SMETS, J., *Jeugdbeschermingsrecht*, Mechelen, Kluwer, 1996, 821p.

SWENNEN, F., *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 582p.

SWENNEN, F., (ed.), *Contractualisation of family law – Global perspectives*, Springer, 2015, 372p.

SWENNEN, F., *Het Personen- en Familierecht. Een Benadering in Context*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 581p.

TILLEMANN, B., *Lastgeving*, Deurne, Story-Scientia, 1997, 396p.

VAN GYSEL, A.-Ch., *Précis de droit des personnes et de la famille*, Brussel, Bruylant, 2013, 609p.

VERSCHELDEN, G., *Afstamming in APR*, Mechelen, Kluwer, 2004, 762p.

VERSCHELDEN, G., *Origineel ouderschap herdacht: pleidooi voor een globale hervorming van het afstammingsrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 422p.

VERSCHELDEN, G., *Handboek Belgisch personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, 970p.

WERY, P., *Droit des contrats. Le mandat in Répertoire Notarial*, Brussel, Larcier, 2000, 341 p.

WUYTS, T., *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 990p.

ZIMMERMAN, R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Kaapstad, Juta en Co, 1990, 1241p.

## II. DUTSLAND

DETHLOFF, N., *Familienrecht*, 31<sup>e</sup> Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2015, 570p.

GERNHUBER, J. en COESTER-WALTJEN, D., *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2010, 1059p.

RAUSCHER, T., *Familienrecht*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2008, 1191p.

SCHWAB, *Familienrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2017, 514p.

WAGNER, K. en KÖTZ, H., *Deliktsrecht*, München, Verlag Franz Vahlen, 2016, 330p.

## III. ENGELAND

BAINHAM, A. en GILMORE, S., *Children-The modern law*, 2004, 811p.

BURTON, F., *Family law*, Routledge, Londen, 2015, 526p.

EEKELAAR, J., *Family law and personal life*, Oxford, Oxford UP, 2017, 219p.

HARRIS-SHORT, S. en MILES, J., *Family Law Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford UP, 2011, 1040p.

HERRING, J., *Family law*, London, Pearson, 2015, 842p.

GARDNER, S. en MACKENZIE, E., *An introduction to land law*, Hart Publishing, Oxford, 2012, 403p.

GERAINT, T. en HUDSON, A., *The law of trusts*, Oxford, Oxford UP, 2010, 1681p.

GILMORE, S. en GLENNON, S., *Hayes & Williams' family law*, Oxford, Oxford UP, 2016, 779p.

GLENDON, M. A., *The transformation of Family Law*, Chicago, Chicago UP, 1989, 320p.

LOWE, N. en DOUGLAS, G., *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford UP, 2007, 1153p.

LOWE, N. en DOUGLAS, G., *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 1127p.

MASSON, J., BAILEY-HARRIS, R. en PROBERT, R., *Principles of family law*, Londen, Sweet en Maxwell, 2008, 917p.

PROBERT, R., *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2012, 463p.

PROBERT, R. en HARDING, M., *Cretney and Probert's Family Law*, Londen, Sweet Maxwell, 2015, 440p.

WELSTEAD, M. en EDWARDS, S., *Family law*, Oxford, Oxford UP, 2006, 372p.

ZUCKERMAN, A., *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, Londen, Thomson Reuters, 2013, 1506p.

IV. FRANKRIJK

BACACHE-GIBEILI, M., *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Tome 5*, Parijs, Economica, 2016, 1097p.

BATTEUR, A., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Parijs, LGDJ, 2010, 602p.

BÉNABENT, A., *Droit de la famille*, Parijs, Montchréstien, 2014, 542p.

BLANC, P., *Les enfants maltraités ou moralement abandonnés*, Parijs, Chevalier-Maresq, 1889, 130p.

BUFFELAN-LANORE, Y. en LARRIBAU-TERNEYRE, V., *Droit civil: introduction-biens-personnes-famille*, Parijs, Sirey, 2011, 988p.

COURBE, P., *Droit de la famille*, Parijs, Sirey, 2008, 536p.

COURBE, P. en GOUTTENOIRE, A., *Droit de la famille*, Parijs, Sirey, 2013, 572p.

HÉRON, J. en LE BARS, Th., *Droit judiciaire privé*, Parijs, Montchréstien, 2015, 998p.

LESTIENNE-SAUVÉ, L., *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Parijs, LGDJ, 2013, 696p.

MURAT, P., *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, 2129p.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th. en THÉRY, I. (eds.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Parijs, Nathan, 1993, 350p.

v. NEDERLAND

ODINK, R., *Het ouderlijk gezag ontwikkeld*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2013, 80p.

PUNSELIE, E. C. C., *Gezag over minderjarigen in Ars Notarius 139*, Deventer, Kluwer, 2008, 102p.

VLAARDINGERBROEK, P., e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2017, 740p.

WORTMANN, S. F. M. en VAN DUIJVENDIJK-BRAND, J., *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 404p.

vi. RECHTSVERGELIJKEND

BOURGEOIS, G., *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 184p.

GLENN, H. P., *Legal traditions of the World: sustainable diversity in law*, Oxford, Oxford UP, 2014, 423p.

ODERKERK, A. E., *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1999, 484p.

PINTENS, W., *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, UPL, 1998, 265p.

ZWEIGERT, K. en KÖTZ, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, Mohr, 1996, 729p.

VII. MENSENRECHTEN

CHOUDRY, S. en HERRING, J., *European Human Rights and Family Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, 442p.

DETRICK, S., *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag, Kluwer, 1999, 813p.

ERGEC, R., *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2006, 271p.

FAHRENHORST, I., *Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention*, Ferdinand Schöningh, München, 1994, 526p.

GERARDS, J., *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, SDU Uitgevers, 2011, 307p.

HARRIS, D., O'BOYLE, M., WARBRICK, C., BATES, E., BUCKLEY, C., KILKELLY, U., CUMPER, P., ARAI, Y., en LARDY, H., *Law of the European Convention on human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 902p.

HODGKIN, R. en NEWELL, P., *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, New York, Unicef, 1998, 681p.

JACOBS, C. en WHITE, R. C. A., *Jacobs, White en Ovey: The European convention on human rights*, Oxford, Oxford UP, 2010, 644p.

LAWSON, R. A. en SCHERMERS, H. G., *Leading cases of the European Court of Human Rights*, Maklu, Antwerpen, 1997, 788p.

SENDEN, H., *Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 455p.



SCHERPE, J. M., *The present and future of European family law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 161p.

SMIS, S., JANSSENS, Ch., MIRGAUX, S. en VAN LAETHEM, K., *Handboek mensenrechten: de internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 660p.

SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2015, 967p.

SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs, PUF, 2011, 925p.

SUDRE, F., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, PUF, 2015, 944p.

VANDE LANOTTE, J., en HAECK, Y., *Handboek EVRM. 1: algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 949p.

VAN GRUNDERBEECK, D., *Beginselen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 763 p.

VASSEUR-LAMBRY, V., *La famille et la convention européenne de droits de l'homme*, Parijs, L'Harmattan, 2000, 522p.

WILLEMS, G., *Le droit de la personne et de la famille au prisme de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Louvain-La-Neuve, 2014, (onuitg. doctoraatsthesis UCL), 787p.

#### VIII. RECHTSMETHODOLOGIE

DELNOY, P., *Eléments de méthodologie juridique*, Brussel, Larcier, 2006, 440p.

EGGERMONT, F., GEUENS, M., GOWIE, F. en TIMBERMONT, E., *Het juridisch verwerkingsproces, Brugge, die Keure, 2014, 227p.*

IX. RECHTSTHEORIE

SALMOND, J. W., *Jurisprudence, 7th ed.*, Londen, Sweet & Maxwell, 1924, 588p.

**B. Bijdragen in verzamelwerken**

I. BELGIË

ADRIAENSSENS, K., "Art. 475bis BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 1991.

ADRIAENSSENS, K., "Art. 475ter BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 1991.

