

Naar een zuivere conceptueel-theoretische toepassing van het belang van het kind in het strafrecht.

De strafrechtelijke toepassing van artikel 3 IVRK in de
kinderschoenen

Masterproef neergelegd tot het behalen van
de graad van Master in de Criminologische Wetenschappen
door 01405425 **Blondeel Elise**

Academiejaar 2017-2018

Promotor :
Prof. De Bondt Wendy

Commissaris :
Lauwereys Heleen

“In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”

- Article 3, Convention on the Rights of the Child

“...in serving the best interests of children, we serve the best interests of all humanity.”

- Carol Bellamy (voormalig uitvoerend directeur UNICEF)

“We were all children once. And we all share the desire for the well-being of our children, which has always been and will continue to be the most universally cherished aspiration of humankind.”

“Can there be a more sacred duty than our obligation to protect the rights of a child as vigilantly as we protect the rights of any other person? (...) “We must put the best interests of children at the heart of all political and business decision-making, and at the centre of our day-to-day behaviour and activities.”

- Kofi Annan (voormalig Secretaris-Generaal VN)

VOORWOORD

Deze masterproef vormt het sluitstuk van vier uitdagende maar bovenal verrijkende studie jaren. Na het neerleggen van dit werk ben ik nog maar een klein stapje verwijderd van het moment waarop ik mezelf criminologe kan noemen.

Gedurende de opleiding heb ik meermaals ervaren dat, hoewel de universitaire opleiding me dwong tot het verleggen van mijn eigen grenzen, kennis en vaardigheden niet individueel vergaard worden. Ik wil daarom graag de tijd nemen een aantal mensen te bedanken.

Bovenal gaat mijn oprecht dankwoord uit naar Professor Wendy De Bondt. Zonder haar stond ik nog veel verder af van het bereiken van mijn doelen. Ik wil haar oprecht bedanken voor de steun en de beste begeleiding die ik me kon wensen. Mijn student-assistentenschap was een mooi traject, waaraan ik zonder enige twijfel mijn groei te danken heb. Zonder de kansen die zij me bood, waarbij ze me met grote betrokkenheid opvolgde, was ik niet tot dit eindresultaat gekomen. Er is bij mij grote bewondering gegroeid voor haar passie voor academisch onderzoek, gecombineerd met haar geëngageerde, vastberaden aanpak voor het bereiken van een humaner recht. Bedankt voor het structureren van mijn gedachtenvloed en het blijvende vertrouwen in mij. Uw kritische feedback en verrijkende inzichten hebben me veel bijgebracht. Daarnaast wil ik ook Heleen Lauwereys bedanken voor haar hulp en haar bereidwilligheid tot advies en steun. Onze onderzoeken sluiten nauw bij elkaar aan en ik vond dan ook herkenning bij haar.

Evenzo wil ik graag mijn ouders bedanken voor de steun die ze me onvoorwaardelijk boden gedurende de hele opleiding. Bedankt mama om me steeds door de examens te sleuren en er altijd voor me te zijn. Bedankt papa om mijn masterproef talloze malen na te lezen. Ook mijn zus Laura wil ik bedanken voor haar laatste controle. Verder mag Elke niet ontbreken in dit dankwoord. Van de introductiedag tot het afstuderen, er ging geen week voorbij zonder gezamenlijke koffie en cake. Een vriendschap voor het leven ontstond. Tot slot wil ik mijn vriend Jonas bedanken. We zijn samen aan onze studententijd begonnen en hebben ze samen succesvol afgerond. Jij maakte ze onvergetelijk, jij geloofde steeds in mij wanneer ik dat geloof even kwijt was. Dank je wel.

Inhoudsopgave

Voorwoord

Lijst met gebruikte afkortingen

1. Inleiding	1
1.1 Probleemstelling.....	1
1.1.1 Enge interpretatie van ‘kindvriendelijke justitie’	1
1.1.2 Dansen op het slappe koord tussen burgerlijk recht en strafrecht	3
1.1.3 Relevantie van het onderzoek	5
1.2 Doelstelling	6
1.3 Centrale onderzoeksvraag	8
1.4 Methodologie	8
1.4.1 Deelvragen: twee analyses.....	8
1.4.2 Koppeling onderzoeksvragen aan onderzoeksstrategie	9
2. Casestudy: internationale parentale ontvoering	12
2.1 Complexiteit van twee betrokken rechtstakken	12
2.2 Complexiteit van twee betrokken landen	16
2.3 Belang van het kind raakt gekneld	17
2.4 Paradox dynamisch fenomeen versus rigide wetgevend kader.....	18
3. De - problematische - positie van artikel 3 IVRK ten aanzien van het strafrecht	21
3.1 ‘Het belang van het kind’ als eerste overweging	21
3.1.1 Afbakening: zaken waarbij kinderen op indirecte wijze betrokken zijn	22
3.1.2 ‘Het belang van het kind’, what’s in a name?	22
3.1.2.1 General Comment nr. 14 VN-Committee on the Rights of the Child	23
3.1.2.2 Pro’s en contra’s voor de vage definiëring	24
3.1.2.3 Kritische analyse: noodzakelijke houvast met ruimte voor individualisatie	26
3.2 Toepasbaarheid van artikel 3 IVRK in strafrecht: de problematische interpretatie door het Hof van Cassatie	28
3.2.1 Toonaangevende rechtsprekende instanties en hun onderlinge hiërarchie.....	29
3.2.2 Wispelturige rechtspraak of duidelijke argumentatielijnen?	31
3.2.2.1 Burgerrechtelijke arresten	32
3.2.2.2 Strafrechtelijke arresten	38
3.2.3 Good-practices in het buitenland	41
3.2.4 Tussenbesluit: naar een ruime interpretatie van artikel 3 IVRK	43

4. Implicaties van de toepasbaarheid van artikel 3 IVRK voor actoren van de strafrechtsketen	47
4.1 De wetgever en ‘het belang van het kind’	47
4.1.1 Strafbaarstelling door nationale wetgever	47
4.1.2 Internationale wetgever: ontbreken van een Europese definitie	51
4.2 Het Openbaar Ministerie en ‘het belang van het kind’	53
4.2.1 Opportuniteit van vervolging in België	53
4.2.2 Implicaties voor het adagium <i>le criminel tient le civil en état</i>	56
4.2.3 Internationaal: wat met landen met legaliteit van de vervolging?	58
4.2.4 Doorkruising van het vervolgingsbeleid	60
4.2.4.1 Klacht met burgerlijke partijstelling bij onderzoeksrechter	60
4.2.4.2 Internationale samenwerking in strafzaken	62
4.2.5 De nood aan coherentie	64
4.3 De rechter ten gronde en ‘het belang van het kind’	66
4.3.1 Belang van het kind compatibel of strijdig met de strafdoelen?	66
4.3.2 Belang van de maatschappij verengd tot belang van het kind	68
4.3.3 Gelijkheidsbeginsel versus individualisering van de straf	70
4.3.4 Alternatief voor gevangenis in belang van het kind?	73
5. Naar een optimale wisselwerking tussen het strafrecht en artikel 3 IVRK	77
5.1 Beantwoording van de onderzoeksvraag	77
5.2 “ <i>We must put the best interests of children at the heart of all decision-making</i> ”	81
5.3 Praktijkgerichte aanbevelingen	83
5.3.1 Gedeelde zorg in ‘het belang van het kind’	83
5.3.1.1 VN-Kinderrechtencomité	84
5.3.1.2 Child Focus	85
5.3.1.3 Vlaamse Kinderrechtencommissaris	87
5.3.2 Beleidsmakers van het voorontwerp Strafwetboek: kindvriendelijke operationalisering artikel 26 Sw.	89
5.3.3 Vonnisrechters: communicatie en overleg	91
5.4 Aanbevelingen voor verder wetenschappelijk onderzoek	91
6. Bibliografie	94

Lijst met gebruikte afkortingen:

CBFM: Cross-border Family Mediators Network

CRC: Convention of the Rights of the Child

EHRM: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EU: Europese Unie

EVRM: Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

Gw.: Grondwet

IVRK: Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind

LIBE: Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs

NCRK: Nationale Commissie voor de Rechten van het Kind

Sv.: Wetboek van Strafvordering

Sw.: Strafwetboek

UNICEF: United Nations International Children's Emergency Fund

V.T Sv.: Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering

VN: Verenigde Naties

1. Inleiding

Deze masterproef handelt over de huidige problematische wisselwerking tussen enerzijds het strafrechtskader en anderzijds de implementatie van artikel 3 van het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind. Het is actueel onduidelijk welke mogelijkheden diverse actoren van de strafrechtsketen hebben om beide kaders op elkaar af te stemmen en op die manier te komen tot strafrechtelijke beslissingen die ‘het belang van het kind’ waarborgen. De casus van internationale parentale ontvoering wordt gebruikt om deze problematiek te kaderen en te voorzien van de nodige concretisering. Deze casus vormt een mooi voorbeeld van een situatie waarbij het vrijwaren van ‘het belang van het kind’ bemoeilijkt wordt.

In deze inleiding wordt allereerst ingegaan op de probleemstelling. Daarna wordt ook de doelstelling besproken, evenals de methodologie die toelaat deze te bereiken.

1.1 Probleemstelling

De verantwoording voor dit onderzoek is samen te vatten in drie argumentatielijnen. Deze masterproef vindt aansluiting bij de onderzoeksoptiek van het streven naar een kindvriendelijke justitie. De problematiek wordt eerst gekaderd, alvorens verder uitgediept te worden. Vervolgens wordt deze brede onderzoeksoptiek nauwer afgelijnd. De moeilijke verhouding tussen de twee toepasselijke rechtstakken – burgerlijk recht en strafrecht – in de casus van internationale parentale ontvoering vormt daarbij de focus van het onderzoek. Daarna wordt expliciet ingegaan op de academische, strafrechtelijke en maatschappelijke relevantie van het onderzoek.

1.1.1 Enge interpretatie van ‘kindvriendelijke justitie’

European Child Friendly Justice is een idee dat beschouwd wordt als een Europees streefdoel en bijgevolg hoog op de Europese agenda prijkt. Het concept werd geïntroduceerd op het niveau van de Raad van Europa¹ maar vindt ook steeds meer ingang binnen de Europese Unie.² Het concept beoogt een concrete en stevige vormgeving van het idee ‘kindvriendelijke justitie’. Het ijveren voor een kindvriendelijke justitie heeft de afgelopen decennia een belangrijke plaats

¹ Raad van Europa (2010). Richtlijnen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa over Kindvriendelijke justitie, 17 November 2010, CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc-app6.

² Europese Commissie (2011). Communicatie van de Europese Commissie, Een EU-agenda voor de rechten van het kind, COM(2011)60.

ingenomen in zowel de nationale als internationale literatuur.³ Er werden concrete standaarden en criteria ontwikkeld die een steeds hogere plaats innemen op de politieke agenda van alle mogelijke beleidsniveaus.⁴

De verklaring voor de internationale beleidsaandacht inzake het realiseren van een kindvriendelijke justitie zit voornamelijk in de prominente rol van het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind⁵ (hierna IVRK of Kinderrechtenverdrag).

Het is noodzakelijk dat de bepalingen uit het verdrag concreet en weloverwogen vorm krijgen in de praktijk. Opvallend is daarbij dat in de huidige stand van het onderzoek het concept ‘kindvriendelijk’ steevast eng geïnterpreteerd wordt. Hierbij focust de bestaande literatuur zich op de rechtspositie van kinderen rechtstreeks betrokken in een strafprocedure. Nochtans reikt de draagwijdte van de bepalingen in het verdrag mijns inziens verder en zouden ze moeten aanzetten tot een bredere interpretatie en implementatie in de praktijk. Het IVRK vereist in zijn artikel 3 dat ‘het belang van het kind’ een eerste overweging vormt bij alle beslissingen die kinderen aangaan. Concreet bepaalt het artikel dat: *“Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging”*. ‘Het belang van het kind’ wordt met andere woorden naar voor geschoven als primordiaal criterium bij alle beslissingen aangaande het kind.

De gebruikte verwoording ‘betreffende kinderen’ is enigszins vaag en plaatst belangrijke vraagtekens bij de reikwijdte van deze bepaling en eveneens bij welke de maatregelen zijn die erdoor geïmplementeerd worden. Het VN-Kinderrechtencomité voorziet de bepalingen uit dit verdrag, aan de hand van rechtspraak en verduidelijkende commentaren, van een steeds concretere invulling. In hun Algemene Commentaar nr. 14 wordt verduidelijkt dat het belangrijk is om voor ogen te houden dat de eis niet alleen geldt voor procedures waarbij het kind op een directe wijze in contact komt met justitie (als verweerder, slachtoffer of getuige), maar ook in alle procedures waarbij het kind indirect betrokken is. Het betreft dus alle beslissingen waarvan de uitkomst

³ Child Rights International Network (2016). Rights, Remedies and Representation: A global report on access to justice for children.

⁴ FRA (2017) *Child-friendly justice, Perspectives and experiences of children involved in judicial proceedings as victims, witnesses or parties in nine EU Member States*, Luxembourg, Publications Office.

⁵ Internationaal verdrag 20 november 1989 inzake de rechten van het kind opgemaakt te New-York, B.S 17 januari 1992.

mogelijk een impact heeft op het kind.⁶ Om het concept ‘het belang van het kind’ vorm te geven in de praktijk is het belangrijk dat er een adequaat en doordacht juridisch kader voorhanden is dat een ruime interpretatiewijze mogelijk maakt. Hieruit volgt een belangrijke verantwoordelijkheid voor de wetgever.

1.1.2 Dansen op het slappe koord tussen burgerlijk recht en strafrecht

De wetgever staat voor de moeilijke opdracht ‘het belang van het kind’ te beschermen bij alle beslissingen die een significante invloed hebben op het betrokken kind. De uitdaging voor de wetgever wordt nog groter wanneer er complicerende factoren om de hoek komen kijken zoals situaties of fenomenen waarbij verschillende rechtstakken met elkaar in aanraking komen.

Een mooi voorbeeld van zo’n complexe casus is het misdrijf van internationale parentale ontvoering. Deze situatie geeft aanleiding tot het naast elkaar bestaan van twee procedures uit twee verschillende rechtstakken. In eerste instantie is er de procedure die erop gericht is de geschonden burgerlijke beslissing, die het omgangsrecht van beide wettelijke ouders regelt, te eerbiedigen. Juridische basis daarvoor zijn internationaal privaatrechtelijke instrumenten die de terugkeer van het ontvoerde kind als doel hebben. In tweede instantie is er de procedure die erop gericht is de ontvoerende ouder te straffen, gezien deze laatste zich schuldig gemaakt heeft aan het misdrijf ‘parentale ontvoering’, omschreven in artikel 432 Strafwetboek (Sw.).

Een belangrijke implicatie van de hierboven omschreven brede interpretatiewijze van artikel 3 IVRK is dat ook in strafprocedures ten aanzien van een ouder, mits aan de voorwaarde ‘een significante invloed op het kind’ voldaan is, artikel 3 IVRK in overweging moet genomen worden. Beide bovenvermelde procedures – zowel de burgerlijke als de strafrechtelijke – moeten dus voldoen aan de eis van artikel 3 IVRK.

De huidige literatuur voorziet in onderzoek naar ‘het belang van het kind’ binnen het (internationaal) privaatrecht. Er is onder meer sprake van uitgebreid debat en onderzoek naar de interpretatie van de weigeringsgronden tot terugkeer die de internationale privaatrechtelijke instrumenten stellen in de case van parentale ontvoering.⁷ Deze stellen voorop dat het kind altijd terugkeert naar de oorspronkelijke verblijfplaats, tenzij deze terugkeer ‘het belang van het kind’ zou schaden.

⁶ UN Committee on the Rights of the Child (CRC) (2013). *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, UN Doc. CRC/C/GC/14.

⁷ Kruger, T. (2011). *International child abduction: the inadequacies of the law*. Bloomsbury Publishing.

Problematisch is echter het gebrek aan onderzoek inzake de implicaties die artikel 3 IVRK heeft voor het strafrecht. Er is geen sprake van consensus over de werking van artikel 3 IVRK in relatie tot een strafprocedure ten aanzien van de ontvoerende ouder. Er is met andere woorden nood aan meer kennis over de uitwerking en de toepassing van artikel 3 IVRK in een strafprocedure waarbij het kind indirect betrokken is. De Algemene Commentaar 14 van het VN-Kinderrechtencomité doet dan wel vermoeden dat er een ruime interpretatie nodig is maar, hoewel deze Commentaren gelden als gezaghebbende interpretaties, bestaat over de juridische afdwingbaarheid ervan nog veel discussie.⁸ Er moet tegemoet gekomen worden aan het hiaat aan theoretische kennis hieromtrent en de onduidelijke praktische toepassing van het artikel in de praktijk.

De juridische probleemstelling gaat echter verder dan de uitwerking en toepassing van artikel 3 IVRK binnen elk van de procedures afzonderlijk. Zelfs wanneer beide procedures parallel aan elkaar artikel 3 IVRK naleven, is er nog altijd niet de garantie dat de samenlezing van beide beslissingen ook artikel 3 IVRK conform is. Een extra complicerende factor is immers dat, door het naast elkaar bestaan van twee toepasselijke rechtstakken, beide beslissingen op elkaar dienen afgestemd te worden om ‘het belang van het kind’ niet in het gedrang te brengen. De voorgaande internationale privaatrechtelijke instrumenten maken abstractie van het gepleegde misdrijf. Een beslissing in het ‘voordeel’ van de ontvoerende ouder, welke een misdrijf pleegde, is dus mogelijk. De burgerlijke beslissing om het kind niet weg te halen bij de ontvoerende ouder staat met andere woorden de strafrechtelijke vervolging van deze laatste niet in de weg. Een juridisch-technisch bemoeilijkende factor bij deze afstemming zijn de huidige rechtsprincipes en concepten uit ons strafrecht. Hierop zal dieper worden ingegaan in het deel over internationale parentale ontvoering.

De casus wordt nog complexer wanneer ook de internationale component in kaart wordt gebracht. De strafprocedure kan immers, gezien het grensoverschrijdend voltooiën van het misdrijf, internationale samenwerking in strafzaken vereisen. Dit impliceert dat zelfs indien op nationaal niveau een goede afstemming bereikt is tussen het strafrecht en burgerlijk recht, deze beslissing alsnog doorkruist kan worden door instrumenten houdende internationale samenwerking in strafzaken. Ook deze complicerende factor zal verder uitgelegd worden in het deel over internationale parentale ontvoering.

⁸ Keller, H., Grover, L. (2012), General Comments of the Human Rights Committee and their legitimacy, in: H. Keller & G. Ulfstein (red.), UN human rights treaty bodies: law and legitimacy, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 127.

‘Het belang van het kind’ kan in de casus van internationale parentale ontvoering dus in een precare situatie terechtkomen. Er is idealiter sprake van voldoende afstemming en coherentie, gezien deze onmisbaar is voor een optimaal functioneren van de *European Child Friendly Justice*.

1.1.3 Relevantie van het onderzoek

Niettegenstaande de juridische en praktische problemen, die de werking van artikel 3 IVRK in het strafrecht met zich meebrengt, is er nood aan een afgestemd beleid dat ‘het belang van het kind’ ten volle waarborgt. Hoewel reeds onderzoek werd verricht naar de inconsistenties van het recht bij parentale ontvoering, kwam de specifieke wisselwerking tussen beide rechtstakken (burgerlijk recht en - internationaal - strafrecht) nog nooit aan bod.⁹ Dit hiaat doet vermoeden dat wellicht niet voorzien is in een doordacht nationaal en internationaal juridisch kader.

Dit onderzoek is probleem-analytisch van aard in die zin dat het de discrepantie tussen de bestaande toestand en de ideale werking van artikel 3 IVRK in de praktijk blootlegt. Doel is om de huidige problematiek onder de aandacht van de belanghebbenden, meer bepaald de actoren werkzaam in de strafrechtsketen, te brengen. Momenteel zorgt het gebrek aan onderzoek ervoor dat het mogelijk is dat deze actoren zich niet bewust zijn van het feit dat ‘het belang van het kind’ geschonden kan worden in de strafprocedure. Deze masterproef streeft een zuiver conceptueel-theoretisch kader na, waardoor de behandeling van internationale parentale ontvoeringen geoptimaliseerd kan worden. De theoretische invalshoek verhindert de praktische relevantie niet, ze zorgt daarentegen voor een robuuste basis ter onderbouwing van de praktijkgerichte aanbevelingen.

De relevantie van dit onderzoek wordt geduid aan de hand van drie invalshoeken.

Ten eerste situeert de relevantie zich voornamelijk op academisch niveau. Het hiaat aan kennis en onderzoek inzake de toepasbaarheid van artikel 3 IVRK in het strafrecht en de implicaties van deze werking kan omschreven worden als een *knowledge gap*.

Ten tweede is er de strafrechtelijke/penologische relevantie, welke het bevorderen van de geloofwaardigheid van het strafrecht betreft. Dit wordt nagestreefd aan de hand van het voorzien

⁹ Kruger, T. (2011). *International child abduction: the inadequacies of the law*. Bloomsbury Publishing; De Smet, B. (2005). *Jeugdbeschermingsrecht in kort bestek* (Vol. 5). Intersentia nv.; Beaumont, P. R., & McElevy, P. E. (1999). *The Hague Convention on international child abduction*. Oxford University Press

van doordachte en afgestemde reacties op complexe fenomenen zoals internationale parentale ontvoering. Door de huidige hervormingen van het strafrecht en de geplande hercodificatie van het Strafwetboek biedt deze relevantie extra opportuniteiten.¹⁰ Het onderzoek kan bijdragen aan een heroverweging van de instelling en/of behandeling van dit misdrijf. Hierbij aansluitend, meer strikt juridisch, is ook een relevantie te onderscheiden voor het VN-Kinderrechtencomité. Zij hebben immers nood aan kennis inzake de behandeling van zaken om optimaal te kunnen voldoen aan hun juridische rapportageverplichting.¹¹ Alleen met adequate kennis van zaken kan het VN-Kinderrechtencomité zijn rol naar behoren vervullen om te voorzien in de nodige beleidsevaluatie.

