

# Het recht van broers en zussen om niet van elkaar te worden gescheiden: een reeds bestaand recht?

Riki Heps

Universiteit Antwerpen

## I. SITUERING

1. Doorgaans wonen broers en zussen tijdens de minderjarigheid samen en hebben zij veelvuldig contact met elkaar. In bepaalde situaties is dit echter niet het geval. Indien de ouders niet (langer) samenwonen, moet een verblijfsregeling georganiseerd worden voor de minderjarige kinderen. Wordt een (minstens deels) gelijklopende verblijfsregeling uitgewerkt, dan zullen zij elkaar op geregelde tijdstippen ontmoeten. In het tegenovergestelde geval bestaat het gevaar dat zij geen contact meer hebben en van elkaar zullen vervreemden. Ook bij adoptie kunnen broers en zussen van elkaar worden gescheiden. Zo kunnen zij allen door verschillende adoptanten worden geadopteerd of kan slechts een van hen ter adoptie worden afgestaan. Daarnaast is dergelijke scheiding ook mogelijk in het kader van de jeugdbescherming. Enerzijds is het vaak niet evident om broers en zussen in dezelfde instelling of in hetzelfde pleeggezin te plaatsen (bv. omwille van de capaciteit of de specifieke doelgroep van de instelling, het aantal eigen kinderen van de pleegouders, ...). Anderzijds kan slechts ten aanzien van een van hen dergelijke maatregel noodzakelijk worden geacht (bv. enkel ten aanzien van de dochter die door haar vader seksueel werd misbruikt, terwijl de zonen in het gezin kunnen blijven). Tot slot kan de band tussen broers en zussen worden verbroken, indien een van hen wordt gedwongen het grondgebied te verlaten in het kader van de uitzetting van vreemdelingen.

In dit artikel zal worden onderzocht of broers en zussen in deze hypothesen het recht kunnen laten gelden om niet van elkaar te worden gescheiden (III.) en zij, indien dit toch gebeurt, een recht hebben op persoonlijk contact met elkaar (IV.). Vooraleer daartoe te komen, zal kort stilgestaan worden bij het belang van de band tussen broers en zussen naar nationaal recht (II.).

2. Verschillende *categorieën van broers en zussen* moeten van elkaar worden onderscheiden<sup>1</sup>. Op de eerste plaats

zijn er de “volle broers en zussen”, die een oorspronkelijke of adoptieve afstammingsband hebben ten aanzien van dezelfde twee ouders. Bestaat deze gemeenschappelijke afstammingsband enkel ten aanzien van één ouder, dan spreekt men van “halfbroers en -zussen”. “Stiefbroers en -zussen” hebben geen gemeenschappelijke afstammingsband. Het gaat hierbij onder meer om de kinderen uit een vorige relatie van de nieuwe partner van vader of moeder<sup>2</sup>. Tot slot worden onder “schoonbroers en -zussen” de echtgeno(o)t(e) van iemands broer of zus en de broer of zus van iemands echtgeno(o)t(e) verstaan.

In deze bijdrage worden met “broers en zussen” zowel de volle, half- als stiefbroers en -zussen aangeduid, tenzij dit uitdrukkelijk anders wordt vermeld. Schoonbroers en -zussen blijven hierna buiten beschouwing.

## II. BELANG VAN DE BAND TUSSEN BROERS EN ZUSSEN NAAR NATIONAAL RECHT

3. Vroeger speelden broers en zussen een rol binnen de *familieraad*<sup>3</sup> (oud art. 408 BW) en bij het *verzet tegen het huwelijk*<sup>4</sup> (oud art. 174 BW: slechts bij afwezigheid van de ascendenten). Geleidelijk aan werden hun deze bevoegdheden ontnomen.

4. Momenteel is de band tussen broers en zussen nog slechts op vier domeinen binnen het familierecht van belang.

Op de eerste plaats geldt zowel tussen volle als halfbroers en -zussen een absoluut *huwelijksbeletsel* (oorspronkelijke afstamming: art. 162 *jo.* 164 BW; volle adoptie: art. 356-1, eerste lid BW). De Koning kan hiervan geen dispensatie verlenen. Tussen de gewoon geadopteerden van eenzelfde adoptant alsook tussen de gewoon geadopteerde en de kinderen in oorspronkelijke afstamming van de adoptant bestaat slechts een relatief huwelijksbeletsel (art. 353-13, eerste lid, 4<sup>o</sup>-5<sup>o</sup> BW)<sup>5</sup>. Stiefbroers en -zussen kunnen zonder enig belet-

1. R. HEPS, “Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling” (noot onder Brussel 12 mei 2009), *TBBR* 2010, 286, nr. 2.  
 2. S. DEMARS, “Les relations entre frères et sœurs au sein de la famille en droit civil”, *TBBR* 2000, 76.  
 3. Zie met betrekking tot de familieraad: G. BAERT, “Familieraad” in *APR*, Brussel, Larcier, 1963, 160 p.  
 4. Zie over de afschaffing van het verzet tegen het huwelijk: G. VERSCHULDEN, “De wet van 19 februari 2009 tot afschaffing van het verzet tegen het huwelijk”, *T.Fam.* 2009, 84-90 en K. VERSTRAETE, “Afschaffing van het verzet tegen het huwelijk”, *TJVW* 2009, 175-176.  
 5. Zoals recent gewijzigd. Zie daarover: G. VERSCHULDEN, “Wijziging van de huwelijksbeletsel na gewone adoptie. Commentaar bij de wet van 2 juni 2010”, *T.Fam.* 2010, 143-149.

sel met elkaar huwen<sup>6</sup>. Twee broers, twee zussen of een broer en een zus kunnen wel een wettelijke samenwoning aangaan<sup>7</sup>.

Bovendien moeten de kinderen van twaalf jaar of ouder hun advies (geen toestemming; die is er immers ook niet bij de oorspronkelijke afstamming<sup>8</sup>) geven indien hun ouders een kind willen *adopter* (art. 1231-5, 3° Ger.W.)<sup>9</sup>.

Daarnaast kunnen broers en zussen ook een rol spelen bij het *verzoek tot naamswijziging* van één van hen. Dergelijke wijziging is enkel mogelijk indien de betrokkene daartoe ernstige redenen aanvoert en de gevraagde naam geen aanleiding geeft tot verwarring noch de verzoeker of derden schaadt (art. 3, derde lid Naamwet<sup>10</sup>). De politie en het parket verzamelen de nodige inlichtingen (waaronder de mening van de meerderjarige broers en zussen<sup>11</sup>), zodat de administratie een gefundeerde beslissing kan nemen. Daarbij is het behoud van de eenheid binnen een gezin een belangrijke betrachting<sup>12</sup>. Zo werd het verzoek tot naamswijziging waardoor drie van de vier kinderen binnen hetzelfde gezin een verschillende naam zouden dragen, geweigerd omdat dit tot verwarring zou leiden<sup>13</sup>. Wordt met het negatief advies van de broer of zus geen rekening gehouden, dan kan deze nadien alsnog verzet aantekenen tegen de toekenning van de naamswijziging (art. 5, tweede lid Naamwet)<sup>14</sup>.

Tot slot kan de *onderhoudsverplichting* tussen broers en zussen – bij gebreke van wettelijke verplichting – aangemerkt worden als een natuurlijke verbintenis, die omgezet kan worden in een burgerrechtelijke verbintenis<sup>15</sup>.

Naar huidig recht wordt de band tussen broers en zussen doorgaans gekoppeld aan de bloedband die tussen hen bestaat<sup>16</sup>, het feit dat zij enige tijd samenwonen of de affectieve banden die zij met elkaar hebben<sup>17</sup>. Dit sluit mooi aan bij de rechtspraak van het Hof Mensenrechten met betrekking tot het begrip “gezinsleven” uit artikel 8 EVRM, waarbij het bestaan van een voldoende hechte feitelijke band die een juridische band bevestigt of met een juridische band overeenstemt, doorslaggevend is (*cf. infra* nr. 8). Zodra er tussen broers en zussen

gezinsleven bestaat, wordt hun band onder het internationaal recht beschermenswaardig geacht.

5. Waar de band tussen broers en zussen tot voor kort voornamelijk aan belang heeft ingeboet, rijst de vraag of deze in de toekomst (op andere domeinen) aan betekenis zou kunnen winnen. Meer en meer wordt uit het recht op bescherming van het privéleven uit artikel 8 EVRM het recht op vaststelling van de identiteit afgeleid, wat het recht op vaststelling van de familiebanden impliceert. Het recht op vaststelling van het (zelfs sociaal) ouderschap werd reeds door het Hof Mensenrechten erkend<sup>18</sup>. De rechtspraak gaat tot op heden nog niet zo ver om een recht op vaststelling of betwisting van broeder- of zusterschap te erkennen<sup>19</sup>. Bijvoorbeeld naar aanleiding van een erfenis is het denkbaar dat de betrokkene daartoe een (vermogensrechtelijk) belang zou hebben.