ADRIAENSSENS, K., "Art. 475quater BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 1991.

ADRIAENSSENS, K., "Art. 475quinquies BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 1991.

ADRIAENSSENS, K., "Art. 475sexies BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 1991.

BEAGUE, M., FERRIE, S.-M., HOUSIER, J. en SAULIER, M., "Beau-parent/co-parent" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, 71-87.

BERTRAND, B., "L'adoption intrafamiliale comme mode de recomposition familiale" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, 63-71.

BRUNET, L. en SOSSON, J., "L'engendrement à plusieurs en droit comparé: quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, 31-70.

CAP, S. en SOSSON, J., "La place juridique du tiers au lien de filiation" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, 267-312.

CASTELEIN, C., "Adoptie" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2006, 9-53.

DECLERCK, Ch., "De rechtspositie van de meemoeder in het licht van de wetten van 5 mei 2014 en 18 december 2014" in I. BOONE en Ch. DECLERCK (eds.), *Actualia Familierecht 2014-2015*, Brugge, die Keure, 151-174.

DEKERVEL, M., "Art. 354-1 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2014.

DE SCHRIJVER, L., "Art. 1477 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2017.

FULCHIRON, H., "Avant-propos. Parenté, filiation, origines: un nouveau monde en gestation" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, 7-12.

DEBAUW, S. en VERSCHULDEN, G., "De kamer voor minnelijke schikking en de bevordering van een minnelijke oplossing van familiale geschillen" in P. SENAËVE (ed.), *Handboek Familieprocesrecht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 139-223.

DECOCK, G., "De wet van 19 maart 2017 tot invoering van een statuut voor pleegzorgers" in G. DECOCK, P. SENA EVE, G. VERSCH ELDEN en T. WIJNANT (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 51-91.

DENOYELLE, C., "Beoordelingscriteria voor een verblijfsregeling – een persoonlijke kijk vanuit de praktijk" in *Verblijfsregeling*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 53-70.

DRESER, L., "Uitdagingen bij de toepassing van het hoorrecht bij minderjarige kinderen" in I. BOONE en Ch. DECLERCK (eds.), *Actualia Familierecht. Co-ouderschap vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2017, 27-54.

GALLUS, N., "Les fondements et la représentation juridique de la parenté" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, 7-21.

GILLOT-DE VRIES, F. en MOTTRIE, C., "Analyse conceptuelle des notions de parentalité et de filiation du pont de vue psychologique" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, 25-40.

HERBRAND, C. en GALLUS, N., "La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie: évolutions, enjeux et régulation" J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, 313-340.

HIERNAUX, G., "L'autorité parentale et le rôle des tiers. De la parenté à la parentalité " in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, 75-94.

MOSS ELMANS, S., "Werking van de voogdij inzake het vermogen" in P. SENA EVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 101-252.

MOSELMANS, S., "Art. 405 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2002.

MOSELMANS, S. en VAN THIENEN, A., "Art. 389 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2014.

MOSELMANS, S. en VAN THIENEN, A., "Art. 397 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 1 januari 2016), losbl.

MOSELMANS, S. en VAN THIENEN, A., "Art. 398 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, (bijgewerkt tot 1 januari 2016), losbl.

MURAT, P., "Passer par la filiation ou dépasser la filiation" in H. FULCHIRON en J. SOSSON (eds.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Brussel, Bruylant, 2013, 259-271.

MUYLLE, M., "En wat als 'supernanny' te laat komt. Actualia inzake de aansprakelijkheid van ouders voor minderjarige kinderen" in *Themis aansprakelijkheids- en verzekeringenrecht nr. 48*, Brugge, die Keure, 2008, 87-107.

RENCHON, J.-L., "Le droit de la personne et de la famille: de l'indisponibilité à l'autodétermination?" in D. HEIRBAUT en G. MARTYN (eds.), *Napoleons Nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België*, Mechelen, Kluwer, 2005, 99-156.

RENCHON, J.-L., "Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille" in A. WIJFFELS (eds.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Brussel, Bruylant, 2005, 269-332.

SENAEVE, P., "Art. 144 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 1990.

SENAEVE, P., "Art. 145 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 1990.

SENAEVE, P., "De werking van de voogdij inzake de persoon - wijzigingen in Boek I BW inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding" in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 63-99.

SENAEVE, P., "De wijzigingen inzake familierecht en inzake familieprocesrecht door de wet van 6 juli 2017 (wet potpourri V)" in P. SENAEVE en G. VERSCHULDEN (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht 2017*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 93-171.

SENAEVE, P., "Art. 316bis BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl. (bijgewerkt tot 13 juni 2014).

SENAEVE, P., VINCK, B. en DE SCHRIJVER, L., "Art. 1477 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2017.

SENAEVE, P., "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht (2011-2013)" in *Themis Personen- en familierecht nr. 85*, Brugge, die Keure, 2014, 1-51.

SENAEVE, P., "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht (2014-2016)" in *Themis Personen- en familierecht nr. 98*, Brugge, die Keure, 2017, 1-81.

SENAEVE, P., "De wet van 20 februari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de adoptie" in G. DECOCK, P. SENAEVE, G. VERSCHULDEN en T. WIJNANT (eds.), *Wetgeving en rechtspraak familie(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 1-50.

SENAEVE, P., "Het hoorrecht van minderjarigen" in P. SENAEVE (ed.), *Handboek Familieprocesrecht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 403-449.

SOSSON, J., "Filiation, origines, parentalité" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, 5-33.

SOSSON, J., "Les aspects juridiques du droit belge en matière de formes alternatives d'accueil" in M.-Th. MEULDERS-KLEIN (ed.), *Adoption et formes alternatives d'accueil*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 153-176.

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

SWENNEN, F., "Rechten van niet-ouders met betrekking tot minderjarigen" in P. SENAEEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 259-310.

UYTTENDAELE, N., "Modalités d'hébergement, rôle des parents et beaux-parents et exercice de l'autorité parentale – Le point de vue du juriste" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, 95-111.

VAN BOCKRIJCK, H., "Het juridisch kader en de toepassing in de rechtspraak, inclusief knelpunten op sociaal en fiscaal vlak" in CBR (ed.), *Verblijfsregeling*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 13-36.

VAN BOCKRIJCK, "Deel IV. Twee jaar toepassing van de wet van 18 juli 2006 inzake het verblijfsco-ouderschap en de uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen" in P. SENAEEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 193-240.

VAN DEN PLAS, U., "Praktische wenken bij het optreden van de vredegerechten met nieuwe modellen voor de rechtspraak" in P. SENAEEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 381-498.

VERRYCKEN, M., "Openvallen en organisatie van de voogdij" in P. SENAËVE, J. GERLO en F. LIEVENS (eds.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 1-62.

VERCRUYSSSE, T., "Art. 373 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2014.

VERSCHELDEN, G., "Art. 328 BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2009.

WUYTS, T., "Ontwikkelingen inzake de begrippen 'vader', 'moeder' en 'minderjarige' in de zin van art. 1384, tweede lid BW" in *De aansprakelijkheid van ouders en onderwijzers. Dossier tijdschrift voor de vrede- en politierechters*, Brugge, die Keure, 2007, 1-29.

WUYTS, T., "De rechtspositie van meemoeders en hun kinderen" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 71-180.

## II. DUITSLAND

COESTER, M., "Die Rechtsbeziehungen zwischen Stiefelternteil und Stiefkind" in J. HORSTMANN (ed.), *Stieffamilie/Zweitfamilie. Reflexionen über einen an gesellschaftlicher Bedeutung zunehmenden Familientypus*, Graftschafft, Vektor, 1994, 133-148.

COESTER-WALTJEN, D., "Kinderarm, aber Elternreich" in *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 2005, 761-772.

HENNEMANN, "§ 1687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten" in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage, München, 2012.

*Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Verlag C. H. Beck, 2006.