Tot slot heeft dit onderzoek een grote maatschappelijke en ethische relevantie. Het belang van de problematiek mag niet onderschat worden, gelet op de significante prevalentie van het fenomeen. Volgens cijfers van Child Focus worden jaarlijks immers een groot aantal kinderen door één van de ouders onrechtmatig overgebracht naar, of ongeoorloofd achtergehouden in, het buitenland. In 2016 ging dit over 352 dossiers.¹² In het pas gepubliceerde jaarverslag van 2017 is een stijging van het 10% in de effectieve ontvoeringen op te merken. De mediaberichtgeving benadrukte onmiddellijk de zorgwekkende stijging van het fenomeen en de prangende nood aan een betere aanpak werd uitdrukkelijk naar voor geschoven.¹³ Bovendien gaat ook heel wat media-aandacht naar het fenomeen, zoals blijkt uit het populaire programma ‘Ontvoerd’ op Vitaya. Een juridische adequate vertaling van het maatschappelijk aanvoelen dat iets moet gedaan worden aan het welzijn van deze ontvoerde kinderen ontbreekt echter vooralsnog.

1.2 Doelstelling

Dit onderzoek heeft tot doel een bijdrage te leveren aan het onderzoek naar de uitwerking en de toepassing van artikel 3 IVRK in het strafrecht. Meer bepaald wordt onderzocht in welke mate en op welke wijze artikel 3 IVRK een plaats verdient in, en zich verhoudt ten opzichte van, een strafprocedure met impact op het kind. De implicaties van de werking van dit artikel voor de diverse juridisch-technische concepten en principes worden besproken. Hierbij wordt de rol van de verschillende actoren op de strafrechtsketen - wetgever, Openbaar Ministerie, rechter - nationaal dan wel internationaal geanalyseerd.

¹⁰ Geens, K. (2016). De sprong naar het recht voor morgen, hercodificatie van de basiswetgeving.

¹¹ Kinderrechtencomité, (2017), “Kinderrechtencomité”, geraadpleegd op 2 november 2017, <https://www.kinderrechten.nl/professionals/kinderrechtencomite/>

¹² Child focus. *Jaarverslag 2016*. Brussel: Europees centrum voor vermiste en seksueel uitgebuite kinderen.

¹³ Child focus. *Jaarverslag 2017*. Brussel: Europees centrum voor vermiste en seksueel uitgebuite kinderen.

De concrete casus van internationale parentale ontvoering wordt gebruikt om de huidige praktische en juridische problemen, welke verhinderen dat er sprake is van een consistente uitkomst in ‘het belang van het kind’, te diagnosticeren en mogelijke oplossingen voor deze knelpunten voor te stellen. Dit gebeurt per echelon van de strafrechtsbedeling, op nationaal dan wel internationaal niveau. De analyse beperkt zich tot het wetgevend, vervolgend en straftoemetend echelon. De strafuitvoering wordt niet mee opgenomen.

De doelstelling wordt bereikt aan de hand van de casestudy van het fenomeen internationale parentale ontvoering. Binnen deze casestudy vindt een grondige analyse van de huidige relevante literatuur plaats, naar het voorbeeld van de methodologie van de systematic review. De huidige standpunten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het Hof van Cassatie, het VN-Kinderrechtencomité en de nationale rechtbanken over de positie van artikel 3 IVRK ten aanzien van het strafrecht worden onderzocht. De literatuurstudie wordt hiervoor aangevuld met een rechtspraakanalyse op artikel 3 IVRK en artikel 22bis, 4^e lid Grondwet.

Deze methoden zullen gebruikt worden in de eerste analyse, waar zal worden ingegaan op de maatstaf in ‘het belang van het kind’ omschreven in artikel 3 IVRK. De invulling van deze standaard, dan wel het gebrek eraan, wordt onderworpen aan een kritische analyse. Diverse standpunten worden geanalyseerd, met de invulling die het VN-Kinderrechtencomité vooropstelt in zijn Algemene Commentaar indachtig. Samenvattend wordt gereflecteerd over de wenselijkheid van de rechtstreekse werking van dit artikel met als doel te komen tot een tussentijds besluit.

De tweede analyse gaat in op de rol die de diverse actoren van de strafrechtsketen kunnen vervullen bij het waarborgen van artikel 3 IVRK in een strafprocedure. De betekenis van de werking van dit artikel voor de verschillende juridisch-technische concepten en principes wordt hierbij geanalyseerd om te komen tot mogelijke oplossingen. Ten eerste wordt de rol van de wetgever besproken, ten tweede deze van het Openbaar Ministerie en tot slot de rol van de strafrechter. Het is hierbij niet de bedoeling exhaustief alle betekenisvolle elementen diepgaand te onderzoeken. Het doel is te komen tot een volledig zuiver conceptueel-theoretisch *strafrechtskader*. Het voorzien in een integraal adequaat kader voor de behandeling van deze cases vereist daarentegen een grondige analyse van alle andere toepasselijke rechtstakken, waaronder internationaal privaatrecht. Dit valt buiten de scope van deze bijdrage.

1.3 Centrale onderzoeksvraag

De centrale onderzoeksvraag luidt:

Op welke manier verloopt de wisselwerking tussen het strafrecht en artikel 3 IVRK en welke ruimte biedt het huidige strafrecht voor de wetgever, het Openbaar Ministerie en de rechter om de implementatie van artikel 3 IVRK te verzekeren binnen het strafrecht?

1.4 Methodologie

Alvorens de wijze waarop het onderzoek verwezenlijkt werd toe te lichten, wordt aandacht besteed aan de manier waarop de centrale onderzoeksvraag uiteen valt in een aantal deelvragen. Deze zullen samen het antwoord op de centrale onderzoeksvraag genereren. De gekozen methodologie laat toe de noodzakelijke kennis te vergaren. Om haalbaarheid en kwaliteit na te streven werd een duidelijke afbakening gerespecteerd. Hierdoor kon niet elk aspect exhaustief besproken worden en is generalisatie van de onderzoeksresultaten dan ook niet mogelijk.

1.4.1 Deelvragen: twee analyses

In de eerste analyse wordt het eerste deel van de centrale onderzoeksvraag beantwoord, namelijk: “*Op welke manier verloopt de wisselwerking tussen het strafrecht en artikel 3 IVRK?*”. De eerste analyse zal dan ook leiden tot de beantwoording van onderstaande deelvraag:

Welke invulling krijgt ‘het belang van het kind’ en in hoeverre is dit een adequate maatstaf voor beslissingen – burgerrechtelijk dan wel strafrechtelijk?

- Wat zijn de positieve en negatieve aspecten van de invulling van artikel 3 IVRK?
- In hoeverre wordt de toepasbaarheid van artikel 3 IVRK reeds erkend in strafzaken waarin kinderen indirect betrokken zijn?

De tweede analyse zal op haar beurt leiden tot de beantwoording van het tweede deel van de centrale onderzoeksvraag, namelijk: “*Welke ruimte biedt het huidige strafrecht voor de wetgever, het Openbaar Ministerie en de rechter om de implementatie van artikel 3 IVRK te verzekeren binnen het strafrecht?*” In deze analyse zullen drie deelvragen, respectievelijk één voor elke relevante actor van de strafrechtsbedeling, beantwoord worden.

1. Welke ruimte biedt het huidig juridisch kader voor de strafwetgever – nationaal dan wel internationaal - om rekening te houden met ‘het belang van het kind’ bij het instellen van nieuwe strafbepalingen?

2. Welke ruimte biedt het huidig juridisch kader voor het Openbaar Ministerie om rekening te houden met ‘het belang van het kind’ bij het beslissen over de opportuniteit van de vervolging?
 - Welke rol speelt de legaliteit dan wel de opportuniteit van de vervolging hierin?
 - Wat zijn de implicaties van artikel 3 IVRK voor het adagium *le criminel tient le civil en état*?
 - Op welke wijze kan de beslissing die het Openbaar Ministerie nam in ‘het belang van het kind’, internationaal gehandhaafd blijven?

3. Welke ruimte biedt het huidig juridisch kader voor de strafrechter om rekening te houden met ‘het belang van het kind’ bij de straftoemeting?
 - Welke ruimte biedt het huidig juridisch kader om 3 IVRK te implementeren zonder te raken aan de strafdoelen?
 - Wat zijn de implicaties van de implementatie van artikel 3 IVRK voor het publieke dan wel private karakter van het strafrecht?
 - Welke implicaties heeft de implementatie van artikel 3 IVRK voor het gelijkheidsbeginsel?
 - In welke mate en op welke wijze beïnvloedt artikel 3 IVRK de keuze uit het straffenarsenaal?
 - Wat zijn ook hier de implicaties van artikel 3 IVRK voor het adagium *le criminel tient le civil en état*?

1.4.2 Koppeling onderzoeksvragen aan onderzoeksstrategie

De doelstelling van dit onderzoek wordt eerst en vooral bereikt door een grondige analyse van de huidige relevante literatuur, aan de hand van de methodologie van de systematic review. In deze masterproef worden geen onderzoeken vergeleken maar wel standpunten uit de literatuur en uitspraken van de verschillende belanghebbenden om zo tot een conclusie te komen. Het uiteindelijke doel is het bieden van een correct en gefundeerd antwoord op de onderzoeksvragen.¹⁴ Relevante wetenschappelijke literatuur werd verzameld in bibliotheken (faculteit Rechtsgeleerdheid, faculteit Psychologie, Bibliotheek Gent). Verder werden publicaties, met extra aandacht voor toonaangevende auteurs, gezocht in de online databanken Web of Science, Google Scholar en lib.UGent. Uiteraard werd ook relevante wetgeving

¹⁴ Montori, V. M., Swiontkowski, M. F., & Cook, D. J. (2003). Methodologic issues in systematic reviews and meta-analyses. *Clinical orthopaedics and related research*, 413, 43-54.

geraadpleegd. Nadat de selectie van de literatuur plaatsgevonden had, werd de analyse gemaakt. Hierbij werd het gewicht van de diverse bijdragen gewogen ten opzichte van elkaar.

Gezien de standpunten van diverse rechtsprekende actoren in vonnissen en arresten zullen geuit worden, wordt de literatuurstudie aangevuld met een rechtspraakanalyse op de huidige uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het Hof van Cassatie, het VN-Kinderrechtencomité en de nationale rechtbanken ten aanzien van de positie van artikel 3 Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind en artikel 22bis, 4^e lid Grondwet in het strafrecht. Dit laatste artikel is de Belgische vertaalslag en juridische verankering van de internationale verplichting die het IVRK vooropstelt.

De onderzoeksstrategieën van literatuurstudie en rechtspraakanalyse worden toegepast binnen de casestudy. De gekozen case is het misdrijf van de internationale parentale ontvoering. Deze casus is uitermate geschikt gezien ‘het belang van het kind’ hier in een preciaire situatie kan terechtkomen.

De literatuurstudie van de eerste analyse zal leiden tot het beantwoorden van het eerste onderdeel van de centrale onderzoeksvraag. De concretisering van ‘het belang van het kind’ wordt nagegaan, met oog voor meningsverschillen wat betreft de invulling van het begrip door verschillende rechtsprekende actoren. Er wordt ook nagegaan wat de pro’s en contra’s zijn voor de definiëring. Het antwoord op het tweede aspect van de deelvraag (de mate waarin het artikel reeds toegepast wordt op het strafrecht) wordt met behulp van de rechtspraakanalyse vervolledigd.

De overige deelvragen betreffen de diverse relevante actoren van de strafrechtsketen. Achtereenvolgens wordt de rol van de wetgever, het parket en de strafrechter geanalyseerd in hun verantwoordelijkheid bij het waarborgen van ‘het belang van het kind’. Deze tweede analyse betreft aldus een conceptuele denkoefening voor elke actor, waarbij wordt gefocust op de mate waarin de ruimte die het strafrecht laat, benut kan worden om de implementatie van artikel 3 IVRK te verzekeren. De fundamenten voor deze analyse worden uit de literatuur gehaald.

De onderzoeksresultaten zullen op dezelfde systematische wijze gerapporteerd worden in de masterproef. Dit verzekert de leesbaarheid en consistentie in het onderzoek. Het onderzoek inzake de huidige standpunten over de invulling ‘het belang van het kind’ en van de positie van artikel 3 IVRK in het strafrecht krijgen een plaats in de eerste analyse. De tweede analyse wordt onderverdeeld in drie hoofdstukken. Per hoofdstuk wordt één deelvraag, respectievelijk één actor

van de strafrechtsbedeling, besproken. De analyse wordt voor elke actor opgesplitst in een nationale en internationale component. De focus van het onderzoek ligt voornamelijk op de Belgische procedure en afhandeling in zaken van kinderontvoering. Er wordt evenwel rekening gehouden met de bredere context van de Europese Unie, waarbinnen vereisten tot strafbaarstellingen tot stand kunnen komen en ook waar ook internationale samenwerking in strafzaken kan plaatsvinden. Er wordt uiteindelijk afgesloten met een brede reflectie op de resultaten en substantiële aanbevelingen in de conclusie/discussie. Het samen lezen van alle hoofdstukken geeft dan een volledig antwoord op de centrale onderzoeksvraag.

Doel van deze probleem-analytische masterproef is, door middel van reflectie op bestaande bijdrages, te komen tot nieuwe inzichten. Het huidige materiaal (literatuur, documenten, vonnissen en arresten etc.) wordt bestudeerd vanuit een ander, vernieuwend perspectief met het oog op het leveren van een bijdrage tot het verkleinen van huidige *knowledge gaps* en praktische problemen.

De insteek van dit onderzoek is kwalitatief, wat impliceert dat gestreefd wordt naar een begrip in de diepte eerder dan in de breedte van de resultaten. Met de combinatie van beide onderzoeksmethoden, literatuurstudie en rechtspraakanalyse, wordt getracht volledigheid en betrouwbaarheid te bereiken. Door triangulatie van beide soorten data worden geldige resultaten nagestreefd.¹⁵ Enerzijds worden databronnen gebruikt, zoals vonnissen en arresten. Anderzijds wordt ook gebruik gemaakt van kennisbronnen zoals relevante bijdrages in de literatuur.

¹⁵Denzin, N. K. (1970). *Sociological methods: a sourcebook*. London: Butterworth.

2. Casestudy: internationale parentale ontvoering

Zoals eerder vermeld, vormt de casus van internationale parentale ontvoering een perfect voorbeeld van een situatie waarbij de wetgever voor de uitdaging staat ‘het belang van het kind’ ten volle te eerbiedigen. Er komen immers twee complicerende factoren om de hoek kijken. Bij deze dossiers is er allereerst sprake van een samenspel van verschillende rechtstakken. Ten tweede voltrekt het misdrijf zich vaak over de landsgrenzen heen waardoor er naast een nationale reactie ook nood is aan een internationaal optreden. ‘Het belang van het kind’ kan dus duidelijk gekneld komen te zitten. De twee bemoeilijkende factoren worden hieronder achtereenvolgens geduid.

2.1 Complexiteit van twee betrokken rechtstakken

Het misdrijf internationale parentale ontvoering geeft, zoals eerder vermeld, aanleiding tot twee naast elkaar bestaande procedures: enerzijds een burgerrechtelijke procedure voor het vastleggen en eerbiedigen van beslissingen inzake ouderlijk gezag en verblijf, anderzijds een strafrechtelijke voor het vastleggen en opvolgen van het misdrijf parentale ontvoering. Beide toepasselijke rechtstakken worden achtereenvolgens besproken.

In de loop der jaren zijn een aantal samenwerkingsinstrumenten van internationaal privaatrecht ontwikkeld om een adequate reactie op internationale parentale ontvoering te verzekeren. Deze hebben als doelstelling de terugkeer van het ontvoerde kind naar de achtergebleven benadeelde ouder te realiseren.¹⁶ Op die manier verzekeren de instrumenten dat Verdragsluitende Staten elkaars bestaande recht betreffende het gezag en het omgangsrecht daadwerkelijk eerbiedigen. België is partij bij deze instrumenten. Allereerst is er de *Overeenkomst van 25 oktober 1980 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, opgemaakt te 's Gravenhage*, hierna het Haags Verdrag, dat werd opgesteld op het niveau van de Verenigde Naties.¹⁷ Daarnaast is ook het *Europees Verdrag van 20 mei 1980 betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen* (het Verdrag van Luxemburg genaamd), van

¹⁶ De Smet, B. (2005). *Jeugdbeschermingsrecht in kort bestek* (Vol. 5). Intersentia nv.

¹⁷ Wet van 10 augustus 1998 houdende instemming met het verdrag betreffende de burgerlijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, opgemaakt te 's-Gravenhage op 25 oktober 1980, tot opheffing van de artikelen 2 en 3 van de wet van 1 augustus 1985 houdende de goedkeuring van het Europees Verdrag van Luxemburg betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen, opgemaakt te Luxemburg op 20 mei 1980, BS 24 april 1999.

toepassing.¹⁸ Dit werd opgesteld op het niveau van de Raad van Europa. Het Haags en het Luxemburgs Verdrag zijn de twee voornaamste multilaterale verdragen die geratificeerd werden door België. Later werden deze verdragen aangevuld met de *Verordening 2201/2003 van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid* (Brussel IIbis genaamd), tot stand gekomen op het niveau van de Europese Unie.¹⁹

De onderliggende gedachte van deze instrumenten is dat de vooropgestelde terugkeer van het kind artikel 3 IVRK eerbiedigt. ‘Het belang van het kind’ wordt zo op een algemene manier geïnterpreteerd: er wordt verondersteld dat een ontvoering nooit in ‘het belang van het kind’ plaatsvindt.²⁰ De doelstelling van de instrumenten komt zo tegemoet aan artikel 11 IVRK dat bepaalt dat de Staten die partij zijn maatregelen nemen ter bestrijding van de ongeoorloofde overbrenging van kinderen naar en het niet doen terugkeren van kinderen uit het buitenland. Daarnaast moeten deze instrumenten ook het sluiten van bilaterale of multilaterale overeenkomsten of het toetreden tot bestaande overeenkomsten bevorderen.²¹ Naast het tegemoetkomen aan deze verplichting ligt de ratio legis van de terugkeerprocedure van het ontvoerde kind in het waarborgen van het recht omschreven in artikel 9 IVRK. Dit bepaalt dat kinderen en ouders niet van elkaar mogen worden gescheiden, tenzij een scheiding in ‘het belang van het kind’ is en volgens de vastgestelde procedures gebeurt.²² Er wordt met andere woorden bepaald dat het recht omschreven in artikel 9 IVRK stopt, daar waar dit niet meer complementair is met artikel 3 IVRK en het de eerbiediging ervan net in het gedrang brengt. Hierdoor voorzien de samenwerkingsinstrumenten in een aantal weigeringsgronden voor de terugkeer van het kind. De burgerlijke rechter zal de gedwongen terugkeer van het kind dus slechts toestaan in zoverre ‘het belang van het kind’ daarmee niet geschonden wordt.²³ De beslissing over de terugkeer staat aldus centraal in de burgerlijke procedure.

¹⁸ Wet van 1 augustus 1985 houdende de goedkeuring van het Europees Verdrag van Luxemburg betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen, opgemaakt te Luxemburg op 20 mei 1980, BS 11 december 1985

¹⁹ Verordening 2201/2003/EG van 27 november 2003 van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening nr. 1347/2000/EG, P.B, L. 338, 23 december 2003.

²⁰ Outline Haags Kinderontvoeringsverdrag; art. 1 Haags Kinderontvoeringsverdrag; Pérez-Vera, E., *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, Den Haag, HecH, 1982, 18-19.

²¹ Internationaal verdrag 20 november 1989 inzake de rechten van het kind opgemaakt te New-York, B.S 17 januari 1992, artikel 11

²² Internationaal verdrag 20 november 1989 inzake de rechten van het kind opgemaakt te New-York, B.S 17 januari 1992, artikel 9

²³ De Smet, B. (2005). *Jeugdbeschermingsrecht in kort bestek* (Vol. 5). Intersentia nv; Kruger, T. (2011). *International child abduction: the inadequacies of the law*. Bloomsbury Publishing.

Daarnaast geeft de ontvoering ook aanleiding tot een strafprocedure. De Belgische situatie wordt kort geschetst gezien een Europese consensus over het fenomeen ontbreekt, waarover later meer. Parentale ontvoering staat omschreven in ons Belgisch Strafwetboek in artikel 432, onder Afdeling 5, “Niet-afgeven van kinderen”, van Hoofdstuk III “Aantasting van de persoon van minderjarigen, van onbekwamen en van het gezin”. Het wordt omschreven als het misdrijf dat erin bestaat de rechterlijke beslissing niet te respecteren die het recht op persoonlijk contact of het omgangsrecht van één van beide (wettelijke) ouders regelt. Het artikel spreekt over de vader of moeder die het minderjarige kind onttrekt of poogt te onttrekken aan de bewaring van de personen aan wie de bevoegde overheid het heeft toevertrouwd, die het niet afgeeft aan degenen die het recht hebben het op te eisen of die het, zelfs met zijn toestemming, ontvoert of doet ontvoeren. Dit misdrijf wordt overeenkomstig §1 van het artikel bestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot een jaar en met een geldboete van zesentwintig euro tot duizend euro. De internationale component vormt hierbij een verzwarende omstandigheid, te lezen in §2, waardoor de strafmaat wordt verhoogd tot een gevangenisstraf van een jaar tot vijf jaar en met geldboete van vijftig euro tot duizend euro, wanneer de dader het minderjarige kind onrechtmatig buiten het grondgebied van het Koninkrijk vasthoudt. Deze verzwarende omstandigheid geldt eveneens voor ontvoeringen langer dan vijf dagen.²⁴

In het verdere verloop van deze masterproef wordt de definitie uit het Strafwetboek gebruikt voor het begrip ‘internationale parentale ontvoering’. Belangrijk is dus dat enkel de vader en de moeder in aanmerking komen als potentiële plegers van het misdrijf. Het artikel handelt ook enkel over minderjarige kinderen, waardoor de leeftijdsgrens op 18 jaar komt te liggen. Ook het VN-Kinderrechtencomité hanteert deze leeftijdsgrens. Er werd bewust gekozen om de afbakening uit de instrumenten van privaatrecht niet over te nemen. Er bestaat geen consensus in deze laatste instrumenten inzake aspecten als leeftijd van het kind, potentiële ontvoerders en dergelijke meer. De keuze werd ook bewust gemaakt om de lijn van de strafrechtelijke benadering door te trekken in het volledige onderzoek.