### III. BESTAAT ER VOOR BROERS EN ZUSSEN EEN RECHT OM NIET VAN ELKAAR TE WORDEN GESCHIEDEN?

6. Uit het voorgaande blijkt dat in het huidige Belgische recht aan minderjarigen niet uitdrukkelijk het recht wordt toegekend om niet van hun broers of zussen te worden gescheiden. Hieronder zal ik nagaan of dit recht impliciet uit grondrechtenbepalingen dan wel uit specifieke bepalingen of beginselen uit het nationaal recht kan worden afgeleid. Hoewel ook daar niet expliciet wordt gesteld dat broers en zussen niet van elkaar mogen worden gescheiden, worden sommige van deze bepalingen door de rechtspraak en/of de rechtsleer zo geïnterpreteerd dat dit recht daaruit voortvloeit (bv. recht op bescherming van het gezins- en privéleven: art. 8 EVRM). Deze bepalingen leiden dan rechtstreeks tot het samenhouden van broers en zussen. Andere bepalingen kunnen hier onrechtstreeks toe leiden. In essentie beogen deze bepalingen de bescherming van een ander grondrecht. Toch kan de toepassing ervan bijkomend tot gevolg hebben dat broers en zussen niet van elkaar worden gescheiden. Dit is bijvoorbeeld het geval bij artikel 9 VRK, dat het kind het recht toekent

6. S. DEMARS, “Les relations entre frères et sœurs au sein de la famille en droit civil”, *TBBR* 2000, 77.

7. P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2008, 461, nr. 1322 en 464, nr. 1134 en F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 493, nr. 845.

8. Vroeger gold deze verplichting enkel voor de meerderjarige kinderen. S. DEMARS, “Les relations entre frères et sœurs au sein de la famille en droit civil”, *TBBR* 2000, 77, voetnoot 13.

9. Zie daarover P. SENAËVE, “De bevoegdheid en de rechtspleging inzake de interne adopties” in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 226, nr. 435.

10. Wet 15 mei 1987 betreffende de namen en voornamen, *BS* 10 juli 1987.

11. D. VAN GRUNDBERBECK, *Comm.Pers.*, art. 3 Naamwet, (1997), 12, nr. 38.

12. S. EGGERMONT, “De houdbaarheid van het Belgische naamrecht”, *TPR* 2009, 1817, nr. 74.

13. Zoals blijkt uit RvS 20 maart 2006, nr. 156.623, overweging 3.2.

14. De broer of zus kan immers als “iedere belanghebbende” worden beschouwd. D. VAN GRUNDBERBECK, *Comm.Pers.*, art. 5 Naamwet, (1997), 3, nr. 6.

15. S. DEMARS, “Les relations entre frères et sœurs au sein de la famille en droit civil”, *TBBR* 2000, 80 en F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 378, nr. 642. Zie daarover meer uitgebreid: J. SOSSON, “Du devoir moral à l’obligation civile de fournir des aliments. Utilité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles”, *RTDF* 1998, 509-530.

16. Bv. EHRM (grote kamer) 29 april 2008, *Burden v. Verenigd Koninkrijk*, § 62. Zie voor een bespreking: J. MARGUÉNAUD, “L’affaire Burden ou l’humiliation de la fratrie”, *RTDH* 2009, 513-515.

17. S. DEMARS, “Les relations entre frères et sœurs au sein de la famille en droit civil”, *TBBR* 2000, 74.

18. Bv. biologisch ouderschap: EHRM 27 oktober 1994, *Kroon v. Nederland*, § 40; sociaal ouderschap: EHRM 22 april 1997, *X, Y. en Z. v. Verenigd Koninkrijk*.

19. F. SWENNEN, “Alle mensen werden brüder: broeder- en zusterschap onder artikel 8 EVRM”, *T.Fam.* 2010, 1.

om niet van zijn ouders te worden gescheiden, hetgeen doorgaans tot gevolg heeft dat het kind ook niet van zijn broers en zussen wordt gescheiden. De bepalingen die rechtstreeks dan wel onrechtstreeks aangewend kunnen worden om broers en zussen samen te houden, zullen hierna uitvoerig worden toegelicht.

### § 1. BESCHERMING VAN HET GEZINSLEVEN

7. Indien de relatie tussen broers en zussen als gezinsleven kan worden aangemerkt, geniet deze een bijzondere bescherming. Artikel 8 EVRM waarborgt immers eenieder – dus ook het kind – het recht op bescherming van zijn gezinsleven. Bovendien kan de minderjarige een schending van dit recht zelf aanklaarten voor het Hof Mensenrechten<sup>20</sup>. Daarnaast wordt het gezinsleven van het kind ook op grond van artikel 16 VRK<sup>21</sup> en artikel 22 Gw. beschermd. Aangezien artikel 22 Gw. begrepen moet worden in de zin van de rechtspraak van het Hof Mensenrechten met betrekking tot artikel 8 EVRM<sup>22</sup>, zal deze rechtspraak hierna worden onderzocht.

8. Vooreerst rijst de vraag vanaf wanneer er sprake is van gezinsleven. Uit de rechtspraak van het Hof Mensenrechten met betrekking tot de relatie tussen ouders en kinderen kan volgende redenering worden afgeleid. Wanneer tussen ouder en kind een juridische afstammingsband bestaat, wordt hun relatie in principe aangemerkt als “gezinsleven” in de zin van artikel 8 EVRM. Een juridische band tussen de betrokken is echter geen noodzakelijke noch voldoende voorwaarde. Steeds is (bijkomend) een voldoende hechte feitelijke band vereist<sup>23</sup>. Langs de moeder om kan dit gezinsleven zelfs voor de geboorte worden opgebouwd. Eens er tussen ouder en kind gezinsleven bestaat, kan dit nadien enkel in uitzonderlijke omstandigheden worden verbroken<sup>24</sup>. Mijns inziens kan deze redenering worden doorgetrokken naar de relatie tussen broers en zussen. Een juridische afstammingsband kan een indicatie tot gezinsle-

ven zijn, maar is daartoe geen voldoende noch noodzakelijke voorwaarde. Bijgevolg kan tussen alle soorten broers en zussen (cf. *supra* nr. 2) gezinsleven bestaan, mits zij met elkaar een voldoende hechte band hebben. Ook hier kan het gezinsleven reeds voor de geboorte worden opgebouwd (bv. indien broers en zussen intens de zwangerschap volgen)<sup>25</sup>. Is de hechte feitelijke band niet langer aanwezig, dan kan het gezinsleven als verbroken worden beschouwd<sup>26</sup>. Dit is bijvoorbeeld het geval indien broers en zussen als gevolg van de adoptie van één van hen met elkaar nooit enig contact hebben gehad<sup>27</sup>.

9. Echter, artikel 8 EVRM geldt – net zomin als artikel 16 VRK – onverkort. De overheid kan in het tussen broers en zussen bestaande gezinsleven interfereren mits naleving van de voorwaarden uit artikel 8, tweede lid EVRM. De inmenging moet voorzien zijn bij wet (*legaliteit*), een uitdrukkelijk limitatief vernoemd belang beogen (*legitimiteit*) en nodig zijn in een democratische samenleving (*noodzakelijkheid*). Bij de beoordeling van deze noodzakelijkheidsvereiste komt aan de nationale instanties een ruime appreciatiemarge toe<sup>28</sup>.

10. De toetsing van de scheiding van broers en zussen aan het recht op eerbiediging van het gezinsleven kwam voor het Hof Mensenrechten hoofdzakelijk in volgende twee situaties aan bod. Op de eerste plaats meent het Hof dat de uitzetting van iemand wiens broers en zussen (en mogelijk andere familieleden) in het land verblijven, een ongeoorloofde inmenging inhoudt in het tussen hen bestaande gezinsleven (en doorgaans ook privéleven)<sup>29</sup>. Daarnaast moet het Hof zich geregeld buigen over de vraag of de redenen om broers en zussen niet in hetzelfde pleeggezin of in dezelfde instelling te plaatsen, kunnen volstaan opdat de maatregel noodzakelijk zou kunnen worden geacht in een democratische samenleving<sup>30</sup>. Dit is enkel het geval indien voor de afzonderlijke plaatsing ernstige redenen voorhanden zijn. De administratieve onmogelijkheid om

20. U. KILKELLY, *The child and the European Convention on Human Rights*, Aldershot, Ashgate, 1999, 123. Dit blijkt uit de woorden “ieder natuurlijk persoon” uit art. 34 EVRM.
21. Hoewel het Kinderrechtenverdrag doorgaans wordt afgekort als “IVRK”, geniet “VRK” de voorkeur. J. WILLEMS, “Het verdrag inzake de rechten van het kind: waarom VRK goed is en IVRK eigenlijk fout”, AA 2007, 513-514.
22. Aldus P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2008, 641, nr. 1852.
23. EHRM 13 juni 1979, *Marckx v. België*, § 31.
24. Het Hof Mensenrechten stelt zich terughoudend op. Bv. EHRM 5 februari 2004, *Kosmopolou v. Griekenland*, § 42; EHRM 20 september 2002, *Al-Nashif v. Bulgarij*, § 112; EHRM 24 april 1996, *Boughanemi v. Frankrijk*, § 35; EHRM 19 februari 1996, *Gül v. Zwitserland*, § 32 en EHRM 21 juni 1988, *Berrehab v. Nederland*, § 21. S. VAN DROOGHENBROECK, *La convention européenne des droits de l’homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme 2002-2004*, Brussel, Larcier, 2006, 42, nr. 344.
25. R. HEPES, “Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling” (noot onder Brussel 12 mei 2009), *TBBR* 2010, 287, nr. 6.
26. Ook hier stelt het Hof zich terughoudend op. Het feit dat er enige tijd geen contact meer geweest is, werd onvoldoende geacht om tot de verbreking van het gezinsleven te besluiten: EHRM 21 november 2006, *Roda en Bonfatti v. Italië*, § 99.
27. EHRM 13 februari 2003, *Odièvre v. Frankrijk*, § 28.
28. M. DE BRUIJN-LÜCKERS, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 55.
29. Bijvoorbeeld een aantal zaken tegen Frankrijk: EHRM 13 februari 2001, *Ezzouhdi v. Frankrijk*; EHRM 21 oktober 1997, *Boujlifa v. Frankrijk*; EHRM 26 september 1997, *Mehemi v. Frankrijk*; EHRM 26 september 1997, *El Boujaïdi v. Frankrijk* en EHRM 24 april 1996, *Boughanemi v. Frankrijk*.
30. Bv. EHRM 18 december 2008, *Savigny v. Oekraïne*; EHRM 21 november 2006, *Roda en Bonfatti v. Italië*; EHRM 1 juli 2004, *Couillard Maugery v. Frankrijk*; EHRM 8 april 2004, *Haase v. Duitsland* e.v.; EHRM 26 februari 2002, *Kutzner v. Duitsland*; EHRM (grote kamer) 12 juli 2001, *K. en T. v. Finland*; EHRM 19 september 2000, *Gnahoré v. Frankrijk*; EHRM 27 april 2000, *L. v. Finland* en EHRM 24 maart 1988, *Olsson v. Zweden* (nr. 1). V. MACO, “Le placement et l’art. 8 Conv. eur. D.H.” (noot onder EHRM 7 augustus 1996, *Johansen v. Zweden*), *JDJ* 1997, 44.