RAINER en KEMPER, "§ 1687b BGB Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten" in *Schulze u.a. Bürgerliches Gesetzbuch*, 8. Auflage, 2014.

RING, G. en OLSE-RING, L., "Lebenspartnerschaftsgesetz" in *Nomos Kommentar*, Baden-Baden, Nomos, 1. Auflage, 2012.

SALGO, L., "§ 1687b BGB" in *Staudinger BGB IV §§ 1684-1717*, Berlin, Sellier, 2006, 361-375.

VEIT, B., "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2011.

VEIT, B., "§ 1687b BGB" in *Beck'scher Online - Kommentar BGB*, Bamberger/Roth, 2015.

### III. ENGLAND

BAINHAM, A., "Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions" in A. BAINHAM, S. D. SCLATER en M. RICHARDS (eds.), *What is a parent? A socio-legal analysis*, Oxford, Hart Publishing, 1999, 25-46.

CANTWELL, N., "Children's rights in relation to their family" in A. ALLEN e.a. (eds.), *The UN Children's Rights Convention: theory meets practice*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 389-400.

COOKE, E., "'Don't spend it all at once!' Parental responsibility and parents' responsibilities in respect of children's contracts and property" in E. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 201-213.

DOUGLAS, G., "The changing concept of 'family' and challenges for family law in England and Wales" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol.*

*II – The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 22-38.

GILIKER, P., "Parental liability for harm caused by children: a Comparative analysis" in S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford, Hart Publishing, 2009, 333-351.

GILMORE, S., "The limits of parental responsibility" in E. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 63-84.

GILMORE, S., HERRING, J. en PROBERT, R., "Introduction: Parental Responsibility-Law, Issues and Themes" in S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford, Hart Publishing, 2009, 1-20.

HEYVAERT, A., "De contractualisering van verhoudingen van staat" in X (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 165-195.

JOHNSON, M., "A biomedical perspective on parenthood" in A. BAINHAM, S. D. SCLATER en M. RICHARDS (eds.), *What is a parent? A socio-legal analysis*, Oxford, Hart Publishing, 1999, 47-71.

MASSIN, J., "Paternalism, participation and placation: young people's experiences of representation in child protection proceedings in England and Wales" in J. DEWAR en S. PARKER (eds.), *Family law: processes, practices, pressures*, Oxford, Hart Publishers, 2003, 79-98.

MASSON, J., "Parenting by being; parenting by doing – In search of principles for founding families" in J. R. SPENCER en A. DU BOIS-PEDAIN (eds.), *Freedom and responsibility in Reproductive Choice*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 131-155.

SAWYER, C., "Children's representation by their parents in legal proceedings" in E. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 215-235.

STEINER, E., "The tensions between legal, biological and social conceptions of parenthood in English law" in I. SCHWENZER (ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 159-175.

#### IV. FRANKRIJK

BUFFELAN-LANORE, Y., "Fasc. Unique: minorité – Droits propres de l'enfant", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 5 april 2016), 28p.

CARBONNIER, I., "Fasc. 10: Autorité parentale – Exercice de l'autorité parentale", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 7 oktober 2014), 43p.

CICILE-DELFOSSÉ, M.-L., "Majeurs protégés. Dispositions indépendantes de toute protection. Faits juridiques" *Jurisclasseur Not. Rép.* (bijgewerkt tot 15 juli 2016), 44p.

DEPADT-SEBAG, V., "La reconnaissance juridique des tiers des beaux-parents: entre adoption simple et délégation-partage", *Rec. Dalloz* 2011, 2494-2500.

DOUCHY-OUDOT, M., "Fasc. 1400-15: Autorité parentale", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 31 juli 2016), 33p.

DOUCHY-OUDOT, M., "Fasc. 600-25: audition du mineur en justice", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 13 april 2016), 50p.

FRANCOZ-TERMINAL, L., "Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire", *Dr.fam.* 2009, n°9, étude 30.

HOONAKKER, Ph., "Procédure gracieuse" in S. GUINCHARD (ed.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Parijs, Dalloz, 2014, 835-838.

GEBLER, L., « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *Enfances & psy* 2007/3, n°36, 50-60.

GOUTTENOIRE, A., "Autorité parentale: définition, sources et nature" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, 945-951.

GOUTTENOIRE, A., "Autorité parentale: attributs" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, 952-968.

GOUTTENOIRE, A., "Autorité parentale: exercice" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, 969-1027.

GOUTTENOIRE, A., "Autorité parentale: limites" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, 1028-1035.

GOUTTENOIRE, A., "Audition du mineur" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, 1036-1070.

GOUTTENOIRE, A., "Représentation et administration légale" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, 1071-1105.

GRANET-LAMBRECHTS, F., "La filiation par procréation. Contexte et évolution" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, 641-647.

LEMOULAND, J. J., "Empêchements à mariage" in *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, 87-95.

LEVERBE, E., "Le civilement responsable du fait du mineur- À propos de deux arrêts de la Cour de cassation: Cass. crim. 18 mai 2004 et Cass. (2e civ.) 7 oct. 2004) », *Resp. civ. et ass.*, n°2, february 2005, étude 4.

MARIA, I., "Mineur: protection judiciaire: tutelle" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, 1406-1427.

NEIRINCK, C. "Fasc. 30: Autorité parentale – Délégation", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 2010), 53p.

NEIRINCK, C., "Fasc. 40: Autorité parentale – Retrait", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 31 mei 2010), 35p.

NERSON, R. en RUBELLIN-DEVICHI, J., "Jurisprudence Française en matière de droit civil", *RTD Civ.* 1984, 294-315.

REBOURG, M., "Vocation alimentaire" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, 1211-1225.

RUBELLIN-DEVICHI, J., "Jurisprudence Française en matière de droit civil", *RTD Civ.* 1986, 729-741.

SALVAGE-GEREST, P., "Fasc. 935: L'autorité parentale", *Jurisclasseur Proc. civ.* (bijgewerkt tot 2012), 47p.

SALVAGE-GEREST, P., "Adoption plénière" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, 786-837.

SALVAGE-GEREST, P., "Adoption simple" in P. MURAT (ed.), *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2016, 838-856.

WATINE-DROUIN, C., "Fasc. Unique: minorité – audition du mineur en justice – défense de ses intérêts", *Jurisclasseur Code civ.* (bijgewerkt tot 8 augustus 2016), 50p.

v. NEDERLAND

ASSER/DE BOER, 1\* *Personen- en familierecht*, 2010.

ANTOKOLSKAIA, M., SCHRAMA, W. en TOMASSEN-VAN DER LANS, M., "Gezag" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, 255-270.

ANTOKOLSKAIA, M., SCHRAMA, W. en TOMASSEN-VAN DER LANS, M., "Verdeling van zorg- en opvoedingstaken, omgang en informatie" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, 271-286.

ASSER/HARTKAMP en SIEBURGH, 6\* *De verbintenis uit de wet*, 2015.

BLANKMAN, K., "Minderjarigheid" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, 247-253.

BRUNING, M. R., *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:274 NBW (actueel tot en met 1 juli 2017).

CHIN-A-FAT, B. E. S., *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 809 Rv (bijgewerkt tot en met 20 december 2016).

CHIN-A-FAT, B. E. S., *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 810 Rv (bijgewerkt tot en met 1 januari 2017).

DOEK, J. E., *GS personen- en familierecht*, Zesde Titel Rv (bijgewerkt tot 14 mei 2012).

DOEK, J. E., *GS personen- en familierecht*, art. 1:252a NBW (bijgewerkt tot en met 1 november 2010).

DOEK, J. E., *GS personen- en familierecht*, art. 1:253a NBW (bijgewerkt tot 1 november 2010).

DOEK, J. E., *GS personen- en familierecht*, art. 1:253n NBW (actueel tot en met 1 november 2010).

FORDER, C., "Kinderbeschermingsmaatregelen" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, 287-314.

GROENHUIJSEN, E. A., "Horen of luisteren, het kind in scheidings- en omgangszaken", *FJR* 2007/101, 236-240.