Er werd reeds op gewezen dat de juridische probleemstelling verder gaat dan beide toepasselijke procedures afzonderlijk. Beide beslissingen moeten op elkaar worden afgestemd om ‘het belang van het kind’ niet in het gedrang te brengen. Enkel wanneer de samenlezing van beide beslissingen artikel 3 IVRK conform is, wordt ‘het belang van het kind’ adequaat gewaarborgd.

²⁴ Artikel 432, Belgisch Strafwetboek, 8 juni 1867

De burgerlijke rechter kan bijvoorbeeld oordelen dat ‘het belang van het kind’ geschonden zou worden wanneer het gedwongen zou terugkeren naar de benadeelde ouder. Het kind blijft dan in het buitenland bij de ontvoerende ouder. Deze beslissing neemt echter niet weg dat de strafrechter in de parallelle procedure de ontvoerende ouder toch kan vervolgen en veroordelen. Dit volgt uit de autonomie van de strafrechtelijke beslissing. Er geldt immers geen gezag van gewijsde van de burgerlijke rechter naar de strafrechter.²⁵ Een veroordeling kan evenwel de keuze om het kind bij de ontvoerende ouder te laten, ondergraven en zo de uitwerking van artikel 3 IVRK in beide procedures in het gedrang brengen. Het lijkt immers moeilijk te verantwoorden dat geoordeeld wordt dat het kind in zijn of haar belang bij de ontvoerende ouder blijft, maar deze laatste wel vervolgd en eventueel onderworpen wordt aan een gevangenisstraf.

De wetgever en andere actoren hebben de uitdagende taak om ‘het belang van het kind’ niet gekneld te laten zitten tussen de moeilijke verhouding van beide procedures.

Een juridisch-technisch bemoeilijkende factor hierbij is het klassieke adagium over de wisselwerking van het recht omschreven in artikel 4 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering: het strafrecht heeft voorrang op het burgerlijk recht, beter gekend als *le criminel tient le civil en état*.²⁶ Het volgen van dit adagium zou betekenen dat er eerst een beslissing moet worden genomen in de strafrechtelijke procedure ten aanzien van de ontvoerende ouder voordat in de burgerlijke procedure kan besloten worden of het kind al dan niet terugkeert.

Door het toepassen van dit adagium komen er diverse praktische en juridische problemen op de voorgrond. Gelet op de duurtijd van een gemiddelde strafprocedure, is het duidelijk niet opportuun om als uitgangspunt te nemen dat de burgerrechtelijke beslissing moet wachten. Deze onzekere periode staat immers haaks op het eerbiedigen van ‘het belang van het kind’. De vraag of artikel 3 IVRK vereist dat we het klassieke adagium verlaten of omdraaien dringt zich op. Dit laatste zou echter betekenen dat de strafrechter zich baseert op de burgerrechter waardoor deze laatste over de opportuniteit van de vervolging geoordeeld heeft. Dit is wellicht moeilijk te verteren voor het Openbaar Ministerie, gezien zij het monopolie hebben op de beslissing over de opportuniteit van de vervolging.²⁷ Er moet op zoek gegaan worden naar mogelijke oplossingen voor deze moeilijke situatie. Een doordachte analyse van het gebruik van bepaalde rechtsfiguren/rechtsprincipes is hierbij wenselijk.

²⁵ Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2006). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*. Antwerpen: Maklu.

²⁶ Artikel 4 Voorafgaande Titel, Belgisch Wetboek van Strafvordering, 17 november 1808

²⁷ Artikel 1 en 3 Voorafgaande Titel, Belgisch Wetboek van Strafvordering, 17 november 1808; Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2006). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*. Antwerpen: Maklu

2.2 Complexiteit van twee betrokken landen

De tweede complicerende factor, naast de twee toepasselijke rechtstakken, is de internationale component. Zoals hierboven aangegeven, zijn er heel wat instrumenten van internationaal privaatrecht ontwikkeld. Gezien het misdrijf zich voltooit over de landsgrenzen heen is een internationale reactie immers vereist. Ook in het domein van het strafrecht kan internationaal opgetreden worden. De procedure die erop gericht is de ontvoerende ouder te straffen, kan een puur nationale aangelegenheid zijn - wanneer de vervolging gebeurt door het land waar de ontvoerende ouder zich bevindt zonder hulp van een ander land - maar kan ook internationale samenwerking in strafzaken vereisen.

Het land van de benadeelde ouder kan een verzoek tot rechtshulp richten aan het land waar de ontvoerende ouder zich, samen met het kind, bevindt. Op het niveau van de Raad van Europa kan er een verzoek tot uitlevering komen tussen de lidstaten. Op het niveau van De Europese Unie kan een Europees Aanhoudingsbevel uitgevaardigd worden.²⁸ Wanneer het land van de ontvoerende ouder beslist heeft af te zien van de vervolging, om 'het belang van het kind' niet te ondergraven, kan deze beslissing dus alsnog doorkruist worden. Wanneer het land van de benadeelde ouder zich niet kan vinden in deze beslissing kan deze immers beslissen tot een verzoek tot uitlevering of overlevering.

Juridische basis hiervoor kan gevonden worden in de principes van territorialiteit of extraterritorialiteit. In het eerste geval kan een land zich bevoegd verklaren wanneer de uitvoering van het misdrijf op zijn territorium begonnen is. Deze techniek is echter niet bruikbaar wanneer een ouder op een rechtmatige manier de grens overstak met het kind, bijvoorbeeld wanneer hij/zij het bezoekrecht uitoefende. Op basis van extraterritoriale jurisdictie zijn er twee mogelijkheden om het misdrijf op eigen territorium te lokaliseren. Ten eerste op grond van passieve personaliteit wanneer het kind, hier slachtoffer van de ontvoering, de nationaliteit van het land van de benadeelde ouder heeft. Ten tweede kan ook de techniek van de actieve personaliteit gebruikt worden wanneer de ontvoerende ouder, hier de dader van het misdrijf, de nationaliteit van het land die het verzoek uitvaardigt heeft.²⁹

²⁸ Verbruggen, F., (2004), Aspecten van internationalisering van het strafrecht. In Van Daele, D., Verstraeten, R., Verbruggen, F., & Spriet, B (Eds.), *Straf(proces)recht*. Brugge: Die Keure.

²⁹ Vander Beken, T. (1999). *Forumkeuze in het internationaal strafrecht : verdeling van misdrijven met aanknopingspunten in meerdere staten*. Antwerpen: Maklu

Er is momenteel in de samenwerkingsinstrumenten geen enkele weigeringsgrond terug te vinden die verwijst naar een burgerrechtelijke beslissing genomen in ‘het belang van het kind’. Dit betekent dat het niet mogelijk is verzoeken tot uit- of overlevering te weigeren wanneer deze een totale ondergraving van de parallel genomen burgerlijke beslissingen, en daarmee ook van ‘het belang van het kind’, zou betekenen. Een analyse van de bruikbaarheid van de bestaande weigeringsgronden dringt zich op, evenals het opstellen van aanbevelingen tot het instellen van een transparante en duidelijke weigeringsgrond. Deze problematiek zal verderop in de masterproef uitgebreider beschreven worden.

Deze casus heeft op expliciete wijze de problematiek blootgelegd. Het mag duidelijk zijn dat het bereiken van een nationaal evenwicht nog toekomstmuziek is. Daarenboven kan door toepassing van instrumenten van internationaal strafrecht een eventuele coherentie tussen de burgerlijke en strafrechtelijke beslissing op nationaal niveau alsnog internationaal doorkruist worden. Het reeds kwetsbare en uitzonderlijke nationale evenwicht wordt zo nog meer aan het wankelen gebracht.

2.3 Belang van het kind raakt gekneld

Op het moment van schrijven zijn net de resultaten van het tweejarig Europees onderzoek, onder leiding van het Centrum Internationale Kinderontvoering, eWELL gepubliceerd. Dit acroniem staat voor *ensuring the well-being of children in judicial cooperation in cases of international child abduction*. De titel van het persbericht luidt als volgt: “*Kinderen dubbel slachtoffer bij kinderonvoering: te weinig communicatie en betrokkenheid*”. Het rapport toont aan dat op EU-schaal jaarlijks duizenden kinderen het slachtoffer worden van een internationale kinderonvoering. De belangrijkste conclusie van dit onderzoek luidt dat de betrokken kinderen onvoldoende gehoord worden door de juridische autoriteiten. Kinderen worden, in zaken die hen significant aangaan, systematisch te weinig betrokken. Daarnaast verdient de opmerkelijke vaststelling dat alle kinderen, ongeacht hun omstandigheden of woonplaats, idealiter contact willen houden met de beide ouders bijzondere aandacht. Verder is het welzijn van de kinderen afhankelijk van volgende relevante factoren: het feit of de kinderen al dan niet terugkeren naar de oorspronkelijke verblijfplaats, een mogelijke arrestatie van de ontvoerende ouder en de mogelijkheid tot het verkrijgen van specifieke psychologische hulp.³⁰ Het feit dat een mogelijke arrestatie van de ontvoerende ouder terug te vinden is in de lijst, bewijst nogmaals dat het ook

³⁰ Centrum Internationale Kinderontvoering (2017), Bouncing Back: Ensuring the Well-being of children in judicial cooperation in cases of international child abduction, funded by the European Union, geraadpleegd op 3 februari 2018, <http://missingchildreneurope.eu/mediator/researchreport/categoryid/2>

vanuit ontwikkelingspsychologisch en ethisch standpunt noodzakelijk is voldoende kritisch te kijken naar de strafprocedure. ‘Het belang van het kind’ moet niet alleen in de burgerrechtelijke procedure maar ook in de strafrechtelijke een plaats krijgen als invloedrijke factor.

Een doordacht juridisch kader is een eerste stap richting een optimaal waarborgen van het welzijn van de kinderen. Het secundaire slachtofferschap waar de studie naar verwijst, moet te allen tijde vermeden worden. De resultaten van dit onderzoek nodigen uit tot een betere interpretatie van ‘het belang van het kind’.

2.4 Paradox dynamisch fenomeen versus rigide wetgevend kader

Na deze theoretische bespreking, geconfronteerd met de empirische resultaten van het eWELL onderzoek, hoeft het geen verder betoog dat de wetgever in deze case duidelijk voor de grote uitdaging staat ‘het belang van het kind’ te vrijwaren in de complexiteit van de procedures. Hij dient zijn verantwoordelijkheid op te nemen als vertegenwoordiger van het algemeen belang.

Het is essentieel om voor ogen te houden dat het wetgevend kader een antwoord dient te bieden op een amalgaam aan diverse situaties die het fenomeen van kinderontvoering omvat. De omstandige fenomenologische literatuur toont aan dat parentale ontvoeringen plaatsvinden in zeer diverse, onderling incommensurabele contexten. Een korte studie van het fenomeen ontkracht al gauw enkele mythes en intuïtief veronderstelde feiten over parentale ontvoeringen. Zo blijkt uit cijfers dat niet de vader, zoals vaak verkeerd wordt verondersteld, maar de moeder proportioneel meer als ontvoerende ouder naar voor komt.³¹ Statistieken van Child Focus tonen namelijk aan dat in 2016 de moeder in maar liefst 69% van de cases de ontvoerende ouder was. Onderzoek toont ook consistent aan dat het merendeel van de zaken intra-EU plaatsvindt en dus niet naar de vermeende landen zoals Marokko, Turkije, etc. Deze tendens werd ook bevestigd in de jaarverslagen van Child Focus, zo is in het verslag van 2016 te lezen dat 57% van de ontvoeringen intra-Europees plaatsvindt. Frankrijk en Spanje staan hoger in de lijst dan Marokko en Turkije. Daarenboven is het belangrijk bewust te zijn van het feit dat ontvoerde kinderen vaak heel jong zijn. In twee derden van alle ontvoeringen is het kind zes jaar of jonger.³²

³¹ Beaumont, P. R., & McEleavy, P. E. (1999). *The Hague Convention on international child abduction*. Oxford University Press.

³² Child focus. *Jaarverslag 2016*. Brussel: Europees centrum voor vermiste en seksueel uitgebuite kinderen.

Om de verscheidenheid in situaties te illustreren worden kort twee fictieve casussen beschreven. Deze twee casussen tonen op een sprekende manier de ambiguïteit in de zaken van internationale kinderontvoeringen.

Casus A:

Sofie en haar Poolse vriend Iwan traden in het huwelijksbootje in 2006. In 2008 wordt hun dochtertje Lisa geboren. Helaas komt 5 jaar later een einde aan hun huwelijk. De rechtbank heeft beslist tot verblijfsco-ouderschap, waardoor Lisa afwisselend bij mama en papa verblijft. De problemen tussen beide ex-partners stapelen zich echter op. Telkens wanneer Lisa terugkomt van haar verblijf bij papa merkt mama Sofie op dat het meisje teruggetrokken en ongelukkig is door de problemen bij papa. Bovendien zijn sterke aanwijzingen aanwezig van fysiek grensoverschrijdend gedrag en verbale agressie. Communicatie met Iwan is niet mogelijk, gezien deze enkel in de tegenaanval gaat. Op een dag brengt Iwan Lisa niet terug. Mama Sofie komt snel te weten dat Iwan hun dochtertje meegenomen heeft naar zijn thuisland, Polen, om er een nieuw leven te beginnen met zijn nieuwe partner. De bezorgdheid overvalt Sofie, ze is er het hart van in en stelt alles in het werk om haar dochtertje terug naar België te brengen.

Deze casus vormt het stereotype, gemediatiseerde beeld van de parentale ontvoeringen waar een dominante en als gevaarlijk gepercipieerde ouder, meestal de vader, het kind meeneemt over de landsgrens en de achtergebleven moeder verdwaasd en gekwetst achterblijft.

Casus B:

Thomas en Karen vormen een pril koppel. Na de eerste date besluit Thomas geen moment meer van Karens zijde te wijken. Ze besluiten snel te gaan samenwonen en hun eigen nest te bouwen. Kort na het samenwonen blijken de problemen zich op te stapelen. Thomas is buitensporig jaloers en dominant in de relatie. Voor ze het zelf goed beseft leeft Karen volledig geïsoleerd van vrienden en familie. De zwangerschap komt ongepland, maar gewenst voor Karen. Karen droomde altijd van een warm gezin en wordt een echte moederkloek genoemd. Tijdens de zwangerschap is het koppel echter uit elkaar gegroeid en Thomas zoekt steeds vaker zijn toevlucht in middelengebruik, wat vaak uitmondt in fysiek geweld naar zijn partner. Het verloop van het familiaal geweld escaleert en na een ernstig gewelddadig voorval besluit Karen zichzelf en haar zoontje in veiligheid te brengen. Ze vlucht naar haar Spaanse tante in Madrid. Kasper leert de Spaanse taal, voelt er zich goed in zijn vel en start de kleuterschool in Spanje.

Casus B toont een genuanceerder en, zoals supra aangetoond, tegelijk realistisch beeld van kinderontvoering, gezien de moeder de ontvoerende ouder is. Waar casus A bij de lezer hoogstwaarschijnlijk morele verontwaardiging opwekt en geoordeeld wordt dat alles in het werk moet worden gesteld om het kind terug naar zijn veilige thuis te brengen, zal een verschillend oordeel tot stand komen bij casus B. In deze laatste casus wordt intuïtief aangevoeld dat het kind idealiter opgroeit in de veilige, warme omgeving waar het gehecht is, bij de moeder in Spanje.

Aansluitend bij het oordeel over de terugkeer van het kind wordt eveneens een mening gevormd over de strafrechtelijke beslissing. In casus A past een strafvervolgning van de vader volledig in de redenering, aldus de publieke opinie. De vader wordt immers als gevaarlijk gepercipieerd. Maar wat zal er gebeuren met het kind als de moeder in casus B vervolgd wordt? Stof tot nadenken. Bovenal maakt dit duidelijk dat het ontwikkelen van een juridisch kader, passend bij uiteenlopende situaties, allerm minst eenvoudig is.

De achterliggende filosofie van de instrumenten van (internationaal) privaatrecht doet vermoeden dat deze ontwikkeld zijn met de eerder vermelde veronderstellingen indachtig. Deze feiten bleken echter, na grondige analyse van het fenomeen, eerder fabels. De vooropgestelde terugkeer van het kind volgt uit de redenering in zaken gelijkaardig met casus A. Ten tijde van de opstelling van het Haags Verdrag werd verondersteld dat de vaders, vaak uit frustratie van hun benadeelde positie bij het verblijfsrecht, het kind ontvoerden. Met een terugkeer zou het kind niet alleen terugkeren naar de vertrouwde omgeving, maar ook naar de belangrijkste verzorgingsfiguur, *in casu* de moeder. De realiteit toont zich echter veel complexer.³³ De juridische actoren staan dan ook voor de uitdaging een juiste balans te vinden in het garanderen van de terugkeer van het kind en het maken van een grondig assessment van ‘het belang van het kind’ ter legitimatie van weigering tot terugkeer.

Het is belangrijk bewust te zijn van de mogelijks achterhaalde uitgangspunten van de instrumenten van internationaal privaatrecht. De veronderstellingen waarmee de ratio legis van de verdragen tot stand kwam, stemmen niet overeen met de realiteit. Ongeacht de achterliggende denkwijze, tonen deze cases op een flagrante wijze aan dat de notie ‘het belang van het kind’ uitermate van belang is. Het is immers deze notie die moet toelaten om met eenzelfde juridisch kader, ondanks de fundamentele case-to-case verschillen, te komen tot adequate en afgestemde beslissingen.

³³ McEleavy, P. (2015). The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?. *Netherlands International Law Review*, 62(3), 365-405.

3. De - problematische - positie van artikel 3 IVRK ten aanzien van het strafrecht

De eerste analyse van dit onderzoek zal leiden tot de beantwoording van de eerste deelvraag: *“Welke invulling krijgt ‘het belang van het kind’ en in hoeverre is dit een adequate maatstaf voor beslissingen – burgerrechtelijk dan wel strafrechtelijk?”* Aan de hand van een literatuuronderzoek en een rechtspraakanalyse op artikel 3 IVRK (en de nationale spiegelbepaling) zullen respectievelijk de twee onderdelen van deze deelvraag beantwoord worden. Daarna wordt voorzien in een tussenbesluit over een adequate positionering van artikel 3 IVRK ten opzichte van het strafrecht.

3.1 ‘Het belang van het kind’ als eerste overweging

Zoals reeds gezegd vereist het Internationaal Verdrag van de Rechten van het Kind in zijn artikel 3 dat ‘het belang van het kind’ een eerste overweging vormt bij alle beslissingen die kinderen aangaan. Het IVRK geeft dus, in tegenstelling tot het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, een expliciete plaats aan de notie ‘het belang van het kind’. Krachtens artikel 3.2 IVRK verbinden de Staten die partij zijn bij het Verdrag zich ertoe het kind de bescherming en de zorg te verzekeren die nodig zijn voor zijn welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk zijn voor het kind. De Staten nemen hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen.³⁴

In navolging van het IVRK heeft de Belgische wetgever de notie ‘het belang van het kind’ prominenter aanwezig willen maken. Om dit te verwezenlijken werd ‘het belang van het kind’ ingeschreven in de Grondwet.³⁵ Het huidige artikel 22bis, vierde lid Gw. bepaalt dat ‘het belang van het kind’ de eerste overweging is bij elke beslissing die het kind aangaat en vormt daarmee de Belgische vertaalslag en juridische verankering van de internationale verplichting die het IVRK vooropstelt. Artikel 3 IVRK en artikel 22bis, vierde lid Gw. zijn dus spiegelbepalingen.

Dit hoofdstuk focust op de interpretatiewijzen waarmee de notie ‘het belang van het kind’ concrete invulling krijgt. Daarbij wordt de vraag gesteld in welke mate het begrip een adequate

³⁴ Internationaal verdrag 20 november 1989 inzake de rechten van het kind opgemaakt te New-York, B.S 17 januari 1992.

³⁵ Herbots, K., & Put, J. (2010). De grondwettelijke verankering van kinderrechten. *Tijdschrift voor Jeugdrecht en Kinderrechten*, 11(1), 9-19.

maatstaf vormt voor strafrechtelijke beslissingen. Ter onderbouwing van deze analyse worden de huidige rechtsleer en rechtspraak onderzocht op de mate waarin deze reeds positie geven aan artikel 3 IVRK in het strafrecht. Deze bespreking heeft niet het doel exhaustief en allesomvattend te zijn. Er wordt dan ook geen onvoorwaardelijke generalisatie geclaimd. Er worden enkele relevante arresten besproken en de bespreking blijft beperkt tot artikel 3 IVRK, zonder in te gaan op samenhangende bepalingen uit het Verdrag. Vooraleer over te gaan tot deze bespreking wordt eerst verduidelijkt welke zaken precies gevisieerd worden in deze analyse.