hen samen te plaatsen, kan slechts een secundaire rol spelen<sup>31</sup>. Het belang van elk individueel kind moet bij de beslissing tot plaatsing in rekening worden gebracht<sup>32</sup>. Loopt dit niet gelijk met dat van diens broers of zussen, dan is een afzonderlijke plaatsing te verantwoorden (bv. indien een van de kinderen speciale zorgen nodig heeft)<sup>33</sup>. Tot slot meent het Hof dat indien broers en zussen van elkaar worden gescheiden, de afstand tussen hen niet te groot mag zijn, zodat zij in voldoende mate contact kunnen onderhouden<sup>34</sup>. Daarnaast kan ook de adoptie van broers en zussen door verschillende adoptanten of de adoptie van slechts een van hen een inmenging vormen in hun gezinsleven, hetgeen enkel mogelijk is mits naleving van de voorwaarden uit artikel 8, tweede lid EVRM<sup>35</sup>. Ook wanneer problemen rijzen omtrent de scheiding van broers en zussen in het kader van de verblijfsregeling kunnen de betrokkenen zich op deze bepaling beroepen<sup>36</sup>.

**11.** In het kader van de jeugdbescherming wordt de noodzakelijkheidsvereiste naar Belgisch recht vertaald in volgende twee beginselen.

Eenzijds is bij problematische opvoedingssituaties (POS)<sup>37</sup> de hulpverlening via de jeugdrechtsbank ondergeschikt aan de vrijwillige hulpverlening (art. 37, 1° DBJ 2008; *subsidiariteitsbeginsel*)<sup>38</sup>. Dwingende maatregelen van opvoeding kunnen enkel opgelegd worden wanneer de vrijwillige hulpverlening niet tot afdoende resultaten leidt<sup>39</sup>. Enkel bij hoogdringendheid kan de zaak meteen voor de jeugdrechter worden gebracht (art. 37, 2° DBJ 2008)<sup>40</sup>.

Minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd (MOF) kunnen daarentegen meteen onder toezicht van de jeugdrechter worden geplaatst<sup>41</sup>. Hoewel dit niet uitdrukkelijk in de Jeugdbeschermingswet is voorzien, wint ook bij MOF de buitengerechtelijke aanpak aan belang onder de vorm van herstel- en schadevergoedingsinitiatieven<sup>42</sup>. Concreet kan dit gebeuren via bemiddeling, herstelgericht groepsoverleg (art. 37bis e.v. Jeugdbeschermingswet<sup>43</sup>; doorgaans afgekort: HERGO<sup>44</sup>) of het geschreven project dat de minderjarige zelf aan de rechtbank voorlegt (art. 37, § 2ter Jeugdbeschermingswet). Met deze mogelijkheden komt de Belgische overheid tegemoet aan artikel 40, derde lid, b) VRK, naar luid waarvan de overheid, wanneer passend en wenselijk, maatregelen moet invoeren voor de handelwijze van minderjarige “MOF’ers”, zonder dat men zijn toevlucht neemt tot gerechtelijke stappen.

Wordt in het kader van de (buiten)gerechtelijke jeugdbijstand in een POS-procedure een pedagogische maatregel noodzakelijk geacht, dan moet anderzijds geopteerd worden voor de minst ingrijpende maatregel en blijft het kind bij voorkeur in zijn natuurlijke milieu (*proportionaliteitsbeginsel*)<sup>45</sup>. Bovendien geniet desgevallend de plaatsing in een pleeggezin of open instelling de voorkeur boven de plaatsing in een gesloten instelling en mag de maatregel niet langer duren dan noodzakelijk is<sup>46</sup>. Dat uithuisplaatsing enkel mogelijk is indien er in het oorspronkelijke milieu geen afdoende opvangmogelijkheden zijn, blijkt eveneens uit de woorden “indien noodzakelijk” in artikel 20, derde lid VRK<sup>47</sup>.

31. EHRM 24 maart 1988, *Olsson v. Zweden* (nr. 1), § 82. Nadien herhaald in EHRM 9 mei 2003, *Covezzi en Morselli v. Italië*, § 127.

32. EHRM 9 mei 2003, *Covezzi en Morselli v. Italië*, § 129: na verschillende expertises te hebben uitgevoerd.

33. Bv. EHRM 24 maart 1988, *Olsson v. Zweden* (nr. 1): de oudste zoon had mentale problemen.

34. EHRM 18 december 2008, *Savigny v. Oekraïne*, § 59 en EHRM 24 maart 1988, *Olsson v. Zweden* (nr. 1), § 81.

35. I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, 122-123, nr. 103.

36. S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 173.

37. Een problematische opvoedingssituatie (POS) is een toestand waarin de fysieke integriteit, de affectieve, morele, intellectuele of sociale ontplooiingskansen van minderjarigen in het gedrang komen, door bijzondere gebeurtenissen, door relationele conflicten, of door de omstandigheden waarin zij leven (art. 2, 12° DBJ 2008).

38. B. DE SMET, *Jeugdbeschermingsrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 14 en P. SENAËVE, *Compendium van het jeugdbeschermingsrecht*, Leuven, Acco, 1998, 72.

39. G. DE COCK, “De buitengerechtelijke jeugdbijstand in Vlaanderen. Naar een rechtspositie voor de gebruiker”, *TJK* 2003, 69, B. DE SMET, *Jeugdbeschermingsrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 13-14, J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht in APR*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1996, 43.

40. J. PUT, “POS-vordering bij hoogdringendheid”, *Panopticon* 2005, 73-74.

41. F. TULKENS en T. MOREAU, *Droit de la jeunesse*, Brussel, Larcier, 2000, 618.

42. J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2006, 13, nr. 24 en J. SMETS, *Jeugdbeschermingsrecht in APR*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1996, 44, nr. 95.

43. Art. 37bis, § 1, eerste lid, 1° en 2° werden echter vernietigd bij arrest GwH 13 maart 2008, nr. 50/2008, *Arr.GwH* 2008, 665, *BS* 14 april 2008 (tweede uitgave) (uittreksel), 19886, *Juristenkrant* 2008 (weergave E. DE KEZEL), afl. 166, 3, *JLMB* 2008, 878, noot A. VERVOIR, *NJW* 2008, 832, noot J. PUT, *RW* 2007-2008 (weergave), 1607, *RW* 2008-2009 (samenvatting), 143, noot, *RW* 2008-2009 (samenvatting), 143, noot B. DE SMET en *TJK* 2008, 233, noot R. DEFranco, S. VAN RUMST en G. DECOCK.

44. Zie daarover meer uitgebreid: S. BERBUTO en D. VAN DOOSSELAERE, “Les offres restauratrices: approche pratique et questions juridiques” in T. MOREAU en S. BERBUTO (eds.), *Réforme du droit de la jeunesse. Questions spéciales*, CUP vol. 97, Luik, Anthémis, 2007, 90-105; I. DE JONGHE, *Jeugd- en strafrecht voor het sociaal-pedagogisch werkveld*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 75-80; M. VANDEBROEK en I. VANFRAECHEM, “Bemiddeling en hergo” in J. PUT en M. ROM (eds.), *Het Nieuwe Jeugdrecht*, Brussel, Larcier, 2007, 147-182 en S. VAN RUMST, “Herstelbemiddeling in de nieuwe Wet op de Jeugdbescherming. De wettelijke verandering van een pretoriaanse praktijk”, *TJK* 2006, 291-301.

45. Art. 68, 3° (vrijwillige jeugdbijstand) en art. 112, § 1, 1° (gerechtelijke jeugdbijstand) B.Vl.Reg. 24 oktober 2008 tot invoering van het decreet van 7 maart 2008 inzake bijzondere jeugdbijstand en het Kaderdecreet Bestuurlijk Beleid van 18 juli 2003, *BS* 2 maart 2009.

46. B. DE SMET, “Het decreet van 7 maart 2008 inzake bijzondere jeugdbijstand”, *RW* 2008-2009, 478.

47. Eveneens in die zin: D. VAN GRUNDBERBECK, *Beginselen van personen- en familiericht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 576-577, nr. 779.

Bij MOF komt dit proportionaliteitsbeginsel in zekere zin aan bod in beginsel 5, b) van de preambule van de Jeugdbeschermingswet. Minderjarigen kunnen enkel volledig of gedeeltelijk aan het ouderlijk gezag worden onttrokken in de gevallen waarin maatregelen houdende de handhaving van dit gezag als een contra-indicatie kunnen worden beschouwd. Vermoedelijk hebben deze voorafgaande beginselen echter slechts de waarde van een richtlijn<sup>48</sup>.