JANSEN, I., *GS personen- en familierecht*, art. 1:246 NBW (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016).

JANSEN, I., *GS personen- en familierecht*, art. 1:253i NBW (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016).

JANSEN, I., *GS personen- en familierecht*, art. 1:253l NBW (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016).

JANSEN, I., *GS personen- en familierecht*, art. 1:234 NBW (bijgewerkt tot en met 29 september 2016).

JANSEN, I., *GS personen- en familierecht*, art. 1:253v NBW (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016).

JANSEN, I., *GS personen- en familierecht*, art. 1:253w NBW (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016).

JANSEN, I., *GS personen- en familierecht*, art. 1:253x NBW (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016).

JANSEN, I., *GS personen- en familierecht*, art. 1:247 NBW (bijgewerkt tot en met 1 oktober 2016).

JANSEN, I., *GS personen- en familierecht*, art. 1:253t NBW (bijgewerkt tot en met 15 oktober 2016).

JONKER, M., "Kinderalimentatie" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, 337-355.

KOENS, M. J. C., *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:253t NBW (actueel tot en met 1 juli 2017).

KOENS, M. J. C., *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:253v NBW (actueel tot en met 1 juli 2017).

KOK, J., *GS personen- en familierecht*, art. 1:228 NBW (actueel tot en met 12 februari 2017).

KOK, J., *GS personen- en familierecht*, art. 1:229 NBW (actueel tot en met 12 februari 2017).

MALSCH, M. en DE BAKKER, E., "Niet-professionele rechtsdeelnemers over de rechtspraak" in M. MALSCH (ed.), *Recht der Werkelijkheid*, 2002, 3-12.

NAUTA, R. Y., *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 798 Rv (bijgewerkt tot en met 3 juli 2017).

NAUTA, R. Y., *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 809 Rv (bijgewerkt tot en met 29 mei 2017).

NAUTA, R. Y., *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 810 Rv (bijgewerkt tot en met 29 mei 2017).



NAUTA, R. Y., *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 810a Rv (bijgewerkt tot en met 29 mei 2017).

NUYTINCK, A. J. M., "Meerouderschap, meeroudergezag en draagmoederschap: een persoonlijke ontboezeming" in *In Verbondenheid. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P. Vlaardingerbroek ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer, Kluwer, 2017, 59-72.

OLDENHUIS, F. T., *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:169 NBW (bijgewerkt tot en met 18 juli 2017).

VONK, M., "Parent-child relationships in Dutch family law" in I. SCHWENZER (ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 279-307.

SCHRAMA, W. "Het adoptierecht" in W. M. SCHRAMA en M. V. ANTOKOLSKAIA (eds.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag, BJU, 2014, 237-246.

TER HAAR, J. H. M., *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:234 NBW (bijgewerkt tot 1 juli 2016).

TER HAAR, J. H. M., *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:247 NBW (bijgewerkt tot en met 15 februari 2017).

TER HAAR, J. H. M., *GS personen- en familierecht*, art. 1:345 NBW (bijgewerkt tot 20 augustus 2017).

VLAARDINGERBROEK, P., e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 708p.

WORTMANN, S. F. M., *GS personen- en familierecht*, art. 1:395 NBW (bijgewerkt tot en met 11 maart 2017).

VI. RECHTSVERGELIJKEND

BUDZIKIEWICZ, C., "Contracting on parentage" in *Family law and culture in Europe*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 151-168.

FERRER-RIBA, J., "Parental responsibility in a European perspective" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. III – Family Law in a European perspective*, Cheltenham, Elgar, 2016, 284-310.

GILLIKER, P., "Parental liability for harm caused by children: a Comparative analysis" in S. GILMORE, J. HERRING en R. PROBERT (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford, Hart Publishing, 2009, 333-351.

SCHERPE, J. M., "Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View" in R. PROBERT, S. GILMORE en J. HERRING (eds.), *Responsible parents and parental responsibility*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 43-62.

VII. MENSENRECHTEN

ALEN, A. en PAS, W., "De directe werking van het VN-verdrag inzake de rechten van het kind" in *Kinderrechtengids*, deel I, 1.1, 1994, 1-25.

ALSTON, P., "The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights" in P. ALSTON (ed.), *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 1-25.

ASBJORN, E., "Article 27. The Right to an Adequate Standard of Living" in *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 49p.

BAINHAM, A., " 'Honour thy father and thy mother': children's rights and children's duties" in G. DOUGLAS en L. SEBBA (eds.), *Children's rights and traditional values*, Londen, Ashgate, 1998, 93-110.

BREMS, E., OUALD-CHAIB, S., SMET, S. en TIMMER, A., "Privéleven en gezinsleven" in *EVRM. Rechtspraak en commentaar*, Den Haag, SDU Uitgevers, 2010, nr. 3.8, 1-50.

COESTER-WALTJEN, D., "The impact of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights on European family law" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. I - The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 49-94.

COUZENS, M., "Autonomy rights versus parental autonomy" in A. ALEN, H. BOSLY en M. DE BIE, J. VANDE LANOTTE, e.a. (eds.), *The UN Children's rights Convention: theory meets practice*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 419-438.

DE BRUIJN-LÜCKERS, M. L. C. C., "Commentaar op art. 8 EVRM" in *Tekst en Commentaar Personen- en familierecht*, Kluwer, (bijgewerkt tot 2012).

DE HERT, P., "Art. 8 EVRM. Recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. 2: artikelsgewijze commentaar. Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 705-788.

DOUGLAS, G., "The changing concept of 'family' and challenges for family law in England and Wales" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. II - The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, Cheltenham, Elgar, 2016, 22-38.

EURELINGS-BONTEKOE, E. H. M. en GOUDEMA, P. P., "The Role of Conflict Resolution in Children's Development: Implications for Later Life" in I. SAGEL-GRANDE, e.a. (ed.), *In the best interest of the child: conflict resolution for and by children and juveniles*, Amsterdam, Rozenberg, 2001, 37-47.

FORDER, C. J. , "Commentaar op art. 8 EVRM, par. 1" in *SDU Commentaar EVRM, Deel 1- materiële bepalingen*, Den Haag, SDU Uitgevers 2013.

FREEMAN, M., "The limits of children's rights" in M. FREEMAN en P. VEERMAN (eds.), *The ideologies of children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, 29-46.

FREEMAN, M., "Article 3. The Best Interests of the Child" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS en M. VERHEYDE (eds.), *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 77p.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. J., "Le caractère 'autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme" in F. MATSCHER en H. PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Keulen, Carl Heymanns Verlag, 1988, 201-220.

GEORGE, R., "The child's welfare in a European perspective" in J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law vol. III – Family Law in a European perspective*, Cheltenham, Elgar, 2016, 209-231.

GONZALEZ, G., "La valorisation apparente de certains intérêts" in F. SUDRE (ed.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, 226-247.

HERING, A. W. en ZWAAK, L., "Chapter 12. Right to respect for privacy (article 8)" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 663-750.

HERING, A. W. en ZWAAK, L., "Chapter 16. The right to marry and to found a family (article 12)" in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN en L.

ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 841-862.

JANSSEN, H. L., "Commentaar art. 12 EVRM - recht om te huwen" in *EVRM. Rechtspraak en commentaar*, Den Haag, SDU Uitgevers, 1-32.

KAMCHEDZERA, G., "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance" in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS, M. VERHEYDE en B. ABRAMSON (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 41p.

LAMBERT, P., "Avant-propos. La définition de la vie familiale" in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, 55-59.

LEMMENS, P., "De rechten van het kind als grondrechten in de Belgische rechtsorde" in W. VANDENHOLE (ed.), *Kinderrechten in België*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 37-58.

LENTERS, H., "Resolution of family law conflicts concerning children and the interest of the child" in I. SAGEL-GRANDE, e.a. (ed.), *In the best interest of the child: conflict resolution for and by children and juveniles*, Amsterdam, Rozenberg, 2001, 9-15.