3.1.1 Afbakening: zaken waarbij kinderen op indirecte wijze betrokken zijn

Bij de interpretatie van de positie van artikel 3 IVRK in het strafrecht is er sprake van een drietrapsredenering. Op het eerste niveau wordt artikel 3 IVRK toegepast op zaken waar het kind rechtstreeks betrokkene is in het strafproces in de hoedanigheid van slachtoffer, verdachte of getuige. Op dit niveau is consensus bereikt over de noodzakelijke toepassing van ‘het belang van het kind’. Op de tweede trap staan de procedures waarbij het kind indirect betrokken is maar waarvan de beslissing zeker impact zal hebben op het kind. Dit vormt precies de focus van dit onderzoek. In de case van parentale ontvoering is het kind duidelijk een actor in de totstandkoming van het misdrijf. Op de derde trap bevinden zich alle strafprocedures, ongeacht de betrokkenheid van kinderen. Momenteel is hierover doctoraatsonderzoek lopende door Heleen Lauwereys aan de UGent.³⁶ Dit valt niet binnen de scope van dit onderzoek.

‘Strafrecht’ wordt in deze masterproef dus afgebakend tot het geheel van rechtsregels waardoor bepaalde gedragingen, waarbij kinderen indirect betrokken zijn, strafbaar worden gesteld en gesanctioneerd worden. De analyse wordt echter niet strikt beperkt tot de strafprocedure gezien ook de activiteit van de wetgever betrokken wordt, welke het strafproces voorafgaat.

3.1.2 ‘Het belang van het kind’, what’s in a name?

Voor de adoptie van het Kinderrechtenverdrag ontbrak het de Belgische wetgever aan enig interpretatiekader voor de invulling van de notie. Vandaag wordt het IVRK in zijn geheel beschouwd als de houvast bij het concretiseren van ‘het belang van het kind’. De overige

³⁶ Universiteit Gent, Faculteit Recht en Criminologie, Lijst Doctorale proefschriften in voorbereiding, geraadpleegd op 15 maart 2018, van <https://www.ugent.be/re/nl/onderzoek/scripties-en-doctoraten>

bepalingen worden daarbij als richtinggevend beschouwd gezien deze concretiseren wat in, dan wel tegen, ‘het belang van het kind’ werkt.³⁷

Artikel 3 IVRK plaatst het kind in het middelpunt van de aandacht en legt elke rechter de verplichting op te overwegen wat de – positieve dan wel negatieve – impact van de te nemen beslissing zal zijn op het kind. Door de werking van artikel 3 IVRK evolueert het kind van een passief rechtsobject, het onderwerp van maatregelen van bescherming, naar een actief rechtssubject, een speler in het eigen bestaan. Het kind wordt nu gezien als een actor wiens opvattingen invloed hebben.³⁸ Vanuit een individualistische benadering van het recht gaat ‘het belang van het kind’ de concurrentie aan met de belangen van anderen, zoals die van de ouders. Deze afweging van concurrerende belangen moet op een weloverwogen en delicate manier gebeuren, waarbij de impact van de diverse beslissingalternatieven wordt nagegaan.³⁹

Oorspronkelijk heerste er discussie omtrent de verwoording van de bepaling. De vraag werd gesteld of ‘het belang van het kind’ *een* of *de* belangrijk(st)e overweging vormde bij beslissingen aangaande kinderen. De bewoording ‘de belangrijkste overweging’ impliceert dat het belang een groter gewicht krijgt dan dat van anderen. Deze interpretatiewijze werd afgewezen, waardoor aan de notie enkel een passend gewicht moet worden toegekend.⁴⁰

3.1.2.1 General Comment nr. 14 VN-Committee on the Rights of the Child

Het VN-Kinderrechtencomité publiceerde op 29 mei 2013 hun General Comment nr. 14. In deze Algemene Commentaar werd artikel 3.1 IVRK voorzien van de nodige concretisering en invulling. Doel was de interpretatie en toepassing van de verdragsbepaling te versterken.⁴¹

Het VN-Kinderrechtencomité voorziet de bepaling, aan de hand van rechtspraak en verduidelijkende commentaren, van een steeds concretere invulling. Allereerst benadrukt het Comité de noodzaak van een beoordeling van de notie in concreto. Een beoordeling op individuele basis vormt steeds het startpunt voor de definiëring van ‘het belang van het kind’.

³⁷ Verhellen, E. (2000). *Verdrag inzake de rechten van het kind: achtergronden, motieven, strategieën, hoofdlijnen*. Garant.

³⁸ Zermatten, J. (2010). The best interests of the child principle: Literal analysis and function. *The International Journal of Children's Rights*, 18(4), 483-499.

³⁹ Reynaert, D. (2007). Het belang van het kind: zoektocht naar de lading voor een vlag. *Tijdschrift voor Jeugdrecht en Kinderrechten*, 8(4), 203-205.

⁴⁰ Reneman, A. M. (2011). Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden: over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlandse vreemdelingenrecht. *Asiel & Migrantenrecht*, 2011, 14.

⁴¹ Kinderrechtencommissariaat (2013), VN-Kinderrechtencomité verduidelijkt ‘belang van het kind’, geraadpleegd op 16 februari 2018, van <https://www.kinderrechtencommissariaat.be/actueel/vn-kinderrechtencomité-verduidelijkt-‘belang-van-het-kind’>

De Algemene Commentaar bevat geen eenduidige definitie maar beperkt zich tot richtinggevende aanknopingspunten. De Algemene Commentaar stelt dat ‘het belang van het kind’ *“een recht, een beginsel en een procedureregels op basis van een beoordeling van alle elementen van de belangen van een kind of een kind in een specifieke situatie”*. Bij de invulling van de notie moeten twee stappen gevolgd worden. In stap één moeten, binnen de specifieke feitelijke context van de zaak, alle relevante elementen achterhaald worden voor de beoordeling. Deze moeten concreet inhoud gegeven worden en gewogen worden ten opzichte van elkaar. In de tweede stap moet een procedure gevolgd worden die wettelijke garanties biedt en moet het recht juist toegepast worden.⁴²

De uiteindelijke beslissing is het resultaat van een grondige evaluatie van de diverse relevante elementen die onderling in balans gebracht zijn. Om te komen tot die evenwichtige beslissing voorziet het VN-Kinderrechtencomité een niet-limitatieve en niet-hiërarchische lijst van elementen waarmee rekening kan worden gehouden. Gezien de niet-limitatieve aard kunnen ook andere elementen overwogen worden die relevant zijn voor het specifieke kind. De elementen expliciet vermeld in de commentaar bieden houvast maar laten de nodige flexibiliteit toe. Concreet gaat het over volgende zeven aspecten: de opvattingen van het kind, de identiteit van het kind, het behouden van de gezinsomgeving en de relaties, zorg/bescherming en veiligheid van het kind, situaties van kwetsbaarheid, het recht van het kind op gezondheid en tot slot het recht van het kind op onderwijs. Deze wijze van concretiseren is ook consistent met het comprehensief karakter van het Kinderrechtenverdrag, dat inhoudt dat de bepalingen in onderlinge samenhang dienen gelezen te worden en de artikels niet in hiërarchische volgorde worden kunnen worden geordend. Artikel 3 is aldus afhankelijk van de overige bepalingen van het IVRK, die ‘het belang’ een tastbare invulling geven.

3.1.2.2 Pro's en contra's voor de vage definiëring

Het begrip ‘het belang van het kind’ wordt meer dan eens het label ‘ondefinieerbaar’ gegeven.⁴³ Omdat precieze en algemeen aanvaarde criteria ontbreken is de concrete uitwerking van de notie sterk afhankelijk van interpretatie. De rechter beschikt hierbij over ruime appreciatie- en beoordelingsbevoegdheid, waardoor een eenduidige visie en invulling doorheen de verschillende rechtsmateries ontbreekt. De concrete invulling wordt immers onvermijdelijk in zekere mate

⁴² UN Committee on the Rights of the Child (CRC) (2013). *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, UN Doc. CRC/C/GC/14.

⁴³ De Kezel, E. (1999). Het begrip het belang van het kind. *Rechtkundig Weekblad*, 1163–1167.

beïnvloed door persoonlijke waarden, morele normen en opvattingen. Het belang kan zo gereduceerd worden tot het belang zoals elkeen het ziet.⁴⁴ Daarnaast zal ook de context invloed uitoefenen: de invulling is sterk onderhevig aan het dominante mens- en maatschappijbeeld en de huidige tijdsgeest. De betekenis van ‘het belang’ zal, naargelang het kader in tijd en ruimte, een andere invulling krijgen gezien het beïnvloed wordt door maatschappelijke evolutie. Bovendien is ‘het belang van het kind’ een dynamisch relationeel begrip daar het, volgens de relaties waarbinnen het gesitueerd is, een andere uitwerking zal krijgen.⁴⁵ Samengevat kan gesteld worden dat de concretisering van ‘het belang van het kind’ een grote subjectiviteit en intersubjectiviteit bevat.⁴⁶

Bewust zijn van de subjectieve lading van deze standaard lijkt een noodzakelijke eerste stap richting een goed begrip ervan. Vanuit een constructivistische invalshoek wordt sceptisch gekeken naar een uniforme, wetenschappelijk onderbouwde, invulling van ‘het belang van het kind’. Deze visie stelt dat ‘het belang van het kind’ moet worden behartigd via een rechterlijke beoordeling in concreto om fundamentele redenen.

Het ontbreken van precieze criteria biedt enkele praktische voordelen. De vaagheid van de standaard biedt ruimte aan geïndividualiseerde rechtspraak. Op deze manier laat hij een evoluerende en soepele invulling toe waardoor een concrete afweging kan gemaakt worden, afgestemd op het kind in kwestie. Deze afweging van wat nu precies in ‘het belang van het kind’ is moet doordacht gebeuren, aangezien ze vaak plaatsvindt in een complex kader van dynamische relaties binnen een ontwricht gezin en er niet zelden sprake zal zijn van verschillende, tegenstrijdige, meningen tussen de ontvoerende en de benadeelde ouder. De eigenlijke invulling van het begrip ‘het belang van het kind’ gebeurt bijgevolg niet in abstracto maar wel in concreto, op basis van de specifieke gegevens voorhanden in een case. Het begrip wordt gezien als een zo goed als onbeschreven blad, een blanco-norm, die via rechterlijke toetsing wordt geconcretiseerd. ‘Het belang van het kind’ is aldus een subjectief criterium, afhankelijk van de appreciatie van de rechter.⁴⁷

⁴⁴ Verstraete, L., (1974). Het belang van het kind als beleidsnorm voor de rechter. *Jura Falconis*, 11 (2), 183-190

⁴⁵ Funderburk, C. (2013). Best Interest of the Child Should Not Be an Ambiguous Term. *Child. Legal Rts. J.*, 33, 229.; Reynaert, D. (2007). Het belang van het kind: zoektocht naar de lading voor een vlag. *Tijdschrift voor Jeugdrecht en Kinderrechten*, 8(4), 203–205.

⁴⁶ Goossens, R. Het belang van het kind: onderzoek naar het gebruik van het argument 'het is in het belang van het kind' in jeugdbeschermingszaken, Wordpress, geraadpleegd op 20 maart 2018, <http://www.riangoossens.nl/wordpress/wp-content/uploads/2010/02/Het-belang-van-het-kind-2008-09-042.pdf>.

⁴⁷ Wayne, R. H. (2008). The Best Interests of the Child: A Silent Standard—Will You Know It When You Hear It?. *Journal of Public Child Welfare*, 2(1), 33-49.

Hierbij is het ook belangrijk duidelijk te stellen wie de actoren zijn van wie geldige argumenten worden aangenomen. Gaat dit over de rechter of de ouders, als vechtende partijen in het proces? Al te vaak wordt het kind als belangrijkste invuller van zijn eigen belang vergeten.

Niet iedereen is echter even overtuigd van de voordelen van deze vage definiëring. Tegenstanders hiervan ervaren de invloed van zowel persoonlijke als contextgebonden factoren als bedreigend. De afhankelijkheid van deze externe en wijzigende factoren zouden van de notie ‘het belang van het kind’ een juridisch ontoereikende maatstaf maken. De individualisatie van de jurisprudentie wordt als problematisch gezien vanuit juridisch-technisch standpunt aangezien ze enkele basisprincipes zoals gelijkheid en voorspelbaarheid van het recht in het gedrang brengt.

Het is belangrijk om te zien dat een notie zonder algemeen aanvaarde criteria de mogelijkheden tot beroep drastisch beperkt. Er is weinig houvast bij miskennis, wat het onmogelijk maakt te voorspellen wat de uitkomst zal zijn van een eventuele behandeling in tweede aanleg. De rechtszekerheid verdwijnt hier naar de achtergrond.

Het staat buiten discussie dat de notie ‘het belang van het kind’ zeer vaag is waardoor een aanzienlijke verantwoordelijkheid bij de rechter gelegd wordt om deze te concretiseren. Er kan worden gevreesd dat een zogenaamd *gouvernement des juges* zal tot stand komen, waarbij het belang niet zal verschillen van case tot case, maar eerder van rechter tot rechter.⁴⁸ Het is nog maar de vraag of de ingesteldheid en de individuele mening van een magistraat de doorslaggevende factor mag zijn in een beslissing. Cruciaal hierbij is goed voor ogen te houden dat de rechter een jurist is, geen ontwikkelingspsycholoog of socioloog.⁴⁹ Dit plaatst belangrijke vraagtekens bij zijn positie als doorslaggevende actor.

3.1.2.3 Kritische analyse: noodzakelijke houvast met ruimte voor individualisatie

Ik sluit mij aan bij het standpunt dat de subjectieve invulling niet noodzakelijk negatief gepercipieerd hoeft te worden, op voorwaarde dat de invuller de onderliggende waarden en normen bij zichzelf onderkent en expliciteert bij de toepassing van de standaard.⁵⁰ Wanneer aan deze voorwaarde voldaan is, wegen de mogelijke valkuilen niet op tegen de onmiskenbare voordelen.

⁴⁸ Verschelden, G. (2013). Het belang van het kind in het komende afstammingsrecht: considerans voor de wetgever, niet voor de rechter, *Tijdschrift voor Familierecht* (98) 99.

⁴⁹ Elster, J. (1989). *Solomonic judgements: Studies in the limitation of rationality*. Cambridge University Press., 123-174.; De Kezel, E. (1999). Het begrip het belang van het kind. *Rechtkundig Weekblad*, 1163–1167.

⁵⁰ Verstraete, L., (1974). Het belang van het kind als beleidsnorm voor de rechter. *Jura Falconis*, 11 (2), 183-190

Het pleiten voor het behouden van de noodzakelijke beoordelingsmarge neemt niet weg dat er nood is aan een stevige basis als houvast voor de concrete invulling van ‘het belang van het kind’. Het is immers onwenselijk dat er tegenstrijdige interpretaties over eenzelfde kind naast elkaar kunnen bestaan, louter veroorzaakt door verschillende opinies bij de beslissingnemers. De stelling dat de motiveringsplicht van de rechter, gecombineerd met de controle door het Hof van Cassatie, garant staat voor de nodige consistentie in de beslissingen wordt immers van tafel geveegd door de huidige rechtspraak. Deze kenmerkt zich ontegensprekelijk door dissensus inzake de draagwijdte van ‘het belang van het kind’. Toetsingen van ‘het belang van het kind’ leiden onvermijdelijk in zekere mate tot inconsistenties en onzekerheden.⁵¹

Wayne heeft deze grote (inter)subjectiviteit sprekend omschreven in onderstaand citaat. Buiten discussie staat het gegeven dat enige concretisering en standaardisering nodig is om totale rechtsonzekerheid te vermijden.

“The best interests of the child standard is still applied in a ‘I know it when I see it’ fashion. Further, it often operates as a fiction to soothe the conscience of judges, lawyers, and parents who invoke it as a mantra without meaning” – Raymie H. Wayne.⁵²

De bestaande concretisering, gemaakt in de Algemene Commentaar nr. 14 van het VN-Kinderrechtencomité, vormt de adequate basis voor de nodige houvast. Daarin wordt duidelijk gemaakt dat dit artikel in samenhang gelezen wordt met de andere bepalingen van het IVRK en steeds op het niveau van het individuele kind holistisch gespecificeerd moet worden. Op die manier wordt het volledige en effectieve genot van alle rechten uit het Kinderrechtenverdrag gewaarborgd. In de niet-exhaustieve en niet-hiërarchische lijst van criteria is ook het behoud van de familieomgeving en het onderhouden van relaties, belangrijk in de case van parentale ontvoering, opgenomen.⁵³ De criteria uit deze leidraad werden op basis van consensus ontwikkeld na grondige analyse van de aspecten nodig voor de verwezenlijking van ‘het belang van het kind’. Door de toepassing ervan wordt erover gewaakt dat het objectieve kinderrechtendiscours niet wordt overschaduwed door de subjectieve invulling van rechters.⁵⁴

⁵¹ Rood-De Boer, M. (1988). *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.

⁵² Wayne, R. H. (2008). The Best Interests of the Child: A Silent Standard—Will You Know It When You Hear It?. *Journal of Public Child Welfare*, 2(1), 33-49.

⁵³ UN Committee on the Rights of the Child (CRC) (2013). *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, UN Doc. CRC/C/GC/14.

⁵⁴ Funderburk, C. (2013). Best Interest of the Child Should Not Be an Ambiguous Term. *Child. Legal Rts. J.*, 33, 229.

In de huidige stand van zaken geniet de concretisering van het VN-Kinderrechtencomité in hun Algemene Commentaar steun bij diverse rechtsprekende actoren. Ook de Straatsburgse rechtspraak erkent deze elementen.

Er moet naar mijn mening dan ook verder ingezet worden op zowel de stevige juridische verankering van deze invulling op beleidsniveau als op de daadwerkelijke realisering van deze leidraad in de praktijk door de beslissende actoren. Momenteel genieten de Algemene Commentaren van de VN-Comités geen juridisch bindende kracht.⁵⁵ Desalniettemin gelden ze als gezaghebbende interpretaties en doen staten welke de juridische kracht van de commentaren ontkennen mijns inziens afbreuk aan de politieke verbintenis die ze aangingen wanneer ze het Kinderrechtenverdrag onderschreven. Daarenboven gaat van de Algemene Commentaren een grote morele en politieke kracht uit.⁵⁶ De houvast is voorhanden, het is nu aan de betrokkenen uit het veld om deze richtinggevende punten hoog op de agenda te plaatsen. Een noodzakelijke voorwaarde daarbij is het bekomen van de status *hard law* zodat de Algemene Commentaar onbetwistbaar juridisch afdwingbaar wordt.

Op deze manier kan verwezenlijkt worden waar Elisa Pérez-Vera voor pleit, namelijk het nastreven van de *true interests of the child*.⁵⁷ Deze term maakt duidelijk waar de essentie van het debat ligt. ‘Het belang van het kind’ kan op velerlei wijzen geïnterpreteerd worden, afhankelijk van onnoembaar veel zaken. Nochtans is het duidelijk dat meningsverschillen over de adequaatheid overstegen moeten worden en gezamenlijk moet gestreefd worden naar het herkennen van kinderen als betekenisvolle actoren met eigen noden en wensen.

3.2 Toepasbaarheid van artikel 3 IVRK in strafrecht: de problematische interpretatie door het Hof van Cassatie

Om kennis te vergaren over de mate waarin de rechtsprekende actoren reeds strafrechtelijke beslissingen nemen met artikel 3 IVRK indachtig, worden in dit deel enkele toonaangevende en invloedrijke arresten onderzocht. De arresten verduidelijken de appreciatiemarge waarover de rechter beschikt wanneer hij geconfronteerd wordt met zaken waarin ‘het belang van het kind’ gevrijwaard moet worden. In wat volgt wordt een overzicht gepresenteerd van de standpunten

⁵⁵ Keller, H., Grover, L. (2012), General Comments of the Human Rights Committee and their legitimacy, in: H. Keller & G. Ulfstein (red.), UN human rights treaty bodies: law and legitimacy, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 127.

⁵⁶ Kalverboer, M. E., & Beltman, D. General Comment nummer 14 in vreemdelingenprocedures: de toepassing van General Comment 14 van het VN-Kinderrechtencomité ter doorbreking van de impasse ten aanzien van het “belang-van-het-kind”-beginsel in vreemdelingenprocedures. *General Comment*, (14), 7-8.

⁵⁷ Pérez-Vera, E., *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, Den Haag, HccH, 1982, 18-19

van diverse relevante rechtsprekende instanties. De hierboven uiteengezette invulling van het VN-Kinderrechtencomité bij de concretisering van artikel 3 IVRK wordt als uitgangspunt gebruikt. In deze rechtspraakanalyse wordt, zonder de bedoeling exhaustief te zijn of alle betekenisvolle cases te omvatten, kritisch gereflecteerd over enkele relevante arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna EVRM of ‘het Hof’), het Hof van Cassatie, het VN-Mensenrechtencomité en de nationale rechtbanken.

3.2.1 Toonaangevende rechtsprekende instanties en hun onderlinge hiërarchie

Het VN-Kinderrechtencomité heeft naast het opstellen en communiceren van de Algemene Commentaren nog twee andere taken. Deze Commentaren komen namelijk tot stand op basis van hun eerste algemene taak: het opstellen van landenrapporten. Alle verdragsstaten communiceren om de vijf jaar aan het Comité op welke wijze ze hun engagement voor het realiseren van het IVRK nakomen, waarna ze feedback ontvangen. Uit deze stand van zaken over de toepassing van de kinderrechten uit het verdrag en de geratificeerde protocollen zijn soms terugkerende, overkoepelende patronen te distilleren. Het Comité besluit dan een Algemene Commentaar op te stellen, aldus gebeurd inzake artikel 3 IVRK. Aansluitend bij deze tweede taak organiseren ze ook *days of general discussion*. De derde taak van het Comité betreft de recent ingevoerde klachtenprocedure, waarbij kinderen in persoon de mogelijkheid krijgen recht te halen bij het Comité.⁵⁸ Deze opdracht resulteert in relevante rechtspraak, nauwkeurig gedocumenteerd in hun rechtspraakdatabank. Doelstelling van deze procedure was, door middel van toezicht, de maximale toepassing van het IVRK te benadrukken voor de nationale autoriteiten.⁵⁹

In deze databank werd een weloverwogen rechtspraakanalyse uitgevoerd in de jurisprudentie van het VN-Kinderrechtencomité. De zoektermen ‘*article 3 CRC*’, ‘*best interests of the child*’ en ‘*parental abduction*’ werden apart en gecombineerd gebruikt maar leverden echter geen inhoudelijk relevante zoekresultaten op. Hierna werd de analyse uitgebreid naar de jurisprudentie van alle organen van de Verenigde Naties die klachten van individuen ontvangen en overwegen. Deze zoekopdracht met trefwoord ‘*parental abduction*’ resulteerde in zes beslissingen, allen genomen door the *Human Rights Committee*, op één arrest na (geveld door the *Committee on the Elimination of Discrimination against Women*). Na inhoudelijke screening werden drie relevante arresten gekozen voor dit deel van de rechtspraakanalyse.