Adoptie wordt als een maatregel van jeugdbescherming beschouwd, zodat het proportionaliteitsbeginsel ook daar geldt<sup>49</sup>. Het kind moet zo lang als mogelijk in zijn oorspronkelijke familie worden opgevoed<sup>50</sup>.

Via het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel wordt het kind het recht gegarandeerd om, indien dat enigszins mogelijk is, in het ouderlijk milieu te worden opgevoed. Mogelijk zijn hier nog *broers en zussen* aanwezig, zodat het kind deze beginselen onrechtstreeks kan aanwenden om niet van hen te worden gescheiden.

## § 2. BESCHERMING VAN HET PRIVÉLEVEN

12. Indien tussen broers en zussen geen gezinsleven (meer) bestaat, kunnen hun scheiding en de afwezigheid van onderling contact een inmenging vormen in hun recht op bescherming van het privéleven, dat eveneens gewaarborgd wordt in artikel 8 EVRM, artikel 16 VRK en artikel 22 Gw. Ook in het privéleven is overheidsinmenging enkel toegestaan mits naleving van de voorwaarden van artikel 8, tweede lid EVRM (*cf. supra* nr. 9). Het recht op bescherming van het privéleven kan bijgevolg als vangnet dienen<sup>51</sup>.

## § 3. BESCHERMING VAN HET GEZIN

13. Ook het gezin als geheel geniet een bijzondere bescherming. Onder gezin wordt “de kern van de samenleving en de natuurlijke omgeving voor de ontplooiing en het welzijn van al haar leden en van kinderen in het bijzonder” verstaan (5<sup>de</sup> preambulaire over-

weging Kinderrechtenverdrag). Luidens het sterk op elkaar gelijkende artikel 23, eerste lid BUPO en artikel 16, derde lid UVRM vormt het gezin de natuurlijke en fundamentele kern van de maatschappij en heeft het recht op bescherming door de maatschappij en de overheid.

14. Broers en zussen kunnen zich ook op dit grondrecht beroepen teneinde hun eis om niet van elkaar te worden gescheiden kracht bij te zetten. De rechtskracht van deze bepalingen is echter beperkt nu geen specifiek rechtscollege over de naleving ervan waakt.

## § 4. BELANG VAN HET KIND

15. In *verschillende grondrechteninstrumenten* wordt een belangrijke plaats toegekend aan het belang van het kind.

Algemeen waarborgt artikel 3, eerste lid VRK dat het belang van het kind de eerste overweging is bij alle beslissingen die de overheid met betrekking tot het kind neemt<sup>52</sup>. Daarnaast wordt ook in andere, meer specifieke bepalingen van het Kinderrechtenverdrag naar dit begrip verwezen. Het principe wordt het sterkst verwoord in artikel 21 VRK<sup>53</sup>, naar luid waarvan op de verdragsstaten de verplichting rust te waarborgen dat bij de adoptie het belang van het kind<sup>54</sup> de voornaamste overweging is<sup>55</sup>. Artikel 18 VRK legt op zijn beurt aan de ouders de verplichting op om van het belang van het kind hun “allereerste zorg” te maken bij de opvoeding en ontwikkeling van het kind<sup>56</sup>. Verder is een verwijzing naar het belang van het kind – zij het veeleer neutraal geformuleerd – ook terug te vinden in artikel 9, eerste en derde lid, artikel 20, eerste lid, artikel 37, c) en artikel 40, eerste lid (iii) VRK. Toch moet artikel 3, eerste lid VRK hierdoor niet aan belang inboeten, nu het een paraplubepaling is die voorschrijft welke benadering moet worden gevolgd “bij alle maatregelen betreffende kinderen”. Hierdoor zal artikel 3, eerste lid VRK vaak samen met andere bepalingen van het verdrag worden

48. B. DE SMET, *Jeugdbeschermingsrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 309.

49. MvT, *Parl.St.* Kamer 2000-2001, nr. 50K1366/1. Zie ook EHRM 7 augustus 1996, *Johansen v. Noorwegen*. C. CASTELEIN, “Grondvoorwaarden voor adoptie”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 18, nr. 29; I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, 71, nr. 66-67 en 73-76, nr. 69 en I. MARTENS, “Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht”, *NJW* 2006, 341, nr. 10.

50. D. VAN GRUNDBERBECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 430, nr. 580.

51. Dit was bijvoorbeeld het geval in het arrest *Odièvre*: EHRM 13 februari 2003, *Odièvre v. Frankrijk*, § 28.

52. M. FREEMAN, *Article 3: The Best Interests of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 44 en 48 en J. WOLF, “The Concept of the ‘Best Interests’ 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*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 127.

53. Art. 21, eerste lid en a) VRK hebben zowel betrekking op interne als op interlandelijke adoptie. S. DETRICK, *Personen- en familierecht. Tekst & commentaar*, Deventer, Kluwer, 2008, 1810-1811. Art. 21 VRK heeft rechtstreekse werking in de Belgische rechtsorde. C. MELKEBEEK, *KIDS-codex, boek II, Personen- en familierecht*, Brussel, Larcier, 2010, 30-31.

54. Zie algemeen over de notie “belang van het kind” in het adoptierecht: I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, 21-35, nr. 17-30.

55. Ook het Haags Adoptieverdrag stelt dat bij interlandelijke adoptie het hoogste belang van het kind moet worden nagestreefd en diens grondrechten geëerbiedigd moeten worden (art. 1, a) en 4, a) Haags Adoptieverdrag). Verdrag 29 mei 1993 inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de interlandelijke adoptie, BS 6 juni 2005.

56. De verplichting die op de ouders rust, is wel zwakker geformuleerd dan diegene die rust op de overheid. M. FREEMAN, *Article 3: The Best Interests of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 48 en G. VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 46.

ingeroepen teneinde de specifieke benadering met betrekking tot kwesties die rijzen onder het verdrag te ondersteunen, te verduidelijken of de juistheid ervan aan te tonen<sup>57</sup>.

Daarnaast leidt het Hof Mensenrechten uit artikel 8 EVRM onder meer af dat de overheid het hoger belang van het kind mee in rekening moet brengen<sup>58</sup>.

Artikel 22bis, vierde lid Gw. stelt tot slot dat het belang van het kind de eerste overweging is bij elke beslissing die het kind aangaat.

**16.** Meer en meer wordt de notie “belang van het kind” ingeschreven in de *Belgische wetgeving*. Zo moet bij de vaststelling van de verblijfsregeling bij niet-samenlevende ouders rekening gehouden worden met “het belang van de kinderen en de ouders” (art. 374, § 2, *in fine* BW). Ook kan de adoptie slechts plaatsvinden in het hoger belang van het kind en met eerbied voor zijn fundamentele rechten (art. 344-1 BW). De rechter moet steeds nagaan of die specifiek voorgenomen adoptie in het belang van het kind is. Dit is het geval indien deze gemotiveerd wordt in het licht van de fundamentele rechten die het kind op grond van het internationale recht toekomen (vnl. het Haags Adoptieverdrag en het Kinderrechtenverdrag)<sup>59</sup>. Het Kinderrechtenverdrag bepaalt bovendien uitdrukkelijk dat bij de beslissing tot adoptie de verhouding van het kind met zijn of haar ouders, zijn familieleden (waaronder broers en zussen) en wettige voogden mee in rekening moet worden gebracht (art. 21, a) VRK). Worden broers en zussen als gevolg van de adoptie gescheiden, dan zal de rechter dit meenemen bij zijn beoordeling of de adoptie het hoger belang van het kind dient.

**17.** Het belang van het kind is een vaag begrip. Bovendien is het vaak *niet eenduidig*. Zo kan het enerzijds in het belang van het kind zijn om niet van zijn broers en zussen te worden gescheiden, maar kan het kind er anderzijds behoefte aan hebben om meer dan zijn broers of zussen tijd door te brengen met één van beide ouders<sup>60</sup>, geen contact te hebben met zijn broers of zussen, in een speciale verzorgingsinstelling te worden opgenomen, ... De rechter zal deze belangen dan tegen elkaar moeten afwegen<sup>61</sup>.

**18.** De vraag rijst of naast het belang van het kind *nog* met *andere belangen* rekening kan worden gehouden. In de oorspronkelijke tekst van het verdrag worden de belangen van het kind “*a*” *primary consideration* genoemd en niet “*the*” (in de Franse tekst: “*une considération primordiale*”), in het Nederlands echter ongelukkig vertaald als “de eerste overweging”. Sommige auteurs menen dat op basis van artikel 3, eerste lid VRK enkel het belang van het kind in aanmerking mag worden genomen, zodat met de belangen van derden (zoals ouders, maatschappij, ...) geen rekening mag worden gehouden<sup>62</sup>. Deze visie kan mijns inziens niet worden bijgetreden. De belangen van het kind hebben geen absolute prioriteit boven alle mogelijke andere belangen<sup>63</sup>. Ook de belangen van derden kunnen mee in rekening worden gebracht<sup>64</sup>. Deze zienswijze volgt eveneens uit de rechtspraak van het Hof Mensenrechten. De overheid moet een billijk evenwicht nastreven tussen het belang van het kind en het belang van elk van de ouders. Bij de afweging van deze belangen moet het belang van het kind bijzondere aandacht krijgen en kan afhankelijk van de aard en de ernst ervan het belang van de ouders terzijde geschoven worden<sup>65</sup>.

Conform hiermee moet de rechter naar nationaal recht bij de vaststelling van de verblijfsregeling zowel rekening houden met het belang van het kind als met dat van de ouders (art. 374, § 2, *in fine* BW).