MAES, C., "Rechten van het kind ... en verder" in *Kinderrechtengids - Deel I: commentaren*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 16p.

MATHIEU, G. en WILLEMS, G., "Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" in J.-L. RENCHON en J. SOSSON (eds.), *Filiation et parentalité*, Brussel, Bruylant, 2014, 35-94.

MARTELLY, O., "L'indifférenciation progressive dans le choix des outils de résolution des conflits de droits" in F. SUDRE (ed.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, 202-224.

MÉCARY, C., "Homoparenté et homoparentalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme" in N. GALLUS (ed.), *Droits des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, 2012, 227-244.

PARKER, S., "The best interests of the child – principles and problems" in P. ALSTON (ed.), *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 26-41.

PECNIK, N., "Towards a vision of parenting in the best interests of the child" in *Parenting in contemporary Europe: a positive approach*, Straatsburg, Council of Europe, 2007, 15-36.

RENCHON, J.-L., "La Convention européenne et la régulation des relations affectives et familiales dans une société démocratique" in P. LAMBERT (ed.), *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, ed. du jeune barreau de Bruxelles, 1994, 89-145.

SAGEL-GRANDE, I., "Introduction: conflict resolution by and for children and Young people" in I. SAGEL-GRANDE (ed.), *In the best interest of the child. Conflict resolution for and by children and juveniles*, Amsterdam, Rozenberg, 2001, 1-6.

SAROLEA, S., "L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme" in *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Brussel, Bruylant, 2016, 107-147.

SENAEVE, P., "Het belang van het kind in het Belgische familierecht" in X (ed.), *Met het oog op het belang van het kind. Opstellen aangeboden aan*

*professor mr. Madzy Rood – de Boer ter gelegenheid van haar emeritaat*, Deventer, Kluwer, 1988, 119-127.

SCHERPE, J. M., "From 'odious crime' to family life-same-sex couples and the ECHR" in A.-L. VERBEKE, Ch. DECLERCK e.a. (eds.), *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber amicorum Walter Pintens*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 1225-1240.

STEIN, T., "The notion of the term family on European level with a focus on the case law of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice" in A. VERBEKE, e.a. (eds.), *Confronting the frontiers of family and succession: liber amicorum Walter Pintens*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 1375-1392.

SUDRE, F., "Le recours aux 'notions autonomes' " in F. SUDRE (ed.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1998, 93-131.

SUDRE, F., "Rapport introductif. La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale" in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, 11-54.

SUDRE, F., "Fasc. 6525: CEDH-Droits garantis - droit au respect de la vie privée et familiale – droit au mariage – protection de la vie familiale", *Jurisclasseur Europe Traité* (bijgewerkt tot 10 maart 2016), 47p.

SURREL, H., "La détermination prétorienne du cadre d'examen des conflits de droits" in F. SUDRE (ed.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, 166-201.

VANDAELE, A., "De directe werking van capita selecta uit het internationaal verdrag inzake de rechten van het kind" in *Kinderrechtengids*, deel I, 1.1, 2003, 1-30.

VANDAELE, A., "De directe werking van het Kinderrechtenverdrag" in *Kids-codex. Boek I*, 2014, 11-47.

VAN DE GEUCHTE, A., HAECK, Y. en STAELENS, V., "Art. 12 EVRM. Recht te huwen en een gezin te stichten" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. 2: artikelsgewijze commentaar. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 41-73.

VANDENHOLE, W., "Het kind en het badwater: de kruisbestuiving van de kinderrechten en mensenrechten" in W. VANDENHOLE (ed.), *Kinderrechten als mensenrechten: een multidisciplinaire verkenning*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 25-49.

VAN HERSTRAETEN, D., "De l'intérêt de l'enfant en justice" in N. GALLUS (ed.), *Les recompositions familiales. Nouveaux enjeux de la parentalité et de la filiation*, Limal, Anthemis, 2015, 41-61.

VELAERS, J., "Les droits de l'homme, le mariage, la famille et les autres formes de vie en commun" in CEPESS (ed.), *Considérations juridiques et éthiques sur la famille*, Brussel, CEPESS, 1992, 67-93.

WOLF, J., "The concept of the 'Best Interest' in Terms of the UN Convention on the Rights of the Child" in M. FREEMAN en P. VEERMAN (eds.), *The ideologies of children's rights*, Londen, Martinus Nijhoff, 1992, 125-133.

WOLFSON, S., "Children's rights: the theoretical underpinning of the 'best interests of the child' " in M. FREEMAN en P. VEERMAN (eds.), *The ideologies of children's rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, 7-27.



## **C. Tijdschriftartikels**

### *I. BELGIË*

AUDOORE, S., "Overzicht van rechtspraak (2003-2011) – De uitoefening van het ouderlijk gezag", *T.Fam.* 2012, 55-72.

BEAGUE, M., "Quel est l'état actuel et quelles sont les perspectives d'avenir de la reconnaissance juridique du beau-parent dans les familles recomposées?", *JDJ* 2007, 3-21.

BECQ, S., "Het juridisch statuut van de pleegouders", *RW* 1980-81 II, 2036-2056.

BENKHELIFA, S., en RIAD, H., "Art. 22bis Grondwet: directe werking ook voor kinderen zonder papieren?", *TJK* 2013, 267-277.

BOONE, I., "Ouderlijk gezag, verblijf en recht op persoonlijk contact", *TPR* 2017, 1031-1108.

BORGHS, P., "Rechtspositie meemoeder. Van adoptieve naar oorspronkelijke juridische afstamming", *NJW* 2013, 382-408.

DE BUSSCHERE, C., "Het nieuwe Belgische recht inzake de voogdij over minderjarigen: enkele aspecten en enkele beschouwingen", *T.Not.* 2001, 350-454.

DEVOLDER, K., "De invoering van een familie- en jeugdrechtbank. Commentaar op de wet van 30 juli 2013", *T.Fam.* 2014, 128-147.

FAGNART, J.-L., "La responsabilité civile des parents", *JDJ* 1997, 362-371.

FIERENS, J., "La loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux", *Act.dr.fam.* 2017, 138-148.

GOEGEBUER, M., "Adoptie door de voormalige partner en andere wijzigingen in de adoptiewetgeving. Commentaar bij de wet van 20 februari 2017", *T.Fam.* 2017, 147-161.

HUYGENS, A., "Persoonlijk gezag over minderjarige kinderen: quo vadis?", *TBBR* 2006, nr. 24, 567-588.

MATHIEU, G., "L'irrévocabilité de l'adoption plénière endofamiliale: une remise en question fondée sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme", *RTDF* 2016/1, 49-71.

MOSSLMANS, S. en VAN THIENEN, A., "Bescherming en bewind voor meerderjarigen. Commentaar bij de wet van 17 maart 2013", *T.Fam.* 2014, 60-96.

PAUWELS, J., "Pleegvoogdij door twee echtgenoten" (noot onder Gent (jeugdkamer) 10 december 1975, *RW* 1977-78, 1261-1262.

PLUYM, L., "Juridisch statuut voor meemoeders – commentaar bij de wet van 5 mei 2014", *T.Fam.* 2015, 5-15.

POPELIER, P., "Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever", *RW* 2006-07, 243-262.

POULEAU, V., "À propos de la Convention des droits de l'enfant. L'enfant sujet de droits: enfin une réalité", *JT* 1990, 617-628.

QUIREYNS, T., "De erkenning en de instemming met de erkenning door een minderjarige", *T.Fam.* 2016, 164-168.

RIBES, D., "Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative", *Rev. Belge de droit const.* 1999, 237-274.

ROBERT, T., "Afstamming als exclusieve grondslag van ouderlijk gezag: geen toelaatbare verantwoording, maar niet discriminerend" (noot onder Arbitragehof 8 oktober 2003), *RW* 2003-04, 1017-1018.

ROBERT, T., "Naar een afstammingsloos gezag (?)" (noot onder Arbitragehof 8 oktober 2003), *TJK* 2004, 40-43.