⁵⁸ Wet 21 februari 2014 houdende instemming met het Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de Rechten van het Kind betreffende een mededelingsprocedure, aangenomen te New York op 19 december 2011, *BS* 20 augustus 2014, 60.987.

⁵⁹ Merckx, E. (2015). Het belang van het kind en gezinshereniging onder art. 8 EVRM na het arrest-Jeunesse. *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht*, (4), 258–269.

Op internationaal niveau staat de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens centraal. Alvorens de rechtspraak van het EHRM inhoudelijk te analyseren, is het belangrijk om te duiden dat zowel bepalingen uit het IVRK als uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna EVRM) vaak samen aangehaald worden in de arresten. Het IVRK heeft immers inhoud gegeven aan de bepalingen omschreven in het EVRM en de rechten van kinderen daarmee tastbaar gemaakt.⁶⁰ Het Hof erkent dat het IVRK de mensenrechten van kinderen specificiert en voorziet in standaarden waaraan nationale instanties moeten voldoen.⁶¹ Het IVRK en het EVRM zijn in de rechtspraak van het EHRM onlosmakelijk met elkaar verbonden. Cruciaal in deze verwevenheid, voor zaken van parentale ontvoering, is het samenlezen van artikel 3 IVRK met artikel 8 EVRM. Dit laatste artikel expliciteert het recht op familieleven. Het hoeft geen uitleg dat dit recht in het gedrang komt bij kinderontvoering. Artikel 8 EVRM wordt dan ook meermaals gebruikt in de argumentatie en motivering van het Hof, wanneer ze oordelen over ‘het belang van het kind’.

Volgens de hiërarchie van het recht staat het EHRM bovenaan de ladder. Het Europees Hof, zetelend in Straatsburg, wordt gezien als de belangrijkste waakhond van de Europese mensenrechten en vormt zodoende een hoeksteen van de democratische rechtsstaat.⁶² Eenieder die een schending van zijn door het EVRM gegarandeerde rechten ervaart, kan een verzoekschrift indienen bij het Europees Hof. Voor het Europees Hof staat de klager tegenover de Staat, welke kan veroordeeld worden voor schending van de fundamentele rechten van de klager. Het verzoek van de klager is slechts ontvankelijk na uitputting van alle nationale rechtsmiddelen. Die uitputting geschiedt voornamelijk na een arrest van het Hof van Cassatie. Het Hof van Cassatie is vaak de laatste rechtsprekende actor waarna de klacht overgaat naar het Europees Hof. Cassatie bevindt zich met andere woorden één trapje lager op de ladder. In de nationale rechtspraak zijn de cassatiearresten richtinggevend en gezaghebbend. Om de hiërarchie te respecteren zal de rechtspraak van het Hof van Cassatie in overeenstemming moeten zijn met deze van het EHRM.

Over de verhouding tussen het internationaal en het nationaal recht bestaan diverse opvattingen. De Belgische opvatting is overwegend monistisch van aard, wat betekent dat het internationale en nationale recht deel uitmaken van dezelfde rechtsorde. Het recht wordt als een eenheid gezien

⁶⁰ Reneman, A. M. (2011). Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden: over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlandse vreemdelingenrecht. *Asiel & Migrantenrecht*, 2011, 14.

⁶¹ Smets, S. (2013). De doorwerking van het Kinderrechtenverdrag in de rechtspraak van het EHRM, *Tijdschrift voor Jeugd- en Kinderrechten* (2), 82-89

⁶² Haeck, Y., & Burbano Herrera, C. (2011). *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*. Intersentia Publishers.

en het internationaal recht heeft daarbij voorrang op het nationale recht.⁶³ Tegenover deze opvatting staat het dualisme. Deze zienswijze stelt dat internationale en nationale rechtsordes onafhankelijk en gescheiden zijn. Het internationale recht heeft daarbij geen voorrang op het nationale recht en een omzetting van de internationale bepalingen in de interne rechtsorde is vereist. Heden ten dage kan echter niet meer gesproken worden van een zuiver monistische doorwerkingsopvatting. Beide benaderingen worden gebruikt en het onderscheid is licht verwaterd.⁶⁴ Het internationaal recht bepaalt daarbij enkel dat Staten hun internationale verplichtingen moeten naleven, bekend als het *pacta sunt servanda de bona fide* beginsel, maar expliciteert niet op welke wijze dit moet gebeuren. Het benoemen van een opvatting als zuiver monistisch of dualistisch van aard, kan voorbijgaan aan de complexiteit van de verhouding tussen nationaal en internationaal recht. Von Bogdandy stelt dan ook dat het begrip ‘pluralisme’ deze complexe verhouding adequater omschrijft.⁶⁵

Het EHRM, het Hof van Cassatie en het VN-Kinderrechtencomité met aanvullend het VN-Mensenrechtencomité, zijn drie rechtsprekende actoren die een cruciale rol te vervullen hebben in het realiseren van een *European Child Friendly Justice*. In wat volgt wordt hun jurisprudentie onder de loep genomen.

3.2.2 Wispelturige rechtspraak of duidelijke argumentatielijnen?

Voorafgaand aan de analyse wordt opgemerkt dat *grosso modo* twee achterliggende filosofieën te onderscheiden zijn over de wenselijke wijze van rechtspreken van het EHRM en daarbij ook de lagere nationale rechtscolleges. De ene visie pleit voor het vormen van een oordeel op basis van vaste rechtspraak of volgens de letter van de wet, *in casu* de toepasselijke verdragen. De andere visie is van mening dat rechtsprekende actoren zich moeten laten leiden door wat humaan is, eerder dan door wat juridisch juist is. Merckx stelt dat deze tegenstrijdige opinies hun oorzaak vinden in de problematische definiëring van het concept ‘het belang van het kind’.⁶⁶

Om redenen van het respecteren van de chronologie van visies, wordt de rechtspraak van het Hof van Cassatie als startpunt gebruikt. Door het volgen van het tijdsverloop wordt getracht de leesbaarheid te bevorderen en de evolutie van de argumentatielijnen zo helder mogelijk naar

⁶³ Van Assche, C. (2012). Het Grondwettelijk Hof en Het Internationaal Recht Je t'Aime, Moi non Plus. *Rev. BDI*, 45, 438.

⁶⁴ Liefwaard, T., & Doek, J. E. (2015). Kinderrechten in de rechtspraak: een internationaal perspectief. *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2015(12), 6.

⁶⁵ Von Bogdandy, A. (2008). Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, 6(3-4), 397-413.

⁶⁶ Merckx, E. (2015). Het belang van het kind en gezinshereniging onder art. 8 EVRM na het arrest-Jeunesse. *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht*, (4), 258–269.

voren te brengen. Het VN-Mensenrechtencomité, de derde relevante rechtsprekende actor, wordt ook bij deze rechtspraakanalyse betrokken. Er wordt onderzocht op welke wijze de rechtspraak van het VN-Mensenrechtencomité zich verhoudt ten opzichte van de jurisprudentie van het EHRM. Daarvoor werden drie relevante cases gekozen die internationale parentale ontvoering behandelen. Kernpunt van discussie in deze cases is de gevraagde terugkeer van het ontvoerde kind door de benadeelde ouder.

Om de argumentatie over de toepasbaarheid van artikel 3 IVRK ten aanzien van het strafrecht op te bouwen, wordt ook gebruik gemaakt van burgerrechtelijke arresten. De rechtspraak over de wisselwerking tussen ‘het belang van het kind’ en het strafrecht blijft immers vooralsnog beperkt. De tak van het strafrecht vormt wel de focus van de analyse. Daarbij wordt onderzocht hoe redeneringen uit de tak van het burgerlijk recht op analoge wijze kunnen toegepast worden op de strafprocedure.

3.2.2.1 Burgerrechtelijke arresten

Het Hof van Cassatie uitte de eerste opmerkelijke standpunten inzake deze materie in twee arresten op 4 november 1999. In deze arresten, betreffende de vaderlijke erkenning en dus burgerrechtelijk van aard, heeft het Hof van Cassatie de directe werking van artikel 3 IVRK ontkend. Deze Cassatierechtspraak wees duidelijk de directe werking van artikel 3 IVRK af en gaf daarbij een heldere verklaring in zijn motivering: om rechtstreeks toepasselijk te kunnen worden beschouwd, moet de norm van een internationaal verdrag voldoende nauwkeurig en volledig zijn. Aan deze voorwaarde is volgens het Hof van Cassatie in artikel 3 IVRK niet voldaan. De motivering baseert zich op de objectieve verplichting, welke verwijst naar de nodige duidelijkheid van de bepalingen. De motivering bepaalde dat de Staat zelf verschillende mogelijkheden heeft om aan de vereisten van ‘het belang van het kind’ te voldoen. Bijgevolg kan het artikel niet gelden als bron voor subjectieve rechten voor particulieren.⁶⁷ Het is aan de wetgever om te bepalen hoe aan de vereisten inzake ‘het belang van het kind’ wordt voldaan, aldus het Hof van Cassatie. Er wordt wel erkend dat artikel 3.1 en artikel 3.2 IVRK nuttig zijn voor de rechter bij de interpretatie van de wetgevende teksten.⁶⁸ Artikel 3 IVRK wordt met andere woorden beschouwd als een interpretatief beginsel. Opmerkelijk is een arrest van 2003, waarbij het Hof van Cassatie het artikel zelf als toetsingsgrond gebruikte. Mag hieruit besloten

⁶⁷ Vandaele, A. (2000). Een vergiftigd verjaardagsgeschenk van het Hof van cassatie bij de tiende verjaardag van het Internationaal verdrag inzake de rechten van het kind. *Rechtskundig weekblad.*, 64(7), 233-238.

⁶⁸ Cass. 4 november 1999, AR. C.99.0048.N.; Vandaele, A. (2000). Een vergiftigd verjaardagsgeschenk van het Hof van cassatie bij de tiende verjaardag van het Internationaal verdrag inzake de rechten van het kind. *Rechtskundig weekblad.*, 64(7), 233-238.

worden dat zij de directe werking dan toch erkent? Algemeen wordt besloten dat een duidelijk standpunt ontbreekt.⁶⁹ In een recenter arrest van 2 maart 2012, wees het Hof van Cassatie echter wel herhaaldelijk de directe werking van artikel 3 IVRK af, wegens onvoldoende nauwkeurig en volledig.⁷⁰ Hun standpunt werd dus toch meermaals en over de tijd bevestigd in diverse arresten.

Dat dit standpunt betreuenswaardig is, wordt bevestigd door bepaalde rechtsleer. Mensenrechtenverdragen kenmerken zich immers net door brede formuleringen van de bepalingen, die ruimte laten voor rechterlijke concretisering. Volledige nauwkeurigheid nastreven bij mensenrechten is noch mogelijk, noch wenselijk. Vandaele wijst er terecht op dat de open verdragsnormen van mensenrechten nu eenmaal actieve tussenkomst van de rechter vereisen.⁷¹

De verankering van ‘het belang van het kind’ in de Grondwet middels artikel 22bis, vierde lid, zorgt ervoor dat wetgevende normen en juridische beslissingen kunnen aangeklaagd worden wanneer ‘het belang van het kind’ niet de nodige bescherming heeft genoten. Consistent met de rechtspraak inzake artikel 3 IVRK heeft het Hof van Cassatie echter ook de directe werking van de spiegelbepaling, artikel 22bis Grondwet, ontkend. Uit de parlementaire voorbereidingen blijkt ook dat het de bedoeling was geen directe werking te verlenen aan het nieuwe artikel 22bis Gw.⁷² Verder verwierp ook de Raad van State de directe werking en sloot zich hiermee aan bij het Hof van Cassatie. In hun argumentatie werd verwezen naar het vijfde lid van het artikel dat stelt dat de bepalingen door de formele wetgevers verder moeten worden ingevuld.⁷³

Op niveau van de rechtspraak van het EHRM bestaan er, zoals eerder vermeld, meningsverschillen omwille van tegenstrijdige visies. Voorgaand onderzoek kon inderdaad geen systematische argumentatie of eenduidige interpretatie vinden in de rechtspraak. Om deze reden wordt de Straatsburgse rechtspraak wel eens als wispelturig omschreven.⁷⁴

⁶⁹ Herbots, K., & Put, J. (2010). De grondwettelijke verankering van kinderrechten. *Tijdschrift voor Jeugdrecht en Kinderrechten*, (1), 9-19.

⁷⁰ Cass. 2 maart 2012, AR. C.10.0685.F.

⁷¹ Vandaele, A. (2000). Een vergiftigd verjaardagsgeschenk van het Hof van cassatie bij de tiende verjaardag van het Internationaal verdrag inzake de rechten van het kind. *Rechtskundig weekblad.*, 64(7), 233-238.

⁷² Herziening van art. 22bis van de Grondwet, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-0175/001,6 en nr. 52-0175/005, 13 en 31-32; herziening van art. 22bis van de Grondwet, teneinde een lid toe te voegen betreffende de bescherming van aanvullende rechten van het kind, *Parl.St.* Senaat 2004-05, nr. 3-265/3, 5.

⁷³ RvS 29 mei 2013, nr. 223.630, 10-11.

⁷⁴ Smyth, C. (2015). The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court's Use of the Principle? *European Journal of Migration and Law*, 17(1), 70-103.; Merckx, E. (2015). Het belang van het kind en gezinshereniging onder art. 8 EVRM na het arrest-Jeunesse. *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht*,(4), 258-269.

Over enkele basispunten is er wel consensus te vinden. Er wordt algemeen erkend dat de motivering van het Europees Hof steeds sterk beïnvloed is geweest door kindvriendelijke overwegingen. Het EHRM is dan ook een cruciale actor in het realiseren van een *European Child Friendly Justice*. Niettegenstaande deze rol heeft het EHRM zich in het verleden vaak terughoudend opgesteld in zaken van kinderontvoering. De letter van de wet, voorzien door de instrumenten van internationaal privaatrecht, werd strikt gevolgd. Hierdoor werden de weigeringsgronden tot terugkeer van het ontvoerde kind zeer streng geïnterpreteerd en bleef de terugkeer eerste prioriteit.⁷⁵ Een voorbeeld van deze argumentatielijns is terug te vinden in de zaak *Maumousseau and Washington v. France* van 2007. In deze zaak wierp de moeder, hier de ontvoerende ouder, op dat de weigeringsgrond inzake ernstig risico op schade bij terugkeer te restrictief geïnterpreteerd werd door de Franse rechtbanken. Deze grond werd niet van toepassing geacht waardoor het kind diende terug te keren. Het EHRM verwierp echter haar argumentatie en stelde dat de beslissing volledig in overeenstemming was met de filosofie van het Haags Verdrag. De rechtbank had, aldus het Hof, correct geoordeeld over ‘het belang van het kind’ met een strikte interpretatie van de weigeringsgronden tot terugkeer.⁷⁶ De terugkeer van het kind werd met andere woorden correct geacht.

De eerste relevante casus van het VN-Mensenrechtencomité sluit volledig bij deze argumentatielijns van het EHRM aan. Deze casus, *Léopold Dumont de Chassart v. Italy*, dateert van 2006 (tijdsgewijs aldus in dezelfde periode gesitueerd als het arrest *Maumousseau* van het EHRM). In deze casus treedt de vader op als de benadeelde ouder, die zich slachtoffer stelt ten opzichte van de moeder die zijn kinderen ontvoerde naar Oostenrijk. In de burgerrechtelijke procedure werd gebruik gemaakt van de weigeringsgronden tot terugkeer van de kinderen, gezien deze hun belangen zou schenden in het licht van de reeds gespendeerde tijd in Oostenrijk. De vader beroept zich op de schending van artikel 23(2) van het EVRM, wat het recht op familieleven expliciteert. Volgens zijn argumentatie werden de noodzakelijke stappen om de kinderen de nodige bescherming te bieden niet gezet om de ontvoering te voorkomen of de terugkeer veilig te stellen. Niettemin werd de klacht ongegrond verklaard door het VN-Mensenrechtencomité.⁷⁷ De kinderen bleven bij de moeder in Oostenrijk. Hoewel de uitkomst

⁷⁵ Deschuyteneer, L. (2015). Recent case law of the European Court of Human rights on international parental child abduction. The application of Articles 6 and 8 of the European Convention on Human Rights. *Journal for International Private Law* (2), 148-161.

⁷⁶ McEleavy, P. (2015). The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?. *Netherlands International Law Review*, 62(3), 365-405; *Maumousseau and Washington v. France*, nr. 39388/05, EHRM, 6 december 2007

⁷⁷ *Léopold Dumont de Chassart v. Italy*, Nr. 1229/2003, Mensenrechtencomité, 14 september 2006

verschilt, komen de zaken overeen in hun terughoudendheid ‘het belang van het kind’ aan een grondige analyse te onderwerpen.

Het Europees Hof besloot deze hierboven besproken trend tot terughoudendheid op opmerkelijke wijze te verlaten in de zaak *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* van 2010. Deze case wordt gezien als een keerpunt in de rechtspraak van het Hof, waarbij aan het Kinderrechtenverdrag een prominente rol wordt toegekend.⁷⁸ In het arrest is een uitvoerig assessment te vinden over ‘het belang van het kind’. In deze zaak oordeelde het Hof dat de gedwongen terugkeer van het kind een schending van het recht op familieleven, omschreven in artikel 8 EVRM, zou impliceren. Het Hof kwam tot dit oordeel omdat het vaststelde dat het kind inmiddels was geworteld in zijn nieuwe omgeving.⁷⁹ (Een opmerkelijk kanttekening hierbij is dat, volgens het toepasselijke Haags Verdrag, dit oordeel pas tot stand kan komen wanneer de terugkeerprocedure meer dan één jaar na de ontvoering wordt ingesteld en in deze case was niet aan deze voorwaarde voldaan.) In de motivering van het arrest stelt het Hof duidelijk de vereiste dat de nationale rechtbanken een ‘grondig onderzoek van de gehele gezinssituatie’ dienen te verrichten om te oordelen over ‘het belang van het kind’ in elke individuele case afzonderlijk.⁸⁰ Het Hof expliciteert dat ‘het belang van het kind’ twee luiken bevat. Ten eerste moet het kind de banden met zijn familie kunnen behouden, er moet gewaakt worden over de persoonlijke relaties. Ten tweede wordt ‘het belang van het kind’ gerealiseerd door het opgroeien in een veilige omgeving.⁸¹ Deze invulling was initieel reeds te lezen in het arrest *Maumousseau and Washington v. France* van 2007. Deze periode kenmerkte zich dus door toenemende aandacht voor de belangen van de kinderen. De noodzaak van een grondige analyse en afweging van deze twee componenten, werd duidelijk erkend en bevestigd in het arrest *Neulinger*.⁸²

Samenvattend volgt uit artikel 8 EVRM dat niet automatisch tot terugkeer kan beslist worden, maar dat ‘het belang van het kind’ afhangt van diverse individuele omstandigheden. Deze stelling van het Europees Hof maakte van *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* een invloedrijke zaak, die meermaals een precedentenrol zal opnemen in de rechtspraak.

⁷⁸ Smets, S. (2013). De doorwerking van het Kinderrechtenverdrag in de rechtspraak van het EHRM, *Tijdschrift voor Jeugd- en Kinderrechten* (2), 82-89

⁷⁹ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, nr. 41615/07, EHRM, 6 juli 2010, para 151

⁸⁰ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, nr. 41615/07, EHRM, 6 juli 2010, para 138-139

⁸¹ *Maumousseau and Washington v. France*, nr. 39388/05, EHRM, 6 december 2007

⁸² *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, nr. 41615/07, EHRM, 6 juli 2010, para 134-139

Desalniettemin werd het arrest *Neulinger* met heel wat kritiek overladen. Een eerste punt van kritiek is dat een uitgebreid assessment de spoedige terugkeer in gevaar brengt, wat net vooropgesteld wordt door het Haags Verdrag. Er wordt gevreesd dat ontvoerende ouders door deze zaak aangemoedigd worden de terugkeerprocedure te vertragen totdat geoordeeld wordt dat het kind geworteld is in de nieuwe omgeving.⁸³ Daarnaast zou de bevoegdheid en zelfs verplichting van de nationale rechtbanken om te oordelen over de gegrondheid van de terugkeer de deur open zetten naar een volledig verlaten van de principes van het Haags Verdrag.⁸⁴

Dat het EHRM in zekere mate de voorgaande kritieken ter harte heeft genomen, blijkt uit het arrest *X v. Latvia* van 2013. In dit arrest beklemtoonde het Hof de principes van het Haags Verdrag, waaronder de spoedige terugkeer van het kind, te onderschrijven.