**19.** Problemen rijzen wanneer de *belangen van verschillende kinderen* met elkaar *conflicteren*<sup>66</sup>. Zo kan de dochter er bijvoorbeeld alle belang bij hebben om in het kader van de jeugdbescherming uit huis te worden geplaatst omwille van het seksueel misbruik door haar vader, terwijl het voor de broers net van belang is om in het gezin te blijven. Anderzijds heeft een ouder kind er doorgaans belang bij om evenveel tijd door te brengen met beide ouders en dus een verblijfsco-ouderschap te volgen, terwijl een erg jong kind er doorgaans belang bij heeft om hoofdzakelijk bij de moeder te verblijven. In dat geval kan het belang om niet van elkaar te worden gescheiden terzijde worden geschoven ten voordele van het specifieke belang van één kind. De rechter zal ook hier een afweging moeten maken.

57. S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 91-92.

58. Bv. EHRM 21 november 2006, *Roda en Bonfatti v. Italië*, § 110.

59. MvT, *Parl.St.* Kamer 2000-2001, nr. 50K1366/1 en 50K1367/1, 19.

60. Bv. Brussel 12 mei 2009, *TBBR* 2010, 283, noot R. HEPs.

61. Zie voor een uitgebreid overzicht van de elementen die een rol kunnen spelen bij de rechterlijke beoordeling om voor broers en zussen al dan niet dezelfde verblijfsregeling op te leggen: R. HEPs, “Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling” (noot onder Brussel 12 mei 2009), *TBBR* 2010, 288-289, nr. 10.

62. V. POULEAU, “A propos de la Convention des droits de l’enfant. L’enfant, sujet de droits: enfin une réalité?”, *JT* 1990, 620, nr. 18.

63. M. FREEMAN, *Article 3: The Best Interests of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 61.

64. Zie in die zin: K. ADRIAENSSENS, “De rechten van het kind”, *RW* 1991-1992, 1110, nr. 15; P. ALSTON, “The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, *International Journal of Law and the Family* 1994, 13; S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 91; M. FREEMAN, *Article 3: The Best Interests of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 5 en W. VANDENHOLE, “Het kind en het badwater: de kruisbestuiving van kinderrechten en mensenrechten”, in W. VANDENHOLE (ed.), *Kinderrechten als mensenrechten: een multidisciplinaire verkenning*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 36.

65. Aldus P. SENAËVE en H. VANBOCKRIJCK, “De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtsbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang”, *EJ* 2006, 129, nr. 42 in het kader van de vaststelling van de verblijfsregeling.

66. Zie voor een afweging van de belangen van de verschillende kinderen en het gezin: Brussel 12 mei 2009, *TBBR* 2010, 283, noot R. HEPs.

## § 5. MENING VAN HET KIND

20. Om een duidelijk beeld te krijgen van het belang van het kind, kan de rechter de minderjarige horen<sup>67</sup>. Luidens artikel 12, eerste lid VRK<sup>68</sup> heeft het kind dat in staat is zijn mening te vormen, het recht deze mening vrij te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen. Het kind moet zijn geschiktheid niet bewijzen; deze wordt vermoed<sup>69</sup> en steeds in concreto beoordeeld<sup>70</sup>. Naar het kind luisteren volstaat niet, nu aan de mening van het kind een passend belang moet worden gehecht overeenkomstig zijn leeftijd en rijpheid<sup>71</sup>. Artikel 12 VRK stelt geen leeftijdsgrens voorop vanaf wanneer het kind in staat wordt geacht zijn eigen mening te vormen<sup>72</sup>. Dergelijke grens opnemen in de nationale wetgeving zou bovendien een schending van het Kinderrechtenverdrag kunnen inhouden, nu kinderen onder die leeftijdsgrens de rechten van het verdrag dan niet kunnen laten gelden<sup>73</sup>.

De bepalingen van het Kinderrechtenverdrag moeten samen worden gelezen<sup>74</sup>. Zo kan het belang van het kind (art. 3, eerste lid VRK) leiden tot een weigering om het kind te horen, maar kan datzelfde belang er ook toe leiden dat voor een andere oplossing wordt gekozen, dan diegene die het kind had geopperd. Ook is het mogelijk dat de belangen van andere kinderen primeren op de mening van één kind (bv. bij verschillende meningen binnen een gezin).

Specifiek met betrekking tot de scheiding van ouders en kinderen (cf. *infra* nr. 25 e.v.), wordt het hoorrecht van de minderjarige gewaarborgd in artikel 9, tweede lid VRK<sup>75</sup>.

21. Dit hoorrecht staat niet uitdrukkelijk ingeschreven in het EVRM. Toch kan dit impliciet afgeleid worden uit de bepalingen van dat verdrag, die relevant zijn voor kinderen, voornamelijk artikel 8 EVRM en artikel 2 Eerste Protocol EVRM<sup>76</sup>. Aanvaard wordt dat het recht op bescherming van het gezinsleven procedurele rechten inhoudt. Zo moeten ouders betrokken worden in de besluitvorming tot het opleggen van maatregelen van jeugdbescherming<sup>77</sup>. Schoorvoetend erkent het Hof Mensenrechten ook het hoorrecht minderjarigen in zaken die betrekking hebben op het recht op persoonlijk contact<sup>78</sup>.

22. Naar *nationaal recht* wordt het hoorrecht van minderjarigen algemeen gewaarborgd in artikel 22bis, tweede lid Gw., naar luid waarvan elk kind het recht heeft zijn mening te uiten in alle aangelegenheden die hem aangaan. Met die mening wordt rekening gehouden in overeenstemming met zijn leeftijd en zijn onderscheidingsvermogen. Artikel 931, derde lid Ger.W. verleent de minderjarige die over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt, de mogelijkheid om in elk geding dat hem betreft, op zijn verzoek of bij beslissing van de rechter gehoord te worden<sup>79</sup>. Enkel indien de rechter weigert het kind te horen wegens gebrek aan onderscheidingsvermogen, kan tegen deze beslissing geen hoger beroep worden ingesteld<sup>80</sup>. Wordt het hoorrecht om andere redenen geweigerd (bv. horen van de minderjarige wordt overbodig geacht), dan moet hoger beroep wel mogelijk zijn. Specifiek met betrekking tot procedures voor de jeugdrechtsbank werd dit hoorrecht ingeschreven in artikel 56bis Jeugd-

67. D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 599, nr. 807.

68. Deze bepaling is voldoende precies om directe werking te hebben in de nationale rechtsorde, aldus M.-F. LÜCKER-BABEL, "The right of the child to express views and to be heard: An attempt to interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child", *International Journal of Children's Rights* 1995, 395. Naar Belgisch recht werd inderdaad rechtstreekse werking verleend: RvV 29 mei 2008, nr. 12070, *TJK* 2009, 66, noot A. VAN PACHTENBEKE en T. Vreemd. 2008 (samenvatting), 204 en Cass. 14 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1859, *Pas.* 2003, 1604 en *RTDF* 2005, 631. Zie evenwel de nuancering van Cass. 10 november 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1419, *Bull.* 1999, 1481 en *TJK* 2000 (verkort), 63, noot K. HANSON. Zie met betrekking tot art. 12 VRK meer uitgebreid: F. ANG, E. BERGHMANS, M. DELPLACE, V. STAELENS, C. VANDRESSE en M. VERHEYDE, "Participation Rights in the UN Convention on the Rights of the Child" in X, *Participations Rights of Children*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 9-26, M.-F. LÜCKER-BABEL, "The right of the child to express views and to be heard: An attempt to interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child", *International Journal of Children's Rights* 1995, 391-404 en A. PARKES, "The Right of the Child to be Heard in Family Law Proceedings: Article 12 UNCRC", *Int J Law & Fam* 2009, 238-244.

69. CRC General Comment n° 12 (1 juli 2009): "The right of the child to be heard", UN Doc CRC/C/GC/12, § 20.

70. F. ANG, E. BERGHMANS, M. DELPLACE, V. STAELENS, C. VANDRESSE en M. VERHEYDE, "Participation Rights in the UN Convention on the Rights of the Child" in X, *Participations Rights of Children*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 13, nr. 9.

71. Zie daarover: F. ANG, E. BERGHMANS, M. DELPLACE, V. STAELENS, C. VANDRESSE en M. VERHEYDE, "Participation Rights in the UN Convention on the Rights of the Child" in X, *Participations Rights of Children*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 18-19 en A. PARKES, "The Right of the Child to be Heard in Family Law Proceedings: Article 12 UNCRC", *Int J Law & Fam* 2009, 240.

72. F. ANG, E. BERGHMANS, M. DELPLACE, V. STAELENS, C. VANDRESSE en M. VERHEYDE, "Participation Rights in the UN Convention on the Rights of the Child" in X, *Participations Rights of Children*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 12, nr. 8 en A. PARKES, "The Right of the Child to be Heard in Family Law Proceedings: Article 12 UNCRC", *Int J Law & Fam* 2009, 240, zoals uitdrukkelijk bevestigd in CRC General Comment n° 12 (1 juli 2009): "The right of the child to be heard", UN Doc CRC/C/GC/12, § 21.

73. Art. 12 VRK richt zich immers tot alle kinderen die in staat zijn een eigen mening te vormen. A. PARKES, "The Right of the Child to be Heard in Family Law Proceedings: Article 12 UNCRC", *Int J Law & Fam* 2009, 241. Ook het Kinderrechtencomité raadt de verdragsstaten aan om geen vaste leeftijdsgrens op te nemen. CRC General Comment n° 12 (1 juli 2009): "The right of the child to be heard", UN Doc CRC/C/GC/12, § 21.

74. M.-F. LÜCKER-BABEL, "The right of the child to express views and to be heard: An attempt to interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child", *International Journal of Children's Rights* 1995, 400.