RONDOU, J., "Rond de wet van 22 maart 1940 op de aanneming van een kind", *Rechtskundig tijdschrift* 1940, 335-376.

SENAEVE, P., "Naar een wettelijk statuut voor de lesbische meemoeder?" (noot onder Arbitragehof 8 oktober 2003), *EJ* 2003, 135-139.

SENAEVE, P. en VAN BOCKRIJCK, H., "De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang", *EJ* 2006, 117-143.

SENAEVE, P., "Het hoorrecht van minderjarigen sinds de wet op de familie- en jeugdrechtbank", *T.Fam.* 2014, 176-195.

SUETENS, L.-P., "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof" in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Gelijkheid en non-discriminatie*, Kluwer, Antwerpen, 1991, 97-115.

SWENNEN, F., "Contractualisation of family law", *Familie & Recht* 2013, juli-september, DOI: 10.5553/FenR/.000008.

SWENNEN, F., "Meemoederschap zonder adoptie – de wet van 5 mei 2014 tot vaststelling van de afstamming van de meemoeder", *TBBR* 2014/10, 480-486.

SWENNEN, F., "Wat is ouderschap?", *TPR* 2016/1, 11-95.

SWENNEN, F. en JANSSENS, K., "Het nieuwe voogdijrecht", *RW* 2001-02, 1-21.

TILLEMANN, B., e.a., "Bijzondere overeenkomsten: overzicht van rechtspraak – lastgeving", *TPR* 2010, 601-763.

TIMMERMAN, K., "Pleidooi voor bemiddeling?", *AJT* 1999-00, 585-598.

VANDENBERGHE, H., "Aansprakelijkheid van de ouders", *TPR* 2011, 523-557.

VASSEUR, R., "Het toetsingscriterium bij de beoordeling van een verzoek tot vroegtijdige beëindiging van de pleegvoogdij" (noot onder Jeugdrechtbank Gent 8 mei 2008), *T.Fam.* 2009, 32-35.

VERCRUYSSSE, T., "Burgerrechtelijk statuut voor pleegzorgers – commentaar bij de wet van 19 maart 2017", *T.Fam.* 2018, 6-14.

VERLINDEN, V., "Lacunes in de wetgeving: wat doet het Arbitragehof (niet)?" (noot onder Arbitragehof 8 oktober 2003), *RW* 2003-04, 1018-1021.

VERSCHELDEN, G., "Het belang van het kind in het afstammingsrecht", *TJK* 2005, 168-181.

VERSCHELDEN, G., "Het belang van het kind in het toekomstige afstammingsrecht: considerans voor de wetgever, niet voor de rechter", *T.Fam.* 2013, 98-99.

WUYTS, T., "Ernstige tekortkomingen aan de verplichtingen als ouder vormen geen aanleiding tot het ontstaan van de voogdij" (noot onder Brussel 8 maart 2007), *T.Fam.* 2007, 90-96.

II. *DUITSLAND*

BERNAU, F., "Der Einzug der Patchwork-Familie in den juristischen Sprachgebrauch – eine Definition" in *Kritische Justiz/39*, 2006, H. 3, 320-331.

DETHLOFF, N., "Reform des Kindschaftsrechts", *NJW* 1992, 2200-2208.

KNÖPFEL, G., "Beistand und Rücksicht zwischen Eltern und Kindern (§ 1618a BGB)", *FamRZ* 1985, 554-565.

LÖHNIG, M., "Neue Partnerschaften der gemeinsam sorgeberechtigt gebliebenen Eltern – Welche Rechte haben die neuen Partner?", *FPR* 2008, 157-159.

MOTZER, S., "Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorgerecht und Umgangsrecht", *FamRZ* 2001, 1034-1044.

MUSCHELER, K., "Das Recht des Stieffamilie", *FamRZ* 2004, 913-921.

PESCHEL-GUTZEIT, L. M., "Stiefkinder und ihre Familien in Deutschland - Rechtlicher Status und tatsächliche Situation", *FPR* 2004, 47-51.

SCHWAB, D., "Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick", *FamRZ* 2001, 385-398.

VEIT, B., "Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB)", *FPR* 2004, 67-74.

III. *ENGELAND*

BAILEY, F., "Blended families (part one)", *PCB* 2016, 260-266.

BAILEY, F., "Blended families (part two)", *PCB* 2017, 22-27.

BAINHAM, A., "The balance of power in family decisions", *CLJ* 1986/45, 262-284.

BAINHAM, A., "Arguments about parentage", *CLJ* 2008, 322- 351.

BAINHAM, A., "Is legitimacy legitimate?", *Fam.Law* 2009, 673-679.

CAFFREY, L., "Hearing the 'voice of the child?' The role of child contact centres in the family justice system", *CFLQ* 2013/25, 357-379.

CANTWELL, B. en SCOTT, S., "Children's Wishes, Children's Burdens" *Journal of Social Welfare and Family Law* 1995, vol. 17, n°3, 337-353.

DENKER, J. en HAWORTH, C., "The property of minors under English law", *PCB* 2004, 376-384.

EEKELAAR, J., "Are parents morally obliged to care for their children?", *Oxford Journal of Legal Studies* 1991/11, 340-353.

EEKELAAR, J., "Do parents have a duty to consult?", *LQR* 1998/114, 337-341.

FREEMAN, M. D. A., "Annual survey of family law 1992. England: 1992 as annus horribilis", *Journal of family law* 1993-94, vol. 32, n°2, 293-319.

GILMORE, S. en HERRING, J., " 'No' is the hardest word: consent and children's autonomy", *CFLQ* 2011/23-1, 3-25.

HALE, Baroness, "The voice of the child", *IFL* 2007, 171-176.

LEVY, R. J., "The rights of parents", *Bringham Young University Law Review* 1976, 693-707.

LOWE, N. en MURCH, M., "Children's participation in the family justice system – translating principles into practice", *CFLQ* 2001, vol. 13, n°2, 137-158.

MAIDMENT, S., "Parental responsibility – Is there a duty to consult?", *Fam.Law* 2001, 518-524.

PERERA, A., "Can I decide please? The state of children's consent in the UK", *European Journal of Health Law* 2008/15, 411-420.

PIPER, C. en MIAKISHEV, A., "A child's right to veto in England and Wales – another welfare ploy?", *CFLQ* 2003, 57-69.

SAWYER, C., "The competence of children to participate in family proceedings", *CFLQ* 1995, 180-195.

TAYLOR, R., "Reversing the retreat from Gillick? R (Axon) vs Secretary of State for Health", *CFLQ* 2007/19, 81-97.

#### IV. FRANKRIJK

AVENA-ROBARDET, V., "Statut du beau-parent", *AJ Famille* 2009, 187.

BRUGGEMAN, M., "Les familles recomposées: le(s) tiers et l'enfant", *AJ Famille* 2007, 294-298.

REBOURG, M., "Les familles recomposées: la prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune. Etat du droit positif", *AJ Famille* 2007, 290-293.

#### V. NEDERLAND

ANTOKOLSKAIA, M., "Parenting in step-parent families: legal status versus de facto roles", *CFLQ* 2015/3, 271-284.

BRUNING, M. R., "Zorg om het kind. Bescherming van minderjarigen en het gezondheidsrecht", *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 2013/37, 102-122.

DE BOORDER, M. R. en HEIDA, A., "Enkele ontwikkelingen in het gezagsrecht", *EB* 2007, 181-186.

DE JONG-DE KRUIJF, M. P. en VAN DER ZON, K. A. M., "Hoger beroep tegen een uithuisplaatsingbeslissing en de rol van de minderjarige. 'Directe' participatie van minderjarigen bij gerechtshoven in Nederland", *Trema* nr. 9, 2015, 298-307.

GROENHUIJSEN, E. A., "Horen of luisteren, het kind in scheidings- en omgangszaken", *FJR* 2007/101, 236-240.

KOLKMAN, W. D. en VAN ANKEN, J. M., "De goede bewindvoerder", *WPNR* 2015/7064, 484-489.