Het is nog maar de vraag of het arrest *X. v. Latvia* opnieuw voor een kentering gezorgd heeft in de standpunten van het EHRM. Deze kentering kan gepercipieerd worden als een stap terug, richting de terughoudendheid van het Hof van voor 2010, waarbij een uitgebreid assessment van het belang onnodig werd geacht. Het lijkt erop dat het Hof het Haags Verdrag niet langer wil ondermijnen, maar dat evenmin kan besloten worden tot een volledige verlating van de controversiële redenering zoals in de zaak *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*.⁸⁵ In het arrest is immers nog steeds duidelijk te lezen dat in elke individuele case moet onderzocht worden of de maatregelen van de nationale autoriteiten de bepalingen uit het EVRM niet in het gedrang brengen.⁸⁶ Ondanks de inconsistenties in de rechtspraak en de ruime appreciatiemarge van het Hof kan toch besloten worden dat een oordeel over schending van artikel 8 EVRM eerder uitzondering dan regel blijkt.⁸⁷ Dit doet besluiten dat het EHRM sinds 2010, in mindere dan wel meerdere mate, blijvend aandacht had voor de belangen van de kinderen, onafhankelijk van de burgerrechtelijke kinderontvoeringsverdragen, maar er is nog ruimte voor verbetering.

⁸³ Deschuyteneer, L. (2015). Recent case law of the European Court of Human rights on international parental child abduction. The application of Articles 6 and 8 of the European Convention on Human Rights. *Journal for International Private Law* (2), 148-161; Stevens, L. (2010). Internationale parentale ontvoering en het belang van het tijdsverloop: noot bij *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, EHRM 6 juli 2010 (GK), nr. 41615/07. *Tijdschrift voor Mensenrechten*, 8(3), 15-16.

⁸⁴ Walker, L. (2010). The impact of the Hague Abduction Convention on the rights of the family in the case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: the danger of *Neulinger*. *Journal of private international law*, 6(3), 649-682.

. *Journal of private international law*, 6(3), 649-682.

⁸⁵ Deschuyteneer, L. (2015). Recent case law of the European Court of Human rights on international parental child abduction. The application of Articles 6 and 8 of the European Convention on Human Rights. *Journal for International Private Law* (2), 148-161.

⁸⁶ *X v. Latvia* nr.27853/09, EHRM, 26 november 2013

⁸⁷ Spijkerboer, T. (2009). Structural instability: Strasbourg case law on children's family reunion. *European Journal of Migration and law*, 11(3), 271-293.

De twee andere relevante cases van het VN-Mensenrechtencomité sluiten dan weer bij deze geëvolueerde argumentatielijn van het EHRM aan. In de arresten *Juan Asensi Martínez v. Paraguay* en *Zoltowski v. Australia*, respectievelijk daterend van 2009 en 2015, wordt de grote daadkracht van het Mensenrechtencomité duidelijk. Beide arresten resulteerden namelijk in een herziening van de voorgaande beslissingen.

In beide cases vormt de vader de benadeelde ouder. In de eerste casus ontvoert de moeder de beide dochters van Juan Martínez naar Paraguay, haar thuisland. Na een spinnenweb van procedures en een doolhof van betwiste arresten door diverse rechtscolleges, klopt Martínez aan bij het VN-Mensenrechtencomité wegens schending van onder meer artikel 23(1) en artikel 24(1) van het EVRM. Deze behandelen respectievelijk het recht op familieleven en het recht op bijzondere bescherming van kinderen. Het Comité volgde deze argumentatie en veroordeelde Paraguay. Doorslaggevend argument was het nalaten van het reageren op de klachten van de vader inzake de verontrustende situatie waarin de meisjes leefden en het gegeven dat het nationale Hooggerechtshof vier jaar wachtte voordat de zaak werd behandeld. Het Comité verwijst expliciet naar het verzuim van de staat om voldoende aandacht te besteden aan het bewijs van en de invulling van de noties ‘de belangen van het kind’ en ‘psychologisch risico’, op grond waarvan de terugkeer van de meisjes geweigerd werd. Deze weigering tot terugkeer werd dan ook ongegrond en nietig verklaard.⁸⁸ De dochters van Juan Martínez keerden terug naar hun oorspronkelijke verblijfplaats.

Dezelfde redenering is in grote lijnen terug te vinden in de casus *Zoltowski v. Australia*. In deze casus verzocht de vader Australië, onder de procedure van het Haags Verdrag, de terugkeer van zijn zoon naar Polen en haalde daarbij recht. De moeder ging echter in beroep en baseerde haar op het foutief vaststellen van de habituele verblijfplaats, welke volgens haar niet in Polen maar in Australië lag. Een complex samenspel van beslissingen volgde. Uiteindelijk diende de vader klacht in bij het VN-Mensenrechtencomité omwille van diverse schendingen. Relevant voor deze analyse is het gegeven dat de vader zich beroept op het feit dat de staat zijn zoon de eerlijke procesgaranties en de bijzondere bescherming, zoals vastgelegd in respectievelijk artikel 14 en 24 van het EVRM, heeft ontnomen. De staat zou niet in het belang van zijn zoon gehandeld hebben door de verklaringen over misbruik door de moeder ten aanzien van de zoon niet in rekening te nemen. De vader wierp expliciet een schending van artikel 3 IVRK op. Het Comité oordeelde dat Australië gefaald had in het voorleggen van bewijs dat het niet verlenen van

⁸⁸ Juan Asensi Martínez v. Paraguay, Nr. 1407/2005, Menrechtencomité, 24 april 2009

contact tussen de vader en zijn zoon gebaseerd was op de belangen van het kind. Hierdoor werd de schending van artikel 24 van het EVRM bevestigd. Daarenboven oordeelde het VN-Mensenrechtencomité ook dat artikel 17 geschonden was omwille van de inmenging in het gezinsleven.⁸⁹

In beide cases stapten de vaders naar het VN-Mensenrechtencomité omwille van schendingen van bepalingen uit het EVRM en/of IVRK en haalden recht. De rechtspraak van het Comité overruled zo eerder genomen beslissingen door diverse rechtscolleges en is zo een bijzonder krachtige actor. De rol van deze actor zal hoogstwaarschijnlijk toenemen in de toekomst, wanneer steeds meer ouders hun weg vinden naar de klachtenprocedure.

Uit deze analyse kan, met de nodige voorzichtigheid gezien dit geenszins een exhaustief onderzoek vormt, besloten worden dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens doorheen het vorige decennium een grote ontwikkeling heeft doorlopen in de rechtspraak. Waar aanvankelijk artikel 3 IVRK nog limitatief geïnterpreteerd werd, wordt nu gepleit voor een uitvoerig assessment van ‘het belang van het kind’ en een bijhorende ruime beoordelingsvrijheid voor de rechter. Ook het VN-Mensenrechtencomité lijkt deze ommekeer in argumentatie te volgen. In de chronologie van de besproken casussen van het EHRM en het VN-Mensrechtencomité komen de argumentatielijnen overeen. Daartegenover staat de rechtspraak van het Hof van Cassatie, welke sinds de eeuwwissel de directe werking van artikel 3 IVRK blijvend ontkent. De argumentatielijnen van het EHRM vinden zijn weg naar het Hof van Cassatie vooralsnog niet, waardoor deze laatste lijkt te blijven steken in een verouderde gedachtegang.

3.2.2.2 Strafrechtelijke arresten

Om te kunnen evolueren naar een brede interpretatie van ‘het belang van het kind’, moet artikel 3 IVRK rechtstreekse werking krijgen. Bovenstaande besproken arresten van het Hof van Cassatie ontkenden deze echter. Belangrijk is op te merken dat de stellingen van het Hof van Cassatie in burgerlijke arresten niet zonder meer gegeneraliseerd kunnen worden naar strafrechtzaken. Dankzij een basisprincipe van het recht, namelijk de autonomie van het strafrecht ten opzichte van het burgerlijk recht⁹⁰, kan alsnog gepleit worden voor directe werking van artikel 3 IVRK in het strafrecht. Het trekken van deze ‘autonomiekaart’ van het strafrecht,

⁸⁹ *Zoltowski v. Australia*, Nr. 2279/2013, Mensenrechtencomité, 7 december 2015

⁹⁰ Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2006). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*. Antwerpen: Maklu.

biedt opportuniteiten om een zelfstandig debat te starten, onafhankelijk van de bestaande opinies inzake het burgerlijk recht, over de positie van artikel 3 IVRK in de procedure.

Bijzonder relevant voor deze analyse, maar tegelijk problematisch, is het bestaan van Cassatierechtspraak die een oordeel vormt over de toepasbaarheid van artikel 3 IVRK in het *strafrecht*. In een arrest van 10 november 1999 stelt het Hof van Cassatie dat artikel 3 IVRK niet rechtstreeks van toepassing is op de strafprocedure. Het arrest bepaalt expliciet dat artikel 3 IVRK niet rechtstreeks van toepassing is voor de strafrechter, bij wie wegens schending van artikel 369bis Sw. (dat destijds parentale ontvoering bepaalde, wat nu omschreven staat in artikel 432 Sw.) ingestelde vervolgingen aanhangig zijn.⁹¹ Deze stelling werd hernomen en herbevestigd in een arrest van 2003. Daarbij wordt verduidelijkt dat de strafrechter niet bevoegd is zich een oordeel te vormen over ‘het belang van het kind’, maar zich dient te baseren op de beslissing inzake het omgangsrecht, destijds genomen door de burgerlijke rechter, welke de ontvoerende ouder nu geschonden heeft. De strafrechter zijn oordeel blijft met andere woorden beperkt tot de vraag of de beklaagde het omgangsrecht heeft geschonden door het meenemen van het kind over de landsgrens. Hij oordeelt niet over ‘het belang van het kind’.⁹² De autonomiekaart trekken bij bezwaar tegen de standpunten gevormd in het burgerlijk recht is aldus geen optie meer, gezien het bestaan van aparte standpunten inzake de toepasbaarheid binnen het strafrecht.

De motivatie van Cassatie is wankel te noemen, gezien de omstandigheden van de zaak door de ontvoering onvermijdelijk gewijzigd zijn. De burgerlijke beslissing inzake het omgangsrecht als basis gebruiken is dan ook niet opportuun gezien deze verouderd is. Eerder werd al gewezen op de dynamische invulling van ‘het belang van het kind’, daar het zich dient te ontwikkelen in een spinnenweb van moeilijke, conflictueuze relaties. De aanname dat bij de beslissing inzake het omgangsrecht ‘het belang van het kind’ reeds werd onderzocht, verhindert niet dat een herevaluatie van dat belang noodzakelijk kan zijn. Deze Cassatierechtspraak gaat, door de miskenning van de toepasbaarheid van artikel 3 IVRK in strafprocedures, voorbij aan onze internationale verplichtingen die artikel 3 IVRK oplegt.

⁹¹ Hanson, K. (2000). Directe werking van het IVRK en 'het belang van het kind': noot onder Cass. 31 maart 1999, Cass. 4 november 1999 en Cass. 10 november 1999. *Tijdschrift voor Jeugdrecht en Kinderrechten*, 2, 63-66.; Cass. 10 november 1999, AR P.99.0689.F

⁹² Cass. 14 oktober 2003, AR P.03.0591.N, RTDF 2005, 631-633.

Daarnaast is het opmerkelijk dat ‘het belang van het kind’ net het uitgangspunt vormde voor de strafbaarstelling van het misdrijf parentale ontvoering.⁹³ Artikel 432 van het Strafwetboek werd immers ingevoerd teneinde gedragingen die indruisen tegen de burgerlijke beslissing inzake het omgangsrecht, genomen in ‘het belang van het kind’, te bestraffen. De Belgische wetgever heeft geoordeeld dat deze schending van de belangen van het kind strafrechtelijk gesanctioneerd moet worden.⁹⁴ Bijgevolg is het onlogisch dat artikel 3 IVRK niet toepasselijk is in de strafprocedure ten aanzien van de ouder. Het gegeven dat ‘het belang van het kind’ het uitgangspunt vormde voor de strafbaarstelling, vormt een sterk argument voor het centraal plaatsen van deze notie in de strafprocedure. Dat het Hof van Cassatie niet tot dit standpunt komt is volgens mij betreurenswaardig.

Analoog met de burgerrechtelijke analyse wordt de rechtspraak van het Hof van Cassatie vergeleken met deze van het EHRM. Opnieuw kan besloten worden dat het EHRM verder geëvolueerd is in zijn rechtspraak. Wanneer teruggegrepen wordt naar de zaak *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* van 2010 blijkt uit grondige lezing dat het EHRM in het arrest verwijst naar een mogelijke strafrechtelijke vervolging van de ontvoerende moeder. Dit arrest gaat dus, enigszins uitzonderlijk, verder dan de burgerlijke procedure. Het Europees Hof aanvaardt impliciet het argument van de verdediging dat de gedwongen terugkeer van de moeder met het kind de moeder kan blootstellen aan een strafrechtelijke vervolging gezien zij zich schuldig heeft gemaakt aan parentale ontvoering.⁹⁵ Wanneer de moeder veroordeeld zou worden tot een gevangenisstraf, zou ‘het belang van het kind’ geschonden worden. Het Hof was immers van mening dat de moeder de belangrijkste significante verzorgingsfiguur was voor het kind en de vader noch over de nodige opvoedingscapaciteiten, noch over de nodige hechting met het kind beschikte.⁹⁶ Het Hof oordeelde de weigering van de moeder om terug te keren mede daardoor als niet geheel ongegrond.⁹⁷

Het EHRM lijkt met dit arrest een eerste stap gezet te hebben naar het onderzoeken van de wisselwerking van de burgerrechtelijke en de strafrechtelijke procedure. Er wordt weliswaar niet expliciet verklaard dat artikel 3 IVRK rechtstreeks toepasselijk is op de strafprocedure, maar de

⁹³ De Smet, B. (2015). ‘Niet-afgifte van kinderen’ in Vandeplass, A., Arnou, P. (eds.), *Strafrecht en strafvordering*. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Mechelen, Kluwer, 148-149

⁹⁴ De Nauw, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2010, 242.

⁹⁵ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, nr. 41615/07, EHRM, 6 juli 2010, para 76

⁹⁶ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, nr. 41615/07, EHRM, 6 juli 2010, para 110, 149

⁹⁷ Stevens, L. (2010). *Internationale parentale ontvoering en het belang van het tijdsverloop: noot bij Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, EHRM 6 juli 2010 (GK), nr. 41615/07. *Tijdschrift voor Mensenrechten*, 8(3), 15-16.

rechter neemt de vervolging van de ontvoerende ouder wel in aanmerking bij het maken van het assessment over ‘het belang van het kind’.

3.2.3 Good-practices in het buitenland

De beslissingen van de diverse nationale rechtbanken, *in casu* voornamelijk de familierechtbanken en correctionele rechtbanken zijn, volgens de hiërarchie van het recht, gebaseerd op rechtspraak van de hogere rechtscolleges. Verwacht wordt dat dezelfde argumentatielijnen zullen doorwerken. Toch wordt kort ingegaan op deze nationale vonnissen en arresten om te exploreren welke landen opmerkelijke of baanbrekende beslissingen hebben geveld inzake deze materie. Opnieuw wordt geen volledigheid nagestreefd maar beperkt deze analyse zich daarentegen tot enkele opvallende elementen die de denkoefening meer input kunnen geven.

Internationaal, België inclusief, is weinig onderzoek verricht naar de impact op de betrokken kinderen van strafrechtelijke sancties voor personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen. Het beperkte onderzoek focust zich voornamelijk op detentie als uitvoeringsmodaliteit. Algemeen wordt geconcludeerd dat detentie negatieve implicaties met zich meebrengt voor de directe sociale omgeving van de gedetineerde, met de betrokken kinderen op de eerste plaats. Bij een significant aantal van de betrokken kinderen zijn moeilijkheden te detecteren in hun ontwikkeling. Ze krijgen vaker dan gemiddeld te maken met de gevolgen van stigmatisering, schaamte, leerproblemen en pestgedrag. Daarnaast ontwikkelen ze vaker antisociaal gedrag.⁹⁸ Vanuit ontwikkelingspsychologisch perspectief zijn dit jammerlijke maar logische gevolgen van het wegvallen van een vertrouwde thuis. Nochtans lijkt het laatste decennium een kentering ingezet: verhoogde interesse voor deze negatieve consequenties op kinderen wordt vastgesteld op diverse beleidsniveaus. Deze verandering kent verschillende snelheden in de diverse landen van de Europese Unie en daarbuiten.

Een recent arrest van het Tsjechisch Grondwettelijk Hof plaatste Tsjechië in de schijnwerpers binnen het domein van de kindvriendelijke justitie. In de behandelde casus kreeg een vader een lichtere straf vanuit de argumentatie dat een zware straf het belang van zijn zoon zou schenden.

⁹⁸ Boswell, G. (2002). Imprisoned fathers: The children's view. *The Howard Journal of Criminal Justice*, 41(1), 14-26.; Dallaire, D. (2007). Children with incarcerated mothers: Developmental outcomes, special challenges and recommendations, *Journal of Applied Developmental Psychology* (1), 15-24.; Sykes, B. & Pettit, B. (2015), Severe Deprivation and System Inclusion Among Children of Incarcerated Parents in the United States After the Great Recession, *Journal of Social Sciences*, 108-136.; Hissel, S., Bijleveld, C. & Kruttschnitt C. (2010). The well-being of children of incarcerated mothers: An exploratory study for the Netherlands, *European Journal of Criminology*, 346-360.

Artikel 3 IVRK speelde dus een rol in de motivering van de rechter. Er werd echter beroep aantekend door het parket, die de opgelegde straf proportioneel te laag vond. Het parket haalde recht in tweede aanleg. In essentie oordeelde het hoger beroepshof later dat het arrest in tweede aanleg moest verworpen worden en het oorspronkelijke vonnis correct geveld was.⁹⁹

Niet alleen Tsjechië kent een traditie van kindvriendelijke justitie. Heleen Lauwereys publiceerde recentelijk een kort overzicht van landen waar de belangen van het kind in het gemene strafrecht worden betrokken wanneer ouders verdacht, beklaagd, of veroordeeld zijn. Met het arrest TZ 90/2017 heeft Tsjechië zich aangesloten bij deze groeiende groep, stelt Lauwereys. Binnen de Europese Unie hebben Engeland & Wales en Italië relevante visies ontwikkeld. In de Angelsaksische traditie wordt de familiesituatie van de beklagde als verzachtende omstandigheid aanvaard bij de *sentencing guidelines* en wordt een proportionaliteitstoets uitgevoerd, waarbij de inbreuk op het recht op familielevens van de kinderen afgewogen wordt ten opzichte van de strafdoelen. In Italië geldt de ruime interpretatiewijze van artikel 3 IVRK waarvoor eerder in deze analyse gepleit werd. Alle strafrechtsactoren zijn formeel, middels een *Memorandum of Understanding*, gebonden artikel 3 IVRK in rekening te nemen. Buiten de Europese Unie hebben ook de Zuid-Afrikaanse en Amerikaanse rechtbanken uitvoerig nagedacht over de belangen van het kind in strafprocedures. Daar wordt respectievelijk gewerkt met een *guardian at litem* welke het kind en zijn belangen vertegenwoordigt en met *child impact statements* die een assessment maken van de impact van strafsancities op betrokken kinderen.¹⁰⁰

Deze traditie blijft vooralsnog onbestaande in België. Dit bleek expliciet uit de arresten van het Hof van Cassatie, welke de werking van artikel 3 IVRK in het strafrecht ontkenden. Uit louter exploratief onderzoek is eerder gebleken dat het hebben van kinderen een invloed kan uitoefenen op de straftoemeting, maar deze resultaten zijn niet consistent en de invloed op het oordeel van de rechter lijkt minimaal. Daarnaast blijkt het opwerpen van het argument van de ouderlijke verantwoordelijkheid door de verdediging in bepaalde gevallen ook ergernis bij de rechter op te wekken.¹⁰¹ Ondanks de dissensus over de wenselijkheid van het toepassen van artikel 3 IVRK in het strafrecht, staat het buiten discussie dat België het IVRK geratificeerd heeft en ook voor de nationale vertaling gezorgd heeft middels artikel 22bis Grondwet. De terughoudendheid en

⁹⁹ Grondwettelijk Hof, Brno, TZ 90/2017, 7 augustus 2017; Lauwereys, H. (2017). Wat met (de rechten van) de kinderen? De relevantie van de gezinssituatie bij de bestraffing van volwassenen. *Panopticon* (39)(2)

¹⁰⁰ Lauwereys, H. (2017). Wat met (de rechten van) de kinderen? De relevantie van de gezinssituatie bij de bestraffing van volwassenen. *Panopticon* (39)(2)

¹⁰¹ Beyens, K. (2000). Straffen als sociale praktijk. Een penologisch onderzoek naar straftoemeting, Brussel: VUBPress.

afwijzende houdingen van de hoge rechtscolleges, voornamelijk deze van het Hof van Cassatie, zijn dan ook bizar te noemen. Het moment is gekomen om een breed juridisch en maatschappelijk debat te voeren dat deze standpunten in vraag durft te stellen.

3.2.4 Tussenbesluit: naar een ruime interpretatie van artikel 3 IVRK

Uit de voorgaande analyse kan besloten worden dat de hoge rechtscolleges van ons land en de Europese Unie verdeeld rechtspreken over de werking van artikel 3 IVRK. De rechtspraak van het Hof van Cassatie in het bijzonder doet de balans, tussen het wel dan niet toepasbaar verklaren van het artikel, drastisch wankelen en overhellen naar het ontkennen van de rechtstreekse werking. De jurisprudentiële uitbreidingen worden over het algemeen aanvaard maar soms ook veroordeeld gezien deze niet de gehoopte duidelijkheid brengen. Er kan gesteld worden dat nog een lange weg bewandeld moet worden richting een ideaal evenwicht tussen de zuiver strafrechtelijke logica en het waarborgen van de kinderrechten.