75. D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 600, nr. 807.

76. U. KILKELLY, *The child and the European Convention on Human Rights*, Aldershot, Ashgate, 1999, 117.

77. EHRM 8 juli 1987, *W. v. Verenigd Koninkrijk*, § 64.

78. Zoals door afgeleid uit de arresten *Elsholz, Sahin, Sommerfeld en Hofmann v. Duitsland* door D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 602, nr. 809.

79. Bv. Antwerpen 24 maart 2004, *NJV* 2004, 1100, noot G. VERSCHULDEN, *P&B* 2005 (verkort), 139 en *RW* 2005-2006, 1310.

80. GwH 4 februari 2010, nr. 9/2010, overwegingen B.7 en B.8.

beschermingswet. De minderjarige moet vanaf twaalf jaar gehoord worden in geschillen tussen zijn ouders voor de jeugdbrechtbank, wanneer daar punten behandeld worden die betrekking hebben op het gezag over zijn persoon, het beheer van zijn goederen, de uitoefening van het recht op persoonlijk contact of de aanwijzing van een provoogd (bij ontzetting van het ouderlijk gezag: art. 34 Jeugdbeschermingswet). Beneden die leeftijd is de rechter niet verplicht de minderjarige te horen<sup>81</sup>. Hij kan dit wel met toepassing van artikel 931, derde lid Ger.W.

23. Belangrijk is het evenwel dat de minderjarige geen keuze hoeft te maken. Hij kan enkel zijn mening te kennen geven. De uiteindelijke beslissing ligt bij de rechter<sup>82</sup>. De rechter kan de mening van het kind terzijde schuiven indien hij meent dat deze indruist tegen zijn belangen<sup>83</sup>.

24. Via dit hoorrecht kan het kind zijn visie uitdrukken over een mogelijke *scheiding van zijn broers of zussen*. Er bestaat geen garantie dat deze visie gevolgd zal worden; wel dat zijn mening mee in overweging zal worden genomen. Uiteindelijk beslist de rechter wat hij in het belang van het kind acht te zijn.

#### § 6. NIET VAN OUDERS WORDEN GESCHIEDEN

25. De band tussen ouder en kind wordt op verschillende manieren gewaarborgd in het Kinderrechtenverdrag. Zo heeft het kind vanaf de geboorte het recht om zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd (art. 7, eerste lid VRK) en zijn de ouders de eerste opvoedingsverantwoordelijken (art. 18, eerste lid VRK). Bovendien moet de overheid positieve maatregelen nemen om te verhinderen dat een kind van zijn ouder(s) wordt *gescheiden tegen hun wil* (art. 9, eerste lid VRK). Doorgaans wordt aangenomen dat in artikel 9, eerste lid VRK naar de wil van de ouder(s) wordt verwezen<sup>84</sup>, al kan hierin net zo goed een verwijzing naar de wil van zowel beide ouders als het kind worden gelezen. De scheiding enkel tegen de wil van het kind wordt door deze verdragsbepaling niet beschermd<sup>85</sup>.

Als uitgangspunt geldt dat kinderen gedurende hun volledige kindertijd bij hun ouder(s) moeten kunnen blijven<sup>86</sup>.

26. Dat het kind niet van zijn ouders mag worden gescheiden, kan er meteen ook toe leiden dat het kind niet van zijn *broers en zussen* zal worden gescheiden. Bij samenlevende ouders is dat zeker het geval. Bij niet-samenlevende ouders kan het kind op die manier mogelijk minstens beperkte contacten hebben met zijn broers en zussen bij één van beide ouders.

27. *Beperkingen* op het recht niet te worden gescheiden zijn enkel mogelijk indien die in het belang van het kind noodzakelijk zijn<sup>87</sup>. Dergelijke noodzaak bestaat bij kindermishandeling of -verwaarlozing of wanneer de ouders niet samenleven. Waar de voorbereidende werkzaamheden op een louter exemplatieve opsomming lijken te duiden, moet uit de bewoordingen van het eerste lid – namelijk “zoals wanneer” en in het Engels “*such as*” – worden afgeleid dat de gegeven opsomming exhaustief is<sup>88</sup>.

28. Het recht van het kind om niet van zijn ouders te worden gescheiden impliceert dat indien toch tot een scheiding wordt overgegaan, dergelijke scheiding *enkel als ultieme maatregel* kan worden opgelegd en *voor de kortst mogelijke tijd*. In uitzonderlijke omstandigheden (bv. chronische drugverslaafde ouders) kan de scheiding toch definitief zijn. Indien de scheiding het gevolg is van een uithuisplaatsing in het kader van de jeugdbescherming, moet hier bovendien verwezen worden naar artikel 25 VRK, dat een periodieke herziening van de beslissing tot plaatsing voorschrijft<sup>89</sup>.

29. Deze benadering kan ook worden teruggevonden in de *rechtspraak van het Hof Mensenrechten* waarin een plaatsingsmaatregel getoetst wordt aan het recht op bescherming van het gezinsleven (art 8 EVRM; cf. *supra* nr. 10). De beslissingen van het Hof binden enkel de verdragsstaten, maar aangezien deze allemaal partij zijn bij het Kinderrechtenverdrag, kunnen deze beslissingen als leidraad worden genomen bij de interpretatie van artikel 9 VRK. Volgende richtlijnen worden

81. Zo weigerde de rechter de minderjarige van 9,5 jaar te horen, omdat de mogelijke nieuwe situatie (verhuis met moeder en stiefvader naar Normandië) te abstract en hypothetisch was: Rb. Nijvel 18 juli 1996, *RTDF* 1996, 469. Wel werd een maatschappelijk onderzoek bevolen naar het belang van het kind.

82. De rechter lijkt het horen van de minderjarige gelijk te stellen met kiezen tussen beide ouders: Rb. Nijvel 18 juli 1996, *RTDF* 1996, 469.

83. Zie daarover meer algemeen: N. THOMAS en C. O'KANE, “When children’s wishes and feelings clash with their ‘best interests’”, *International Journal of Children’s Rights* 1998, 137-154.

84. S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 168.

85. J. DOEK, *Article 8: The Right to Preservation of Identity – Article 9: The Right Not to Be Separated from His or Her Parents*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 22, nr. 4.

86. S. BISCHOFF, *The UN Convention on the rights of the child. A comparative study*, onuitg., doctoraatsthesis rechten Vrije Universiteit Amsterdam, 1999, 154.

87. Met deze zinsnede wordt aansluiting gezocht bij het algemeen principe geformuleerd in art. 3, eerste lid VRK (cf. *supra* nr. 15). S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 172.

88. J. DOEK, *Article 8: The Right to Preservation of Identity – Article 9: The Right Not to Be Separated from His or Her Parents*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 24, nr. 8.

89. J. DOEK, *Article 8: The Right to Preservation of Identity – Article 9: The Right Not to Be Separated from His or Her Parents*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 26, nr. 10.



internationaal aanvaard en worden geacht in overeenstemming te zijn met het Kinderrechtenverdrag:

- Een interventie is noodzakelijk in het belang van het kind indien de vereiste bescherming niet via een andere maatregel kan worden geboden.
- Steeds moet geopteerd worden voor de minst ingrijpende maatregel en blijft het kind bij voorkeur in zijn oorspronkelijke milieu (proportionaliteit)<sup>90</sup>.
- De scheiding van een kind van zijn ouders is in principe een tijdelijke maatregel van zo kort mogelijke duur en moet op geregelde tijdstippen worden herzien<sup>91</sup>.
- De overheid moet de hereniging promoten, pogingen daartoe ondersteunen en maatregelen vermijden die hierop een negatieve invloed kunnen hebben (bv. contactverbod)<sup>92</sup>.
- De betrokkenen moeten op geregelde tijdstippen contacten kunnen onderhouden<sup>93</sup>.

#### IV. RECHT OP PERSOONLIJK CONTACT

**30.** Worden broers en zussen toch van elkaar gescheiden of treffen zij elkaar, in het kader van de verblijfsregeling, onvoldoende, dan rijst de vraag of zij een recht kunnen vorderen op persoonlijk contact met elkaar.

**31.** Het recht op persoonlijk contact wordt beschermd door *artikel 8 EVRM* en vindt zijn beperkingen in het recht op privé- en gezinsleven van diegenen met wie het contact wordt gevorderd evenals in het algemeen belang<sup>94</sup>. Er bestaat uitgebreide rechtspraak van het

Hof Mensenrechten met betrekking tot het omgangsrecht op verschillende domeinen, waaronder echtscheiding, buitenhuwelijkse samenlevingsvormen en maatregelen van jeugdbescherming. Deze heeft hoofdzakelijk betrekking op het contactrecht van een volwassene (doorgaans de ouder) met een kind. Indien er tussen de betrokkenen gezinsleven bestaat, hebben zij het recht met elkaar minstens contacten te onderhouden, teneinde dit gezinsleven in stand te houden. Bovendien mag de afstand tussen ouder en kind niet te groot zijn, zodat zij geregeld contact kunnen hebben. Het recht op persoonlijk contact kan door de overheid worden geweigerd, mits naleving van de in artikel 8, tweede lid EVRM gestelde voorwaarden (*cf. supra* nr. 9). Deze redenering kan worden doorgetrokken naar broers en zussen.