TER HAAR, J. H. M., "Ouderlijk vruchtgenot. Tijd voor herziening?", *WPNR* 2005/6642, 869-874.

VAN LEEUWEN, C. M. M., "Het hoorrecht in het civiele jeugdrecht gaat over grenzen. Over de functie en de waarde van de leeftijdsgrens in het hoorrecht in het civiele jeugdrecht", *FJR* 2017/56, 260-265.

VAN WAMELEN, C., "Het tekort in het familierecht. In het bijzonder in het afstammingsrecht", *NJB* 1996, afl. 28, 1093-1102.

VONK, M., "Enige overdenkingen bij de voorgestelde wijziging van art. 1:235o en de positie van de opvoeder niet-ouder", *FJR* 2005, 34-39.

VONK, M., "Zijn alle gezinnen gelijk? Een nadere analyse van de voorstellen van de Staatscommissie Herijking Ouderschap over de juridische verankering van het meerouderschap", *AA* oktober 2017, 790-795.



X., "Gezag en omgang. Is gezamenlijk gezag van een alleen met het gezag belaste ouder en een grootouder op grond van art. 1:253t BW mogelijk?" (noot bij Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, *RFR* 2006).

VI. RECHTSVERGELIJKEND

JALUZOT, B., "Méthodologie du droit comparé bilan et prospective", *RIDC* 2005 I, 29-48.

KISCHEL, U., "Vorsicht, Rechtsvergleichung!", *ZvgIRWiss* 2005, 10-30.

MANSOURI, A., "Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé", *RIDC* 2006, 173-196.

VII. MENSENRECHTEN

ALSTON, P., "The legal framework of the convention on the rights of the child" in *United Nations Bulletin of Human Rights: the rights of the child* 91/2, 1992, 1-15.

BAINHAM, A., "Lord Denning as a champion of children's rights: the legacy of *Hewer v. Bryant*", *Denning Law Journal* 1999/14, 81-91.

BOUVERNE-DE BIE, M. en ROOSE, R., "Het belang van het kind of een vraag naar de legitimiteit van de jeugdbescherming en bijzondere jeugdbijstand", *TJK* 2007/4, 206-213.

BRUGGEMAN, M., "Droit à la vie familiale: précisions sur la place des familles d'accueil", *Dr.Fam.* 2010, n°6, alerte 39.

COUARD, J., "Communautés de vie d'homosexuels: l'Italie condamnée", *Dr.Fam.* 2015, n°10, alerte 68.

DANIS-FATÔME, A., "Le droit des couples à un 'engagement public' ", *RTDH* 2014/99, 737-758.

DE KEZEL, E., "Het begrip 'het belang van het kind' ", *RW* 1998-99, 1163-1167.

DESMET, N., "De inschatting van het belang van het kind", *TJK* 2017, 50-55.

EEKELAAR, J., "The emergence of children's rights", *Oxford Journal Legal Studies* 1986/6, 161-182.

EEKELAAR, J., "Are parents morally obliged to care for their children?", *Oxford Journal of Legal Studies* 1991/11, 341-353.

EEKELAAR, J., "The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism", *Intern. Journal of Law and the Family* 1994/8, 42-61.

ERLINGS, E., "Is anything left of children's rights? How parental responsibility erodes children's rights under English law", *The International Journal of Children's Rights* 2016/24, 624-656.

FORDER, C. J., "Family life... van sprookje tot werkelijkheid: de zaak Kroon, Zerrouk en M'Halleem Driss", *NJCM-Bulletin* 1994, 332-349.

FORDER, C. J., "Article 8 ECHR: The Utter Limits of 'Family Life' and the Law of Parenthood", *Maastricht Journal* 1997, 125-142.

FORDER, C. J., "Het gezin in internationale verdragen", *RM Themis* 1997, 130-144.

FULCHIRON, H., "Existe-t-il un modèle familial européen?", *Defrénois* 2005, art. 38239, 1461-1478.

FULCHIRON, H., "Vie privée et familiale. Chronique", *JEDH* 2016/5, 603-634.

FULCHIRON, H., "Vie privée et familiale. Chronique", *JEDH* 2017/5, 456-488.

GALLUS, N., "Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev.dr.ULB* 2005, 13-68.

GARAPON, A., "Les limites à l'interprétation évolutive de la convention européenne des droits de l'homme", *RTDH* 2011, 439-456.

GEORGIN, P., "L'action en contestation de paternité au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme" (noot onder EHRM 27 oktober 1994, Kroon/Nederland), *RTDH* 1996, 191-203.

GOUTTENOIRE, A., "La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Dr.Fam.* 2011, n°4, étude 10.

GOUTTENOIRE, A., "Convention de gestation pour autrui.- Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant" (noot onder EHRM 26 juni 2014 Mennesson/Frankrijk en Labassee/Frankrijk), *JCP G* 2014, n° 30-35, act. 877.

HERBOTS, K. en PUT, J., "De grondwettelijke verankering van kinderrechten", *TJK* 2010, 9-19.

JOHNSON, W., "Recent developments: the breadth of family law review under the European Convention on Human Rights", *Harvard International Law Journal* 1995, 513-527.

LEVY, R. J., "The rights of parents", *Bringham Young University Law Review* 1976, 693-707.

MARGUÉNAUD, J.-P., "Conv. EDH, art. 8: vie privée", *Rép.dr.eur.* (bijgewerkt tot juni 2016).

REYNAERT, D., "Het belang van het kind. Zoektocht naar een lading voor de vlag", *TJK* 2007, 203-205.

SCHOEMAN, F., "Rights of children, rights of parents, and the moral basis of the family", *Ethics* 91, no. 1 (okt. 1980), 6-19.

SUDRE, F., "À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme", *JCP G* 2001, I, 335.

SUDRE, F., "La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe (note sous arrêt)", *la semaine juridique. Édition générale* 2013, n°41, 1013.

SUDRE, F., "Le standard du partenariat homosexuel" (noot onder EHRM 21 juli 2015 Oliari e.a./Italië), *JCP G* 2015, n°36, act. 927.

WORTMANN, S. F. M., "Ouderschap in verandering; flexibilisering van het familierecht", *Just. Verk.* 1996/8, 70-79.

MULLINS, R., "Children's rights and parents' rights", *Jurisprudence* 2017, vol. 8, n°3, 701-710.

## **Andere**

Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2012*,  
[http://www.kindengezin.be/img/Het\\_kind\\_in\\_Vlaanderen\\_2012.pdf](http://www.kindengezin.be/img/Het_kind_in_Vlaanderen_2012.pdf).

Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2013*,  
<http://www.kindengezin.be/img/kind-in-Vlaanderen-2013.pdf>.

Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2014*,  
<http://www.kindengezin.be/img/kind-in-vlaanderen-2014.pdf>.

Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2016*,  
<https://www.kindengezin.be/img/kiv2016.pdf>.

*Activiteitenverslag adoptie 2012* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie,  
<http://www.kindengezin.be/img/activiteitenverslag-adoptie-2012.pdf>.

*Activiteitenverslag adoptie 2013* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie,  
[file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/activiteitenverslag-vlaams-centrum-voor-adoptie-2013%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/activiteitenverslag-vlaams-centrum-voor-adoptie-2013%20(1).pdf).

*Activiteitenverslag adoptie 2014* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie,  
<http://www.kindengezin.be/img/2014vcaactiviteitenverslag.pdf>.

*Activiteitenverslag adoptie 2014* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie,  
<http://www.kindengezin.be/img/2014vcaactiviteitenverslag.pdf>.

*Activiteitenverslag adoptie 2015* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie,  
[file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/Activiteitenverslag\\_Adoptie\\_2015.pdf](file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/Activiteitenverslag_Adoptie_2015.pdf) .

*Activiteitenverslag adoptie 2016* – Kind en Gezin, Centrum voor Adoptie,  
[file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/activiteitenverslag\\_2016.pdf](file:///C:/Users/lucp2456/Downloads/activiteitenverslag_2016.pdf).