Van Bueren verklaart hoe de draagwijdte van artikel 3 IVRK geïnterpreteerd wordt. Hij stelt dat artikel 3 IVRK geen rechten of verplichtingen creëert, maar dat het enkel een interpretatieprincipe betreft, in acht te nemen in alle acties betreffende kinderen. Het is een principe dat moet worden gelezen in relatie tot elk van de toegekende rechten in het Kinderrechtenverdrag.¹⁰² Ook Vandaele bevestigt dat het principieel niet aangewezen is om directe werking vast te stellen van niet-zelfstandige normen. Artikel 3 IVRK is bedoeld als aanvulling op andere verdragsnormen.¹⁰³ Deze interpretatiewijze is consistent met het comprehensief karakter van het Kinderrechtenverdrag.¹⁰⁴

Niettegenstaande deze verduidelijking werd de rechtspraak van het Hof van Cassatie, welke de directe werking van artikel 3 IVRK ontkende, fel bekritiseerd. Zoals eerder uiteengezet sluit ik mij aan bij deze kritiek. Het Hof van Cassatie stelde dat de norm ‘het belang van het kind’, onvoldoende nauwkeurig noch volledig is. Het loutere gegeven dat ‘het belang van het kind’ een open norm is die concretisering nodig heeft door middel van rechterlijke appreciatie, verhindert echter niet dat er directe werking aan kan worden toegekend. De vage definiëring verplicht de rechter een belangenafweging in concreto te maken, welke de directe werking niet in de weg staat. Vandaele verduidelijkt in zijn standpunt dat de Belgische Staat zich ertoe heeft verbonden

¹⁰² Van Bueren, G. (1995). *The international law on the rights of the child*. Dordrecht: Nijhoff.

¹⁰³ Vandaele A. (1999). De directe werking van het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind: een stand van zaken, in: Verhellen, E., o.a (red.), *Kinderrechtengids*.

¹⁰⁴ Verhellen, E. (2000). *Verdrag inzake de rechten van het kind: achtergronden, motieven, strategieën, hoofdlijnen*. Garant.

‘het belang van het kind’ na te leven. Artikel 3 IVRK is aldus imperatief voor de drie staatsmachten van ons land en dus ook voor de rechterlijke macht.¹⁰⁵ Bovendien kan vanuit puur juridisch standpunt van grondwetbepalingen ook verwacht worden dat ze directe werking hebben binnen de interne rechtsorde. Samengevat dient artikel 3 IVRK mijns inziens niet alleen zijn volle uitwerking te krijgen in het burgerlijk recht, maar ook zijn ingang te vinden in het strafrecht. Het Hof van Cassatie dient daarvoor ‘het belang van het kind’ te aanvaarden als algemeen rechtsbeginsel.

Het merendeel van de arresten uit de rechtspraakanalyse behelst zaken van burgerlijk recht, waarbinnen ‘het belang van kind’ onbetwistbaar zijn ingang heeft gevonden in onze casus van parentale ontvoering. De analyse verloopt dan wel niet steeds adequaat, toch verwijzen de weigeringsgronden tot terugkeer, terug te vinden in de instrumenten van privaatrecht, allen naar ‘het belang van het kind’. De positie van het artikel binnen het strafrecht werd daarentegen zelden onderzocht, laat staan dat er sprake is van consensus. Slechts twee arresten van het Hof van Cassatie (daterend van 1999, herbevestigd in 2003) handelen expliciet over de wisselwerking tussen artikel 3 IVRK en de strafprocedure ten aanzien van de ontvoerende ouder. Beide arresten koppelden artikel 3 IVRK los van de beslissing genomen door de strafrechter. Deze tendens is naar mijn mening inadequaat. In algemene zin wordt zo voorbij gegaan aan de belangen van duizenden kinderen, welke geconfronteerd worden met een vervolging van één van beide ouders. Het gebrek aan morele sensitiviteit en beleidsaandacht is immers paradoxaal met het niet te verwaarlozen aantal kinderen die voor deze situatie staan. Specifiek voor de casus van parentale ontvoering impliceert het loskoppelen van artikel 3 IVRK van de strafprocedure dat de eerder genomen burgerlijke beslissing inzake de terugkeer van het kind compleet ondergraven kan worden. Wanneer beslist wordt dat het kind zijn verblijf bij de ontvoerende ouder behoudt, gezien het niet in ‘het belang van het kind’ zou zijn terug te keren, kunnen problemen ontstaan wanneer vervolgens overgegaan wordt tot vervolging en eventuele detentie van deze ouder. Het kind wordt dan onderhevig aan maatregelen van jeugdbescherming waarbij het opgevangen wordt door eventuele familie, een pleeggezin of zelfs een instelling binnen het grondgebied waar het met de ontvoerende ouder verbleef.¹⁰⁶ Een optimale waarborg van ‘het belang van het kind’ lijkt hier ver weg.

¹⁰⁵ Vandaele, A. (2000). Een vergiftigd verjaardagsgeschenk van het Hof van cassatie bij de tiende verjaardag van het Internationaal verdrag inzake de rechten van het kind. *Rechtskundig weekblad.*, 64(7), 233-238.

¹⁰⁶ De Smet, B. (2005). *Jeugdbeschermingsrecht in kort bestek* (Vol. 5). Intersentia nv.

Ik beschouw het arrest *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* van het EHRM (daterend van 2010) als een uitgelezen kans om de moeilijke verhouding tussen de burgerlijke en strafrechtelijke procedure verder uit te diepen en te remediëren aan de knelpunten. Grondige analyse van de argumentatie in het arrest onthult echter snel de complexiteit van de zaak. De inachtnaam van de mogelijke strafrechtelijke vervolging van de ontvoerende ouder bij de beoordeling van ‘het belang van het kind’ plaatst belangrijke vraagtekens bij de wijze waarop de wisselwerking tussen beide rechtstakken moet verlopen. In het arrest werd een terugkeer onwenselijk geacht, mede door het risico op vervolging van de moeder. De burgerlijke rechter houdt hier met andere woorden rekening met de strafrechtelijke procedure bij het vormen van zijn oordeel over ‘het belang’.

Indien deze logica consequent doorgetrokken wordt, kan deze beslissing impliceren dat de strafrechtelijke beslissing primeert op het oordeel van de burgerlijke rechter. Deze laatste kan zijn oordeel dan pas vellen nadat de zaak strafrechtelijk beslecht werd. Voorzichtigheid lijkt me geboden bij deze redenering, gezien deze onopgemerkt artikel 3 IVRK in het gedrang kan brengen. Vormt ‘het belang van het kind’ immers niet de eerste overweging volgens artikel 3 IVRK? Positief aan de motivering van het Europees Hof is dat het de deur opent naar een grondig debat over de wenselijkheid van de strafrechtelijke vervolging van parentale ontvoering. Op die manier kan het arrest alsnog de toepassing van artikel 3 IVRK aanmoedigen.

Tot slot moet opgemerkt worden dat artikel 3 IVRK niet noodzakelijk ondermijnd wordt door het ontkennen van de rechtstreekse werking door het Hof van Cassatie. Het artikel behoort immers tot een internationaal verdrag van waaruit juridisch bindende kracht uitgaat. Ondanks de nationale beslissing tot ontkennen van de directe werking, blijft de regel gelden dat Verdragsstaten overeenkomstig de bepalingen moeten handelen.¹⁰⁷ Het Kinderrechtenverdrag is immers bindend en sinds het geratificeerd werd in België, ook rechtstreeks toepasselijk.¹⁰⁸

In wat volgt in de tweede analyse van het onderzoek wordt nagegaan welke mogelijkheden de actoren van de strafrechtsbedeling hebben om te evolueren naar een goede wisselwerking tussen artikel 3 IVRK en het strafrecht.

¹⁰⁷ Alen, A., & Pas, W. (1996). The UN convention on the rights of the child's self-executing character. *Monitoring children's rights*, 165-186

¹⁰⁸ Herbots, K., & Put, J. (2010). De grondwettelijke verankering van kinderrechten. *Tijdschrift voor Jeugdrecht en Kinderrechten*, (1), 9-19

Momenteel zijn de voorbereidingen aan de gang voor een fundamentele hervorming van het strafrecht. Van dit momentum moet gebruik gemaakt worden om eveneens een debat van fundamentele aard te voeren over de mate waarin en de wijze waarop artikel 3 IVRK in het vernieuwde strafrecht een plaats kan krijgen. Of de hervorming van minister Geens zal slagen, zal de toekomst uitwijzen. Feit is dat de hervorming een uitgelezen kans vormt om na te denken over ‘het belang van het kind’ in de brede zin van het woord en over een betere afhandeling van de casus van internationale parentale ontvoering specifiek.

4. Implicaties van de toepasbaarheid van artikel 3 IVRK voor actoren van de strafrechtsketen

In deze analyse zal een conceptuele denkoefening gemaakt worden over de mogelijkheden die het huidig juridisch strafrechtelijk kader biedt om rekening te houden met ‘het belang van het kind’. In het complexe samenspel van procedures waartoe een internationale parentale ontvoering aanleiding geeft, wordt opnieuw ingezoomd op de strafrechtelijke procedure. Uit de literatuur blijkt dat er momenteel voor de diverse Belgische strafrechtsactoren geen enkele verplichting is ‘het belang van het kind’ in rekening te nemen.¹⁰⁹ De mogelijke pistes om aan deze tekortkoming te remediëren worden onderzocht.

4.1 De wetgever en ‘het belang van het kind’

De eerste relevante actor in de keten van de strafrechtsbedeling is de wetgever. De wetgever is niet alleen de eerste maar ook een cruciale actor gezien hij beslist over de zaken die in de trechter van de strafrechtsbedeling terechtkomen en zo de input bepaalt. Het is dus adequaat de analyse te starten bij het prille begin: de strafbaarstelling. Het behoort tot de bevoegdheid van de wetgever te beslissen over de strafwaardigheid van bepaalde onwenselijke gedragingen en daarbij aansluitend te waken over de *ultimum remedium* filosofie van het strafrechtelijk optreden. Dit hoofdstuk zal leiden tot de beantwoording van de deelvraag: “*Welke ruimte biedt het huidig juridisch kader voor de strafwetgever - nationaal dan wel internationaal - om rekening te houden met ‘het belang van het kind’ bij het instellen van nieuwe strafbepalingen?*”

4.1.1 Strafbaarstelling door nationale wetgever

In het merendeel van de Europese landen is parentale ontvoering ingeschreven in het strafwetboek als misdrijf. Interstatelijk zijn wel significante verschillen te vinden in zowel de aard van de straf als de strafmaat. Onderzoek van de Commissie Burgerlijke Vrijheden, Justitie en Binnenlandse Zaken van het Europees Parlement (LIBE) bracht het strafrechtelijk antwoord op kinderontvoering van 17 lidstaten in kaart. In al deze lidstaten is parentale kinderontvoering strafbaar. De geldboete en de gevangenisstraf zijn de meest gekozen strafvormen, waarbij de

¹⁰⁹ Gutwirth, S. & De Hert, P. (2001). Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers, *Delikt en Delinkwent*, 1048-1087.

duurtijd varieert van minimum 6 maanden tot maximum 12 jaar in uitzonderlijke omstandigheden. De strafmaat in het merendeel van de EU-lidstaten bevindt zich tussen de 3 en de 5 jaar. In Spanje werd bij de penalisering uitdrukkelijk het verbod op het uitoefenen van ouderlijke rechten naar voren geschoven, naast de klassieke strafrechtssancties.

Een belangrijk besluit van de onderzoekers is dat in bepaalde landen, waaronder Nederland en Roemenië, criminele sancties zelden in de praktijk toegepast worden. De algemene beleidslijn daar is dat burgerlijke sancties verkozen worden boven de criminele sancties.¹¹⁰ Toch wordt in vele landen, inclusief België, gesteld dat het waarborgen van ‘het belang van het kind’ een strafrechtelijke vervolging als drukkingsmiddel vereist.¹¹¹ ‘Het belang van het kind’ vormde zelfs het uitgangspunt van de strafbaarstelling. Het misdrijf werd immers ingevoerd teneinde gedragingen die indruisen tegen de burgerlijke beslissing inzake het omgangsrecht, te bestraffen. Een schending van deze, in ‘het belang van het kind’ genomen, beslissing vereist volgens de Belgische strafwetgever een strafrechtelijke sanctie. Zoals reeds besproken staat parentale ontvoering in ons Belgisch Strafwetboek omschreven in artikel 432. Het wordt bestraft, de verzwarende omstandigheden van het internationale aspect in acht genomen, met gevangenisstraf van een jaar tot vijf jaar en met een geldboete gaande van vijftig euro tot duizend euro.¹¹²

Samengevat lijkt in zekere mate consensus te zijn gevonden omtrent de strafwaardigheid van de kinderontvoering. Ik pleit echter voor een fundamenteel debat over de wenselijkheid van de strafbaarstelling van (internationale) parentale ontvoering. Minstens dienen alle actoren zich bewust te zijn van de mogelijke negatieve neveneffecten van de mogelijkheid op strafrechtelijke vervolging van de ontvoerende ouder.

Deze noodzakelijke bedenkingen bij de strafrechtelijke aanpak van kinderontvoering werden reeds geuit door diverse actoren. Allereerst stelt Child Focus duidelijk dat ze geen voorstander zijn van een onmiddellijke strafrechtelijke aanpak van internationale parentale ontvoeringen. Zij pleiten voor het maximaal inzetten van alternatieve methoden tot conflictoplossing, zoals bemiddeling. De ontvoering is immers het resultaat van een uit de hand gelopen familiaal conflict, waarbij escalering te allen tijde moet vermeden worden. Het dreigen met vervolging kan de conflictoplossing net bemoeilijken, wat uiteraard niet in ‘het belang van het kind’ is.¹¹³

¹¹⁰ LIBE (2015). *Cross-border parental child abduction in the European Union*, Study conducted by the Swiss Institute of Comparative Law, for the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs of the European Parliament

¹¹¹ De Smet, B. (2015). ‘Niet-afgifte van kinderen’ in Vandeplas, A., Arnou, P. (eds.), *Strafrecht en strafvordering*. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Mechelen, Kluwer, 2015, 148-149

¹¹² Artikel 432, Belgisch Strafwetboek, 8 juni 1867

¹¹³ Demarré, H. (2010) Strafrechtelijke aanpak ouderontvoering niet altijd productief, *Juristenkrant*, 10-11.

Verder wijst Verheyde er terecht op dat de mogelijke strafrechtelijke vervolging van de ontvoerende ouder deze laatste net kan aanmoedigen zich verborgen te houden met de kinderen.¹¹⁴ Zonder lokalisatie van de kinderen is terugkeer onmogelijk. Verheyde duidt zo op de tegenstrijdige finaliteiten van de strafrechtelijke en de burgerlijke procedure, waardoor deze elkaar kunnen ondergraven. Daarnaast is het ook mogelijk dat het kind zich gaat verzetten tegen de benadeelde ouder als wraak voor het opstarten van de strafprocedure tegen de andere ouder.¹¹⁵ Tot een oplossing in ‘het belang van het kind’ wordt in deze gevallen geenszins gekomen. Ook het VN-Kinderrechtencomité is zich expliciet bewust van de negatieve implicaties van een strafrechtelijke vervolging. Zij uiten vooral de vrees dat de significante hechtingsfiguur door opsluiting in de gevangenis zal weggehaald worden bij het kind en diens belang daardoor zal geschonden worden. Hierop zal verder ingegaan worden bij de keuze tussen de modaliteiten van de strafuitvoering. Tot slot moet duidelijk gesteld worden dat een strafrechtelijke veroordeling van de ontvoerende ouder niet noodzakelijk een einde maakt aan de onttrekking van het kind aan de benadeelde ouder. De vervolging van de ontvoerende ouder staat niet gelijk aan een terugkeer van het kind en verhindert bijgevolg niet dat het kind in het land blijft waarnaar hij/zij ontvoerd is. Dit gegeven wordt al te vaak vergeten, maar duidt wel op de beperkte doeltreffendheid van de strafrechtelijke procedure voor de benadeelde ouder.

Stemmen klinken steeds luider voor het instellen van de verplichting voor de wetgever om rekening te houden met ‘het belang van het kind’. Mijns inziens is een goede realisatie hiervan echter betwifelbaar, gezien op het moment van de totstandkoming van een wet of strafrechtsartikel, het kind nog niet identificeerbaar is. Eerder werd gewezen op het belang van de beoordeling in concreto. Een beoordeling in abstracto is dan ook niet wenselijk.

Nochtans zijn er alternatieve mogelijkheden voor het in acht nemen van ‘het belang van het kind’ op wetgevend niveau. Inspiratie voor *good-practices* kan gehaald worden bij de ervaringen van de Vlaamse Decreetgever, gezien deze de verplichting heeft Kind- en Jongereneffectrapporten op te stellen. Deze rapporten worden opgesteld bij elk regelgevend initiatief inzake kinderen. De weerslag van het initiatief op jongeren wordt daarbij ingeschat en geformaliseerd.¹¹⁶ Het oorspronkelijke decreet van 15 juli 1997 stelde het kindeffectrapport in, waardoor België voor een wereldwijde primeur zorgde. Daarin werd bepaald dat elk ontwerp van decreet op het ogenblik van indiening bij het Vlaams Parlement vergezeld moet zijn van een

¹¹⁴ Verheyde, M. (2003). Internationale parentale ontvoeringen. *Nieuw Juridisch Weekblad*, 43, 990-995.

¹¹⁵ De Smet, B. (2015). ‘Niet-afgifte van kinderen’ in Vandeplas, A., Arnou, P. (eds.), *Strafrecht en strafvordering*. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Mechelen, Kluwer, 2015, 148-149

¹¹⁶ Desmet, E., Beeck, O. D., & Vandenhole, W. (2012). *Evaluatie van de kind-en jongereneffectrapportage (JoKER)*. Gent: Keki

kindeffectrapport, “voor zover de voorgenomen beslissing kennelijk ‘het belang van het kind’ rechtstreeks raakt”.¹¹⁷ Merk op dat de verwoording opvallend nauw aansluit bij de ruime interpretatiewijze van artikel 3 IVRK waarvoor eerder gepleit werd. Later werden deze rapporten uitgebreid naar de Kind- en Jongereneffectrapporten.

Het is wenselijk dat deze traditie van kindvriendelijkheid in justitie voortgezet wordt op andere beleidsdomeinen en -niveaus. Analoog aan deze praktijk kan de strafwetgever verplicht worden een *impact-assessment* te maken van de strafbaarstelling alvorens die daadwerkelijk in te stellen. Enkel wanneer de wetgever kan terugvallen op een grondig assessment van de impact van de strafbaarstelling op ‘het belang van het kind’, kan een doordachte beslissing genomen worden. Grondige lezing van de Algemene Commentaar nr. 5 onthult dat het VN-Kinderrechtencomité vandaag al staten aanmoedigt zulke *impact-assessments* te maken. Paragrafen 45 en 46 bepalen dat de beoordeling en evaluatie van de impact op kinderen van continue aard moet zijn. Dit geldt zowel voor wetsvoorstellen, beleidsbeslissingen of budgettoewijzingen die van invloed zijn op kinderen en het genot van hun rechten. Daarbij wordt expliciet gesteld dat elke staat moet overwegen hoe er kan worden voldaan aan de vereiste gesteld door artikel 3.1 IVRK en hoe er kan worden bijgedragen aan zichtbare integratie van kinderen in de beleidsvorming.¹¹⁸

Tot slot wijst een deel van de rechtsleer er op dat in verdedigingen voor de rechtbank steeds vaker het argument ingeroepen wordt dat de ontvoering noodzakelijk was om de belangen van de kinderen te vrijwaren. Daarbij werpt de ontvoerende ouder op dat hij/zij geen andere uitweg zag dan het kind in veiligheid te brengen door het mee te nemen over de landsgrens.¹¹⁹ Deze argumentatie doet denken aan de situatie zoals eerder omschreven in de fictieve casus B. Het eerder geanalyseerd arrest *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* toont echter ook het realistische aspect van deze redenering. In deze casus is het namelijk zo dat de moeder haar kind ontvoerde om te voorkomen dat de vader het kind zou meenemen naar de ultraorthodoxe radicale beweging waarbij hij zich aangesloten had, voor religieuze indoctrinatie.¹²⁰ Het bestaan van dergelijke situaties geeft extra input aan de discussie inzake de wenselijkheid van de strafbaarstelling.

¹¹⁷ Decreet houdende instelling van het kindeffectrapport en de toetsing van het regeringsbeleid aan de naleving van de rechten van het kind, 15 juli 1997, *BS* 7 oktober 1997.

¹¹⁸ UN Committee on the Rights of the Child (CRC) (2003). *General Comment No. 5.(2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, UN Doc. CRC/GC/2003/5, 27 november 2003.

¹¹⁹ Vandenhole, W. (2010). Kan belang van kind ontvoering door ouder verantwoordend?, *De juristenkrant: een actuele kijk op het recht*, 217, 6.

¹²⁰ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, nr. 41615/07, EHRM, 6 juli 2010

4.1.2 Internationale wetgever: ontbreken van een Europese definitie

Op Europees niveau zijn diverse instrumenten van internationaal privaatrecht ontwikkeld. De nood aan EU-brede samenwerking in zaken van parentale ontvoering werd reeds vroeg erkend. Nochtans maken deze samenwerkingsinstrumenten abstractie van het gepleegde misdrijf. Eerder werd al gewezen op de verschillende finaliteiten van beide procedures waardoor een burgerrechtelijke beslissing in het voordeel van de ontvoerende ouder mogelijk blijft. Cruciaal in de analyse is het gegeven dat in geen enkel instrument een vereiste tot strafbaarstelling terug te vinden is. Dit ontbreken van de EU-vereiste voor het inschrijven van het misdrijf is opvallend om een aantal redenen.

Eerst en vooral betekent het ontbreken van een vereiste tot strafbaarstelling dat de Europese Unie ruimte laat voor een debat over de wenselijkheid van de strafrechtelijke vervolging in zaken van kinderontvoering. Door geen verplichting in te stellen, laten zij de deur open voor andere, adequatere afhandelingswijzen zoals bemiddeling of een burgerrechtelijke procedure. Het lijkt erop dat de EU zich niet noodzakelijk aansluit bij de meerderheid van de lidstaten die internationale parentale ontvoering strafrechtelijk vervolgen.