**32.** Naar nationaal recht kunnen momenteel – gelet op de beperkte procesbekwaamheid van minderjarigen – enkel meerderjarigen zelf een recht op persoonlijk contact vorderen met hun broer of zus<sup>95</sup>. Minderjarigen kunnen dit enkel via een vertegenwoordiger. Dit contactrecht is slechts een virtueel recht<sup>96</sup>, waardoor geen onderscheid gemaakt wordt tussen volle, half-<sup>97</sup> en stiefbroers en -zussen. Nu de bijzondere affectieve band die de virtueel contactgerechtigden moeten aantonen om het recht te doen ontstaan, gelijkgesteld moet worden met “gezinsleven” in de zin van artikel 8 EVRM<sup>98</sup>, volstaat een bloedband op zichzelf niet om dergelijk contactrecht te bekomen. Bijkomende omstandigheden – tijdens de zwangerschap en/of na

- 
90. EHRM 18 december 2008, *Savigny v. Oekraïne*, § 58; EHRM 21 september 2006, *Moser v. Oostenrijk*, § 69-71; EHRM 9 mei 2003, *Covezzi en Morselli v. Italië*, § 104; EHRM 14 januari 2003, *K.A. v. Finland*, § 98; EHRM 27 april 2000, *L. v. Finland*, § 119-120 en EHRM 22 juni 1989, *Eriksson v. Zweden*, § 69. EHRM 26 februari 2002, *Kutzner v. Duitsland*, § 75.
91. EHRM 21 oktober 2008, *Clemeno e.a. v. Italië*, § 53; EHRM 1 juli 2004, *Couillard Maugery v. Frankrijk*, § 273; EHRM 8 april 2004, *Haase v. Duitsland*, § 93; EHRM 9 mei 2003, *Covezzi en Morselli v. Italië*, § 118; EHRM 16 juli 2002, *P., C. en S. v. Verenigd Koninkrijk*, § 117; EHRM (grote kamer) 12 juli 2001, *K. en T. v. Finland*, § 178; EHRM 27 april 2000, *L. v. Finland*, § 122; EHRM 16 november 1999, *E.P. v. Italië*, § 64 en EHRM 24 maart 1988, *Olsson v. Zweden* (nr. 1), § 81.
92. Streeft de uithuisplaatsing deze hereniging niet na, dan is zij niet evenredig met het beoogde doel en bijgevolg niet noodzakelijk in een democratische samenleving: EHRM 24 maart 1988, *Olsson v. Zweden* (nr. 1), § 83. Als dat niet in het belang van het kind is, moet de maatregel niet worden opgeheven: EHRM 9 mei 2003, *Covezzi en Morselli v. Italië*, § 119.
93. Bv. EHRM 21 september 2006, *Moser v. Oostenrijk*, § 73; EHRM 26 februari 2002, *Kutzner v. Duitsland*, § 77-81; EHRM 27 april 2000, *L. v. Finland*, § 127 en EHRM 16 november 1999, *E.P. v. Italië*, § 65 en 69. Enkel uitzonderlijke omstandigheden zullen een verbreking van het contact kunnen rechtvaardigen: EHRM 16 juli 2002, *P., C. en S. v. Verenigd Koninkrijk*, § 118.
94. K. ADRIAENSSENS, “De rechten van het kind”, *RW* 1991-1992, 1111, nr. 24 en C. MAES, “Eugenetische benadering van het zogenaamde bezoekrecht”, *Panopticon* 1989, 172 en 174.
95. Zie evenwel: Jeugdrb. Namen 22 oktober 2002, *JDJ* 2004, afl. 231, 43, noot F. BOUCHAT. De minderjarige werd op grond van art. 931, derde lid Ger.W. in samenhang met art. 3, 9 en 12 VRK toegestaan vrijwillig tussen te komen in de procedure tussen haar ouders omtrent de verblijfsregeling, om een recht op persoonlijk contact te vorderen met haar halfbroers en -zussen. Hierdoor werd zij geen procespartij in het geschil tussen de ouders, wel in de procedure tot persoonlijk contact.
96. S. DEMARS, “Les relations entre frères et sœurs au sein de la famille et droit civil”, *TBBR* 2000, 84; A. DE WOLF, *Comm.Pers.*, art. 375bis BW, (1997), 6, nr. 9; J. GERLO en G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, Brugge, die Keure, 2008, 238, nr. 712; R. HEPs, “Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling” (noot onder Brussel 12 mei 2009), *TBBR* 2010, 290, nr. 16; A. HEREMANS, “Categorieën van omgangsgerechtigden” (noot onder Jeugdrb. Antwerpen 21 januari 2003), *RABG* 2003, 945; A. HUYGENS, “Juridische grenzen aan het recht op persoonlijk contact van de lesbische meemoeder” (noot onder Jeugdrb. Leuven 29 november 2005), *RW* 2006-2007, 484, nr. 2; K. JACOBS, “Het omgangsrecht van de grootouders” (noot onder Jeugdrb. Brussel 5 oktober 1999 en Jeugdrb. Brussel 29 juni 1999), *AJT* 2000-2001, 29; K. JACOBS, “Het omgangsrecht van derden: een toepassing van art. 375bis BW in een lesbische relatie” (noot onder Jeugdrb. Mechelen 29 april 1998), *AJT* 1998-1999, 392; I. LAMMERANT, “La loi française n° 96-1238 du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs”, *Dr.O.M.* 1997, afl. 16, 50; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 621, nr. 781; P. SENAËVE, “Algemene beschouwingen rond de wet van 13 april 1995” in P. SENAËVE, *Co-ouderschap en omgangsrecht. Commentaar op de wet van 13 april 1995*, Antwerpen, Maklu, 1995, 53-54, nrs. 77-79; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 327, nr. 558; A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Brussel, Bruylant, 2009, 671 en G. VERSCHULDEN, S. BROUWERS, K. BOONE, I. MARTENS en K. VERSTRAETE, “Overzicht rechtspraak familierecht (2001-2006)”, *TPR* 2007, 727, nr. 829.
97. Bv. Jeugdrb. Namen 22 oktober 2002, *JDJ* 2004, afl. 231, 43, noot F. BOUCHAT.
98. R. HEPs, “Bescherming van de band tussen broers en zussen bij en na vaststelling van de verblijfsregeling” (noot onder Brussel 12 mei 2009), *TBBR* 2010, 290, nr. 16 en de verwijzingen aldaar.

de geboorte<sup>99</sup> (bv. intens mee de zwangerschap beleven, na de geboorte een nauwe relatie hebben opgebouwd, ...) – moeten het bestaan van een bijzondere affectieve band aannemelijk maken<sup>100</sup>. Het recht hebben, betekent niet dat dit ook effectief kan worden uitgeoefend. Dit is enkel mogelijk indien dat niet strijdig is met het belang van de minderjarige broer of zus (art. 375bis, tweede lid BW).

**33.** Indien het kind *eveneens van (een van) zijn ouders wordt gescheiden*, moet het regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met die ouder of (beide ouders) kunnen onderhouden (art. 9, derde lid VRK)<sup>101</sup>. Dit is een eigen recht van het kind<sup>102</sup>. Bij de toekenning van het recht op persoonlijk contact is het belang van het kind het doorslaggevend criterium. Aangenomen wordt dat het contact het belang van het kind dient. De benadering van het derde lid – het contact als recht van het kind – impliceert dat de mening van het kind (art. 12 VRK; *cf. supra* nr. 20 e.v.) bij deze beslissing een belangrijke rol speelt. Indien het kind contact heeft met zijn ouders, bestaat de mogelijkheid dat het tegelijkertijd ook contact heeft met zijn broers en zussen. Dit zal sterk afhangen van de modaliteiten die aan het contactrecht worden gekoppeld.

## V. BESLUIT

**34.** Hoewel dit niet uitdrukkelijk in de nationale en internationale wetgeving staat ingeschreven, kunnen broers en zussen toch onrechtstreeks het recht laten gelden om niet van elkaar te worden gescheiden. Dit doen zij hoofdzakelijk via internationale grondrechten (bv. bescherming van het gezins- of privéleven: art. 8 EVRM; belang van het kind: art. 3, eerste lid en 18, eerste lid VRK), die al dan niet overgenomen en nader gepreciseerd zijn in de Belgische wetgeving (bv. belang van het kind werd o.a. overgenomen in art. 374, § 2, *in fine* BW). Uiteraard kunnen zij dit onrechtstreeks recht enkel laten gelden indien de zaak effectief voor de rechter komt, hetgeen bijvoorbeeld niet het geval is indien

de niet-samenlevende ouders in onderlinge overeenstemming de verblijfsregeling bepalen.

Worden zij toch van elkaar gescheiden, dan kunnen meerderjarigen zelf een contactrecht vorderen met hun broer of zus; minderjarigen kunnen dit enkel via hun wettelijke vertegenwoordiger. Daartoe moeten zij een bijzondere affectieve band aantonen. De effectieve uitoefening van dit recht is steeds afhankelijk van het belang van de minderjarige broer of zus.

**35.** Mijns inziens is het aangewezen om de bescherming van de band tussen broers en zussen uitdrukkelijk in de Belgische wetgeving in te schrijven. Daartoe heeft de wetgever twee mogelijkheden. Ofwel creëert hij één algemene bepaling. Deze wordt dan bij voorkeur – anders dan in Frankrijk – niet onder titel IX (ouderlijk gezag) ondergebracht, maar bijvoorbeeld wel in een aparte titel *IXbis* met als opschrift “(Bescherming van de band tussen) broers en zussen”. Zo kan deze bepaling in alle mogelijke situaties die aanleiding kunnen geven tot het scheiden van broers en zussen worden toegepast. Ofwel creëert hij spiegelbepalingen bij de regeling met betrekking tot de verblijfsregeling, de adoptie, de uithuisplaatsing in het kader van de jeugdbescherming en de uitzetting van vreemdelingen.