FEDERALE OVERHEIDSDIENST JUSTITIE, *Adoptie in vogelvlucht*,  
[http://justitie.belgium.be/nl/binaries/Adoptie%20in%20vogelvlucht\\_tcm265-138407.pdf](http://justitie.belgium.be/nl/binaries/Adoptie%20in%20vogelvlucht_tcm265-138407.pdf).

FOD Justitie, *Jaarlijkse statistieken van de hoven en rechtbanken. Gegevens 2012*,  
[http://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/PUB%20REA%20J\\_2012\\_NL.pdf](http://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/PUB%20REA%20J_2012_NL.pdf).

FOD Justitie, *Jaarlijkse statistieken van de hoven en rechtbanken. Gegevens 2013*,

[http://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/PUB%20REA%20J\\_2013\\_NL.pdf](http://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/PUB%20REA%20J_2013_NL.pdf).

FOD Justitie, *Jaarlijkse statistieken van de hoven en rechtbanken. Gegevens 2014*,

<http://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/Pub%202014%20REA%20Burg%20NL.pdf>.

FOD Justitie, *Jaarlijkse statistieken van de hoven en rechtbanken. Gegevens 2015*,

[http://www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/public/content/download/files/bgc\\_nl\\_2015\\_0.pdf](http://www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/public/content/download/files/bgc_nl_2015_0.pdf) .

FOD Justitie, *Jaarlijkse statistieken van de hoven en rechtbanken. Gegevens 2016*,

[https://www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/public/content/download/files/pub\\_2017\\_rea\\_familie\\_nl.pdf](https://www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/public/content/download/files/pub_2017_rea_familie_nl.pdf) .

Registratierapport pleegzorg 2015,

<http://www.pleegzorgvlaanderen.be/nieuws/steeds-meer-jonge-kinderen-vinden-thuis-pleeggezin>.

Registratierapport pleegzorg 2016,

<http://www.pleegzorgvlaanderen.be/over-pleegzorg/pleegzorg-vlaanderen/pleegzorg-cijfers>.

## **II. Menswetenschappelijke bronnen**

### **Boeken**

DEWAMME, E. en FASEUR, G., *Van drempel tot drempel. Kinderen in nieuw samengestelde gezinnen*, Leuven, Davidsfonds, 2009, 215p.

GANONG, L. H. en COLEMAN, M., *Stepfamily relationships. Development, dynamics, and intervention*, New York, Kluwer Academic/plenum, 2004, 270p.

GOLOMBOK, S., *Parenting. What really counts?*, Londen, Routledge, 2000, 124p.

HOLDEN, G. W., *Parenting. A dynamic perspective*, Thousand Oaks, Sage, 2015, 541p.

RAMAEKERS, S. en SUISSA, J., *The claims of parenting. Reasons, responsibility and society*, Dordrecht, 2012, Springer, 158p.

VAN CROMBRUGGE, H., *Ouders in soorten*, Antwerpen, Maklu, 2009, 139p.

VIGNERO, G., *De draad tussen ouder en kind. Voor een gewone en buitengewone opvoeding*, Antwerpen, Garant, 2015, 124p.

### **Bijdragen in verzamelwerken**

JEANNIN, R. en VAN LEEUWEN, K., "Opvoeding van meerdere kinderen in hetzelfde gezin" in K. VAN LEEUWEN en H. VAN CROMBRUGGE (eds.), *Gezinnen in soorten*, Antwerpen, Garant, 2012, 38-61.

LUYTEN, D. en EGGERMONT, S. in D. LUYTEN, H. VAN CROMBRUGGE en K. EMMERY (eds.), *Het gezin in Vlaanderen 2.0: over het eigene van gezinnen en gezinsbeleid*, Antwerpen, Garant, 2017, 77-112.

MASSON, J., "Parenting by being; parenting by doing – In search of principles for founding families" in J. R. SPENCER en A. DU BOIS-PEDAIN (eds.), *Freedom and responsibility in Reproductive Choice*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 131-155.

PECNIK, N., "Towards a vision of parenting in the best interests of the child" in *Parenting in contemporary Europe: a positive approach*, Straatsburg, Council of Europe, 2007, 15-36.

SPRUIJT, E., "Opvoeden en scheiding van de ouders" in K. VAN LEEUWEN en H. VAN CROMBRUGGE (eds.), *Gezinnen in soorten*, Antwerpen, Garant, 2012, 137-153.

VANASSCHE, S., SODERMANS, A. K. en MATTHIJS, K., "Opvoeden door ex-partners: samen of apart? Bevindingen uit sociaalwetenschappelijk onderzoek rond co-ouderschap in Vlaanderen" in I. BOONE en CH. DECLERCK (eds.), *Co-ouderschap vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2016, 1-14.

VAN CROMBRUGGE, H., "De gezinspedagogische betekenis van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind" in M. BOUVERNE-DE BIE e.a. (eds.), *Het gezin en de rechten van het Kind*, Leuven, Acco, 1999, 13-58.

VAN CROMBRUGGE, H., "Van huwelijksgezin naar opvoedingsbelofte. Over de institutionalisering van ouders als opvoeders" in H. COLPIN en H. VAN CROMBRUGGE (eds.), *Gezinnen en gezinspedagogiek. Geboeid door verscheidenheid*, Antwerpen, Garant, 2007, 19-41.

VAN CROMBRUGGE, H., "The upbringing pledge as a framework for the parent-child relationship" in H. VAN CROMBRUGGE, W. VANDENHOLE en J.



C. M. WILLEMS (eds.), *Shared pedagogical responsibility*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 5-15.

VANDEMEULEBROECKE, L., "4.1 De opvoedingssituatie in nieuw samengestelde gezinnen" in L. VANDEMEULEBROECKE, H. VAN CROMBRUGGE en J. GERRIS (eds.), *Gezinspedagogiek*, Antwerpen, Garant, 2007, 175-185.

### **Tijdschriftartikels**

BROWN, S. L., MANNING, W. D. en STYKES, J. B., "Family structure and child well-being: integrating family complexity", *Journal of Marriage and Family* 2015/77, 177-190.

CASTRÉN, A.-M. en WIDMER, E. D., "Insiders and outsiders in stepfamilies: adults' and children's views on family boundaries", *Current Sociology* 2015, vol. 63/1, 35-56.

DELSING, M. J. M. H., OUD, J. H. L., DE BRUYN, E. E. J. en VAN AKEN, M. A. G., "Current and Recollected Perceptions of Family Relationships: The Social Relations Model Approach Applied to Members of Three Generations", *Journal of family psychology* 2003/17, n°4, 445-459.

GEORGAS, J., "Family: variations and changes across cultures", *Online Readings in Psychology and Culture* 2003/6(3), 3-16, via <https://scholarworks.gvsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&context=orpc>.

GODELIER, M., "Systèmes de parenté, formes de famille. Quelques problèmes contemporaines qui se posent en Europe occidentale et en Euro-Amérique", *La revue lacanienne* 2010/3, 37-48, via <http://www.cairn.info/revue-la-revue-lacanienne-2010-3-page-37.htm>.

JENSEN, T. M. en HOWARD, M. O., "Perceived stepparent-child relationship quality: a systematic review of stepchildren's perspectives", *Marriage and family review* 2015/april, 1-55p.

MALIA, E. C., "Balancing family members' interests regarding stepparent rights and obligations: a social policy challenge", *Family relations* 2005/54, 298-320.

MERTENS, C., "Kinderen in nieuwsamengestelde gezinnen", *Rondom Gezin* 1998/19, 101-113.

SHAPIRO, D., "Stepparents and parenting stress: the roles of gender, marital quality, and views about gender", *Family Process* 2014, vol. 53/1, 97-108.

SWEENEY, M. M., "Remarriage and stepfamilies: strategic sites for family scholarship in the 21st century", *Journal of Marriage and Family* 2010/72, 667-684.