**36.** Hierbij dient de wetgever de kritiek op het Franse artikel 371-5 C.civ. in het achterhoofd te houden. Deze bepaling luidt als volgt: “*L’enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n’est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S’il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et sœurs.*”<sup>103</sup> Enkel volle en half broers en zussen vallen onder het personeel toepassingsgebied ervan<sup>104</sup>. Hoewel deze bepaling *ratione materiae* een algemene draagwijdte<sup>105</sup> heeft, is zij hoofdzakelijk van belang bij de mogelijke splitsing van kinderen als gevolg van een gezinscrisis (bv. echtscheiding, scheiding van tafel en bed, beëindiging van feitelijke of wettelijke samenwoning, “*assistance éducative*”, “*délégation de l’autorité parentale*”, overlijden van een ouder, ...<sup>106</sup>). Bij plaatsing in het kader van de jeugdbe-

99. A.J.M. NUYTINCK, “Het omgangsrecht van de spermadonor”, AA 2008, 136-137. Het Nederlandse criterium “nauwe persoonlijke betrekking” (art. 377a, eerste lid BW) moet eveneens gelijkgesteld worden met gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM. G. VAN DER BURGH en J.E. DOEK (PITLO), *Personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 597, nr. 951; P. VLAARDINGERBROEK, K. BLANKMAN, A. HEIDA, A.P. VAN DER LINDEN, E.C.C. PUNSELIE en J.A.E. VAN RAAK-KUIPER, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 460-461 en S.F.M. WORTMANN en J. VAN DUIJVENDIJK-BRAND, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 217, nr. 149a.

100. B. VANLERBERGHE, “Omgangsrecht in het licht van art. 8 EVRM”, *Jura Falc.* 1990-91, 170.

101. Dit volgt ook uit art. 8 EVRM. Bv. EHRM 21 september 2006, *Moser v. Oostenrijk*, § 73; EHRM 26 februari 2002, *Kutzner v. Duitsland*, § 77-81; EHRM 27 april 2000, *L. v. Finland*, § 127 en EHRM 16 november 1999, *E.P. v. Italië*, § 65 en 69.

102. K. ADRIENSSENS, “De rechten van het kind”, *RW* 1991-1992, 1111, nr. 23.

103. Ingevoerd bij “loi 30 décembre 1996, n° 96-1238 relative au maintien des liens entre frères et sœurs”, *JORF* 1 janvier 1997, 21”.

104. S. DEMARS, “Les relations entre frères et sœurs au sein de la famille en droit civil”, *TBBR* 2000, 88; A. GOUTTENOIRE, “Autorité parentale” in P. MURAT, *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2007, 758, nr. 232.213; I. LAMMERANT, “La loi française n° 96-1238 du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs”, *Dr.O.M.* 1997, afl. 16, 43 en J. MASSIP, “La loi du 30 décembre 1996 tendant à éviter la séparation des frères et sœurs”, *Défrenois* 1997, 902.

105. S. DEMARS, “Les relations entre frères et sœurs au sein de la famille en droit civil”, *TBBR* 2000, 86-87 en J. MASSIP, “La loi du 30 décembre 1996 tendant à éviter la séparation des frères et sœurs”, *Défrenois* 1997, 899.

106. S. DEMARS, “Les relations entre frères et sœurs au sein de la famille en droit civil”, *TBBR* 2000, 88; A. GOUTTENOIRE, “Autorité parentale” in P. MURAT, *Droit de la famille*, Parijs, Dalloz, 2007, 758, nr. 232.213; I. LAMMERANT, “La loi française n° 96-1238 du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs”, *Dr.O.M.* 1997, afl. 16, 42; J. MASSIP, “La loi du 30 décembre 1996 tendant à éviter la séparation des frères et sœurs”, *Défrenois* 1997, 899 en T. REVET, “Législation française et communautaire. I. Les personnes. A. Personnes physiques, 1. Autorité parentale. Loi n° 96-1238 du décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs”, *RTD Civ* 1997, 230.

scherming wordt dit principe nogmaals herhaald in artikel 375-7, derde lid C.civ. onder verwijzing naar artikel 371-5 C.civ.

De invoering van artikel 371-5 C.civ. werd in Frankrijk niet op algemeen gejuich onthaald. Critici meenden dat de wetgever beter de noodzaak zou bevestigen om rekening te houden met het belang van het kind om een relatie te onderhouden met zijn broers en zussen bij plaatsing of beslissing over de verblijfsregeling, in plaats van algemeen te stellen wat in het belang van het kind is (nl. niet van broers en zussen worden gescheiden)<sup>107</sup>. Bovendien meenden zij dat de rechter nog steeds min of meer vrij kiest of hij de kinderen scheidt, omwille van de afwijkingsmogelijkheid in het belang van het kind. Hierdoor zou deze bepaling gedegradeerd worden tot een louter symbolische bepaling en zou zij veeleer een leidraad vormen voor de rechter in plaats van een subjectief recht voor het kind<sup>108</sup>. Deze bekommernis lijkt terecht. Toch moet deze afwijkingsmogelijkheid worden voorzien, nu de toets aan het belang van het kind zowel in artikel 3, eerste lid (ten aanzien van de overheid) als in artikel 18, eerste lid VRK (ten aanzien van de ouders) staat ingeschreven. Daarnaast vonden zij dat er gevaar bestaat voor een ruime interpretatie van de uitzonderingen, hetgeen (inderdaad) allerm minst de bedoeling kan zijn. Een stringentere formulering van de notie “*si cela n'est pas possible*” lijkt mij daarom ook aangewezen. Bovendien betreunden sommigen dat het principe van niet-scheiden ook geldt indien de ouders in onderlinge overeenstemming de verblijfsregeling vaststellen. De keuze van de ouders wordt hier niet gerespecteerd, terwijl een beslissing in

onderling overleg net de beste garantie geeft op de naleving ervan<sup>109</sup>. Tot slot bemoeilijkt de procesonbepaaldheid van de minderjarige (inderdaad) de afdwinging van dit recht. Het past dan ook dat de wetgever zich eens grondig over deze materie buigt.

**37.** De Belgische regeling wordt – naar Frans model – bij voorkeur tweeledig opgevat. Enerzijds wordt aan broers en zussen het recht toegekend om niet van elkaar te worden gescheiden. Op dit principe kan een uitzondering worden gemaakt indien daartoe ernstige redenen voorhanden zijn (bv. specifieke medische of onderwijsbehoeften, slechte verstandhouding tussen de kinderen, ...<sup>110</sup>) of het belang van één kind dit vereist. Worden zij toch van elkaar gescheiden, dan wordt hun anderzijds het recht toegekend om persoonlijk contact met elkaar te onderhouden. Dit recht is bij voorkeur principieel voor volle en halfbroers en -zussen; virtueel voor stiefbroers en -zussen. Op die manier worden volle en halfbroers en -zussen gelijkgesteld met grootouders<sup>111</sup>. Stiefbroers en -zussen moeten dan een bijzondere affectieve band aantonen. Beider contactrecht wordt bij voorkeur ingeschreven in artikel 375bis, eerste lid BW. Aangezien minderjarigen absoluut, algemeen en volledig handelingsonbepaald zijn (art. 1124 BW)<sup>112</sup>, zal dit recht uitgeoefend worden door hun wettelijke vertegenwoordiger<sup>113</sup>. Bij belangenconflict tussen deze wettelijke vertegenwoordiger en het kind kan de rechter een voogd *ad hoc* aanstellen. Deze kan de betrokken minderjarige ook horen met toepassing van artikel 931 Ger.W. en 12 VRK.

- 
107. T. REVET, “Législation française et communautaire. I. Les personnes. A. Personnes physiques, 1. Autorité parentale. Loi n° 96-1238 du décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs”, *RTD Civ* 1997, 231.
108. I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, 162, nr. 137.
109. J. MASSIP, “La loi du 30 décembre 1996 tendant à éviter la séparation des frères et sœurs”, *Défrenois* 1997, 899.
110. MvT wetsvoorstel (O. Maingain, M.-C. Marghem, C. De Parmentier en B. Clerfayt) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters, *Parl.St. Kamer* 2007-2008, nr. 52K0276/001, 6. In Frankrijk werd bewust voor de notie “*si cela n'est pas possible*” gekozen, om ouders die in onderlinge overeenstemming uit elkaar gaan de mogelijkheid te geven om de kinderen toch te scheiden. I. LAMMERANT, “La loi française n° 96-1238 du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs”, *Dr.Q.M.* 1997, afl. 16, 46 en T. REVET, “Législation française et communautaire. I. Les personnes. A. Personnes physiques, 1. Autorité parentale. Loi n° 96-1238 du décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs”, *RTD Civ* 1997, 230 en de verwijzingen aldaar.
111. Eveneens gesuggereerd in wetsvoorstel (O. Maingain, M.-C. Marghem, C. De Parmentier en B. Clerfayt) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters, *Parl.St. Kamer* 2007-2008, nr. 52K0276/001, 6-7. De indieners zijn wel niet consequent waar zij enerzijds preciseren dat het irrelevant is of dit contact in het belang van het kind is en anderzijds dat dit recht wordt uitgeoefend naar analogie van het recht op persoonlijk contact van grootouders. Ook in deze laatste hypothese moet steeds getoetst worden aan het belang van het kind. M.i. is ook bij het recht op persoonlijk contact van broers en zussen deze rechterlijke toets aan het belang van het kind noodzakelijk. Dit vloeit minstens voort uit art. 3.1 VRK.
112. F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 160, nr. 268.
113. Eveneens in die zin wetsvoorstel (O. Maingain, M.-C. Marghem, C. De Parmentier en B. Clerfayt) tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek betreffende de persoonlijke banden tussen broers en zusters, *Parl.St. Kamer* 2007-2008, nr. 52K0276/001, 7.