Ten tweede is dit gegeven opmerkelijk gezien dit belangrijke implicaties heeft voor de internationale samenwerking in strafzaken. In de casus van internationale parentale ontvoering kan het land van de benadeelde ouder immers een verzoek tot rechtshulp richten aan het land waar de ontvoerende ouder zich, samen met het kind, bevindt. Op niveau van de Raad van Europa kan een verzoek komen tot uitlevering. Op niveau van de Europese Unie is het mogelijk dat een Europees Aanhoudingsbevel uitgevaardigd wordt tussen lidstaten, waardoor niet van uitlevering maar van overlevering gesproken wordt.¹²¹

Uitlevering en overlevering zijn juridisch verschillend geregeld. Waar overlevering tussen lidstaten van de EU relatief strikt geregeld is, stellen zich in de uitleveringsprocedures meer problemen. Een belangrijke voorwaarde voor een intrusieve maatregel, zoals uitlevering, is de vereiste van de dubbele strafbaarheid. Deze vereiste stelt dat het feit waarvoor de uitlevering gevraagd wordt, strafbaar moet gesteld zijn in zowel de verzoekende als de aangezochte staat. Wanneer het misdrijf 'internationale parentale ontvoering' ontbreekt in het interne recht van deze laatste staat, kan deze weigeren de ouder uit te leveren. Deze situatie is niet ondenkbaar, gezien de EU zijn lidstaten niet verplicht tot het inschrijven van het misdrijf. Daarnaast kan bij

¹²¹ Verbruggen, F., (2004), Aspecten van internationalisering van het strafrecht. In Van Daele, D., Verstraeten, R., Verbruggen, F., & Spriet, B (Eds.), *Straf(proces)recht*. Brugge: Die Keure.

een procedure van uitlevering de aangezochte staat zich beroepen op de exceptie van nationale onderdanen die niet uitgeleverd worden.¹²²

Deze twee weigeringsgronden worden binnen de procedure van overlevering op een andere wijze toegepast. Binnen de EU werd immers beslist om de vereiste van de dubbele strafbaarheid af te bouwen. Een uitgebreide analyse volgt in het hoofdstuk over het parket. Voorlopig wordt gesteld dat ook in de procedure van overlevering nog problemen rijzen en de lidstaten van de EU geconfronteerd worden met blijvende moeilijkheden.

Tot slot bemoeilijkt het werken met verschillende definities, zelfs wanneer beide betrokken landen de ontvoering strafbaar gesteld hebben, de samenwerking alsnog sterk.

Het behoort wel degelijk tot de mogelijkheden van de Europese Unie om zich te mengen in de nationale strafbaarstellingen en voorziene strafmaten. Juridische grond daarvoor is het Verdrag van Maastricht van 1992, waarmee de geboorte van de Europese Unie een feit werd. Met dit verdrag werden gemeenschappelijke optredens aangenomen met bijhorende minimumstandaarden. Deze standaarden kunnen handelen over noodzakelijk in te voeren strafbaarstellingen. Lidstaten behielden wel nog de bevoegdheid autonoom te beslissen over de strafmaat, maar de strafbaarstelling kon, sinds 1992, wel in handen van de EU gelegd worden. Met het Verdrag van Amsterdam, daterend van 1997, werd formeel de harmonisatiebevoegdheid ingeschreven. Deze maakt het mogelijk dat de EU zich nu ook inmengt in de nationaal voorziene strafmaten.¹²³ Ondanks deze juridische gronden die voorhanden zijn, heeft de EU de optie kinderonvoering strafbaar te stellen niet weerhouden.

Het gegeven dat de strafrechtelijke procedure bemoeilijkt wordt door het ontbreken van een EU-vereiste tot strafbaarstelling hoeft niet onwenselijk te zijn. Niettegenstaande de vele moeilijkheden die, voor de benadeelde ouder, voortvloeien uit de voorwaarden tot over- of uitlevering wordt op die manier door de EU ruimte gelaten voor alternatieve afhandelingsmogelijkheden. Alle stakeholders kunnen participeren in een debat inzake een optimale afhandeling van zaken van internationale kinderonvoering. Een afhandeling die adequaat is voor beide ouders, maar bovenal ‘het belang van het kind’ optimaal waarborgt.

¹²² De Smet, B. (2005). *Jeugdbeschermingsrecht in kort bestek* (Vol. 5). Intersentia nv.; Verbruggen, F., (2004), Aspecten van internationalisering van het strafrecht. In Van Daele, D., Verstraeten, R., Verbruggen, F., & Spriet, B (Eds.), *Straf(proces)recht*. Brugge: Die Keure.

¹²³ De Bondt, W. (2014). De speelruimte van de EU om zich te bemoeien met de nationaal voorziene strafmaten. In Pauwels, L. & Vermeulen, G. (Eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake EU Justitiebeleid, cannabisbeleid, misdaad en straf, jongeren en jeugdzorg, internationale vrede, veiligheid en gerechtigheid, gewelddadig extremisme & private veiligheid en zelfregulering* (Vol. 7, pp. 66–89). Antwerpen: Maklu.

4.2 Het Openbaar Ministerie en ‘het belang van het kind’

Het Openbaar Ministerie is de tweede relevante actor van de strafrechtsbedeling. Andere benamingen voor deze actor zijn het parket, de staande magistratuur, de procureur of de openbare aanklager. Deze actor wordt in de literatuur meermaals een cruciale rol toegeschreven, gezien deze het monopolie heeft over de beslissing tot sepot dan wel vervolging. De grootste filter van de strafrechtsbedeling situeert zich dus ongetwijfeld hier. In wat volgt worden de deelaspecten van de onderzoeksvraag over de rol van het parket beantwoord.

4.2.1 Opportuniteit van vervolging in België

Artikel 138 van ons Belgisch Gerechtelijk Wetboek bepaalt: “*Het Openbaar Ministerie vordert de toepassing van de strafwet*”. Het parket is met andere woorden de vervolgende partij in strafzaken en staat in voor de strafvordering.¹²⁴ Het Belgische vervolgingsbeleid is gebaseerd op het principe van de ‘opportuniteit van de vervolging’. Dit principe is sinds de Wet Franchimont wettelijk vastgesteld. Artikel 28quater Sv. bepaalt dat de procureur des Konings oordeelt over de opportuniteit van de vervolging.¹²⁵ Dit betekent dat het parket niet verplicht wordt alle misdrijven te vervolgen en voor de strafrechter te brengen. Wanneer het opsporingsonderzoek afgerond wordt, wordt beslist over de opportuniteit van de oriëntering die aan het strafdossier dient gegeven te worden. De parketmagistraat beslist dus autonoom over een wenselijk en passend gevolg voor de feiten. Daarbij heeft hij de keuze uit sepot, alternatieve afhandelingen (minnelijke schikking en bemiddeling in strafzaken), of het instellen van de vervolging voor de vonnisgerechten. Het opportuniteitsprincipe is een belangrijk strafrechtelijk uitgangspunt waardoor aan de vervolgende instanties een ruime beleidsvrijheid wordt toegekend.¹²⁶

Reden tot sepot of niet-vervolging kunnen van diverse aard zijn. Een technisch sepot heeft praktische redenen: onvoldoende bewijs, onvindbare dader, een verjaard misdrijf etc. Een vervolging zal daarbij weinig waarschijnlijk tot een veroordeling kunnen leiden. Bij een zogenaamd opportuniteitssepot beslist het parket dat een vervolging niet wenselijk, niet *opportuun*, is. De beleidsruimte is echter niet onbegrensd. Allereerst vormen de, door de minister van justitie uitgevaardigde, richtlijnen van strafrechtelijk beleid het leidende principe bij deze beslissing tot sepot. Daarbij wordt, vanuit een zeker managementoogpunt, gesteld dat de

¹²⁴ Artikel 138, Gerechtelijk wetboek, 10 oktober 1967

¹²⁵ Artikel 28quater, Belgisch Wetboek van Strafvordering, 17 november 1808

¹²⁶ Verstraeten, R. (2003). *Handboek strafvordering*. 3e bijgewerkte druk Antwerpen: Maklu; FOD Justitie (2018), Brochure: het Openbaar Ministerie, geraadpleegd op 30 maart 2018, http://www.om-mp.be/om_mp/files/en-savoir-plus/brochures/NL/15a-Het%20OM_NL.pdf

beschikbare capaciteit zo goed mogelijk moet toelaten de na te streven strafdoelen te bereiken en dat een coherente strafvervolgning verzekerd moet worden.¹²⁷ Daarnaast wordt bepaald dat het parket gehouden is rekening te houden met het individuele geval zoals de persoon van de dader en de zwaarte van het gepleegde feit.¹²⁸ Opmerkelijk is het ontbreken van een nadere, nauwkeurige omschrijving van ‘opportuiniteit’. Zo heeft ook de rechtsleer reeds gewezen op de noodzaak het begrip ‘opportuiniteit’ te koppelen aan het algemeen belang.¹²⁹ Daarnaast is het wenselijk de sepotgronden te expliciteren. *Good-practices* kunnen hiervoor ontleend worden aan onze buurlanden, zoals Duitsland en Nederland.¹³⁰

Wanneer het opportuiniteitsbeginsel gekoppeld wordt aan het algemeen belang geeft dit aanleiding tot enerzijds een negatieve en anderzijds een positieve interpretatie.¹³¹ In de negatieve interpretatie vormt de vervolging nog steeds de hoofdregel en kan worden afgezien van de vervolging op grond van het algemeen belang. Het algemeen belang wordt dus geïnterpreteerd als uitzonderingsgrond. Het is betwifelbaar of deze interpretatiewijze ruimte laat voor het rekening houden met ‘het belang van het kind’, gezien dit per definitie individuele belangen betreft. De positieve interpretatie daarentegen stelt dat het algemeen belang niet de uitzondering maar de noodzakelijke voorwaarde vormt voor het strafrechtelijk ingrijpen. Deze visie biedt waarschijnlijk meer aangrijpingspunten om artikel 3 IVRK in rekening te brengen waardoor deze als basis voor deze analyse zal dienen. Er wordt immers alleen vervolgd wanneer deze vervolging positief zal bijdragen aan de rechtshandhaving.¹³² In de literatuur werd eerder gesteld dat deze positieve interpretatie een theoretische basis biedt om tegemoet te komen aan de maatschappelijke nood af te zien van vervolging.¹³³

Niettemin blijven obstakels bestaan om aan ‘het belang van het kind’ een volwaardige plaats toe te kennen. Geelhoed stelt dat het algemeen belang twee dimensies bevat.¹³⁴ Ten eerste is er de ‘afbakening’. Dit houdt in dat de autoriteiten identificeren welke de belangen zijn die in acht moeten worden genomen worden bij de beslissing. Aan de hand van de geïdentificeerde belangen moet een keuze gemaakt worden uit de diverse mogelijke strafrechtelijke optredens.

¹²⁷ Van Daele, D. (2010). Het opportuiniteitsbeginsel en de afhandeling van strafzaken in België. *Strafblad*, 8(3), 194-206.

¹²⁸ Verstraeten, R. (2003). *Handboek strafvordering*. 3e bijgewerkte druk Antwerpen: Maklu.

¹²⁹ Verstraeten, R., Van Daele, D., Bailleux, A., & Huysmans, J. (2012). *De burgerlijke partijstelling : analyse en toekomstperspectief : een rechtsvergelijkende studie*. Antwerpen: Intersentia

¹³⁰ Fijnaut, C., Van Daele, D., & Parmentier, S. (2000). *Een openbaar ministerie voor de 21ste eeuw*. Leuven: Universitaire pers.

¹³¹ Geelhoed, W. (2012). Europeanisering van het algemeen belang in de strafrechtelijke handhaving. *Nederlands Juristenblad*, 5.

¹³² Frielink, P. M. (2010). De positieve interpretatie van het opportuiniteitsbeginsel. *Ars Aequi*, 59(10), 730-732; Cleiren, C. P. M., & Frielink, P. M. (2010). Het opportuiniteitsbeginsel (Redactioneel). *Strafblad*, 8, 3;

Geelhoed, W. (2012). Europeanisering van het algemeen belang in de strafrechtelijke handhaving. *Nederlands Juristenblad*, 5.

¹³³ Cleiren, C. P. M., & Frielink, P. M. (2010). Het opportuiniteitsbeginsel (Redactioneel). *Strafblad*, 8, 3.

¹³⁴ Geelhoed, W. (2012). Europeanisering van het algemeen belang in de strafrechtelijke handhaving. *Nederlands Juristenblad*, 5.

Daarbij moet het debat worden geopend in welke mate daarbij private belangen, *in casu* deze van de kinderen, in de weegschaal mogen worden gelegd. Het behartigen van de belangen van de kinderen vormt mijns inziens ook een taak met publiek belang van alle wetgevende en rechtsprekende autoriteiten. Het citaat van Carol Bellamy: “*In serving the best interests of children, we serve the best interests of all humanity*”, reeds aangehaald bij de opening van deze masterproef vormt een mooie illustratie van dit idee. Daarenboven biedt het tweede aspect, dat van ‘normativiteit’, bijkomende ondersteuning voor het rekening houden met artikel 3 IVRK. Dit aspect bepaalt dat de keuze voor een concreet strafrechtelijk antwoord moet geleid worden door de strafdoelen. De rechtvaardiging voor de straf of het achterwege laten ervan moet gebaseerd zijn op de notie van rechtvaardigheid. Vanuit een utilitaristisch standpunt wordt aanvaard dat het opleggen van een straf het algemeen welzijn dient te vergroten.¹³⁵ Wanneer het welzijn van de kinderen gezien wordt als (onderdeel van) het gemeenschappelijk welzijn, biedt deze theorie een adequate basis voor het rechtvaardigen van het nalaten een strafrechtelijke sanctie, minstens detentie, op te leggen.

Samengevat maakt de huidige wetgeving het mogelijk om, op grond van de individuele omstandigheden van de zaak, af te zien van vervolging. De nadere omschrijving van de opportuniteit, op grond van de positieve interpretatie, biedt verdere legitimatie voor deze praktijk. Het aspect normativiteit kan daarbij aangegrepen worden om ook de belangen van de kinderen zoals omschreven in artikel 3 IVRK in acht te nemen bij de beslissing tot sepot.

Er dient opgemerkt te worden dat het opportuniteitsbeginsel, meer bepaald de positieve interpretatie ervan, problematisch kan zijn in een Europese context. Het principe kan immers geconfronteerd worden met obstakels indien de Europese Unie de noodzakelijke vervolging van kinderonvoering zou beklemtonen. Wanneer een nationale staat geen gehoor geeft aan de Europese strafbaarstellingen en deze van vervolging ontziet, ontkent de staat daarmee de effectiviteit van het Europese recht. Op vandaag ontbreekt het aan een Europese vereiste tot strafbaarstelling, waardoor deze problemen zich niet stellen.¹³⁶

¹³⁵ de Keijser, J.W. (2001). Theoretische reflectie: de vergeten basis voor een bezonnen rechtspleging, *Delikt en Delinkwent*, 392.

¹³⁶ Geelhoed, W. (2013). *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie: een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeaniseerde rechtsorde*. Kluwer: Deventer.

4.2.2 Implicaties voor het adagium *le criminel tient le civil en état*

In de voorstelling van de casus van internationale parentale ontvoering werd reeds gewezen op een belangrijke bemoeilijkende factor in het samenspel van de strafrechtelijke en de burgerrechtelijke procedure: het adagium *le criminel tient le civil en état*. Dit principe vindt zijn juridische grond in artikel 4 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering. Samengevat betekent het principe dat het strafrecht voorrang heeft op het burgerlijk recht. Meer precies stelt het adagium dat wanneer “*de vordering voor de burgerlijke rechter haar grondslag vindt in een misdrijf dat voor de strafrechter wordt vervolgd*”, artikel 4 V.T Sv. geldt. De uitspraak over de burgerlijke vordering is dan geschorst zolang er geen definitieve, in kracht van gewijsde gegane, uitspraak van de strafrechter is.¹³⁷ Traditioneel wordt het principe vooral toegepast bij procedures waarbij door een strafbaar feit ook een burgerrechtelijke aansprakelijkheid tot stand komt. Toch is het niet enkel de vordering voor de burgerlijke rechter wegens schade die veroorzaakt is door het misdrijf die zal geschorst worden. Door het adagium wordt “*Elke vordering voor de burgerlijke rechter waarbij de uitkomst van de strafvordering een invloed kan uitoefenen op het resultaat van deze vordering, ongeacht de partijen die bij de strafvordering en de burgerlijke vordering zijn betrokken*” geschorst.¹³⁸

Toch staat dit standpunt niet alleen. Er zijn ook tegenstanders te vinden voor het koppelen van de beide procedures die, zoals in de casus van internationale kinderontvoering, handelen over diverse topics.¹³⁹ Het adagium zou immers ingesteld zijn voor het toepassen op een burgerlijke procedure, waarvoor de beslissing van de strafprocedure een impact zal hebben. Aan deze voorwaarde is niet noodzakelijk voldaan in onze casus. De beslissing tot vervolging staat in principe los van de beslissing over de terugkeer van het kind. Deze laatste beslissing is in deze visie een autonome, puur burgerrechtelijke aangelegenheid. Toch ben ik van mening dat de strafrechtelijke beslissing niet irrelevant is voor de burgerrechtelijke beslissing. Om ‘het belang van het kind’ ten volle te vatten, moet rekening gehouden worden met de mogelijke vervolging van de ontvoerende ouder. Beide factoren zijn niet los te koppelen van elkaar, gezien de strafrechtelijke beslissing onmiskenbaar ‘het belang van het kind’ zal beïnvloeden. Er kan hier terug verwezen worden naar de argumentatie in het arrest *Neulinger*, waarbij de mogelijke strafrechtelijke vervolging van de ontvoerende ouder in acht werd genomen.

¹³⁷ Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2017). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*. 10e herziene uitgave Antwerpen: Maklu.

¹³⁸ Verstraeten, R., Van Daele, D., Bailleux, A., & Huysmans, J. (2012). *De burgerlijke partijstelling : analyse en toekomstperspectief : een rechtsvergelijkende studie*. Antwerpen: Intersentia

¹³⁹ Arnou, P. (1986). Het gezag van gewijsde van de vrijspraak of buitenvervolginstelling voor de burgerlijke rechter. *Verstraeten, R., Strafprocesrecht voor rechtspractici, Leuven-Amersfoort, Acco*, 163-189.

De vraag stelt zich of, door de koppeling van beide procedures, een oneigenlijk gebruik van het adagium tot stand komt. Daarenboven is de toepassing van *le criminel tient le civil en état* niet vrij van obstakels. Om tegemoet te komen aan deze obstakels dient een adequatere omschrijving en/of toepassing van het adagium gevonden te worden.

Le criminel tient le civil en état wordt vanuit juridisch standpunt in verband gebracht met beginsel van het strafrechtelijk gezag van gewijsde. De burgerlijke rechter is hierbij gehouden zich, bij de beoordeling van de voor hem ingestelde burgerlijke vordering, te baseren op de beslissing genomen door de strafrechter.¹⁴⁰ Dit principe weerspiegelt de hiërarchie van de betrokken belangen uit de diverse procedures: het hogere belang van de hele maatschappij uit de strafprocedure versus de private belangen uit de burgerlijke procedure.¹⁴¹

In de casus van kinderontvoering betekent dit dat de uitspraak over de mogelijke terugkeer van het kind geschorst is zolang niet beslist werd over de mogelijke strafrechtelijke vervolging van de ontvoerende ouder. Er werd reeds gewezen op de problematische weerslag van het volgen van dit adagium voor ‘het belang van het kind’. De gemiddelde duurtijd van een strafprocedure zal deze van een burgerlijke makkelijk overschrijden. Een ontvoerd kind zo lang, nodeloos, in onwetendheid houden is duidelijk niet opportuun.

De vraag rijst of toepassing van het adagium betekent dat wanneer beslist wordt tot vervolging of detentie van de ontvoerende ouder, dit automatisch de terugkeer van de kinderen impliceert. De burgerlijke rechter is, volgens het adagium, immers verplicht rekening te houden met de strafrechtelijke beslissing. Deze redenering staat lijnrecht tegenover de filosofie van artikel 3 IVRK, welke ‘het belang van het kind’ als éérste overweging naar voren schuift. De verplichting rekening te houden met de strafrechtelijke uitspraak beperkt het assessment van ‘het belang van het kind’ te verregaand.

De achterliggende *ratio legis* van dit adagium is cruciaal om de werking in de casus van internationale parentale ontvoering te onderwerpen aan een kritische analyse. Finaliteit van het principe was het vermijden van tegenstrijdige beslissingen in parallelle burgerrechtelijke en strafrechtelijke procedures.¹⁴² *Le criminel tient le civil en état* kon vermijden dat paradoxale beslissingen tot stand kwamen. Het is duidelijk dat in de casus van kinderontvoering dit principe niet garant staat voor adequate beslissingen. Het respecteren van het adagium kan impliceren dat

¹⁴⁰ Verstraeten, R., Van Daele, D., Bailleux, A., & Huysmans, J. (2012). *De burgerlijke partijstelling : analyse en toekomstperspectief : een rechtsvergelijkende studie*. Antwerpen: Intersentia

¹⁴¹ Wylleman, A. (1988). Het gezag van gewijsde: uitdrukking van het rechterlijk gezag. *Tijdschrift voor privaatrecht*, 33-88

¹⁴² Cassatie, 13 februari 1978, 701

er beslist wordt tot terugkeer van het kind op basis van de strafrechtelijke veroordeling of detentie van de ontvoerende ouder. Op die manier wordt voorbijgegaan aan de internationale verplichting die artikel 3 IVRK stelt. Er moet dan ook grondig overwogen worden om het adagium te verlaten in de casus van kinderontvoering.

Het adagium dient verlaten te worden om te voldoen aan de vereisten die artikel 3 IVRK stelt. De casus van parentale ontvoering plaatst echter ook vraagtekens bij de wenselijkheid van een totaal omdraaien van het adagium. Dit zou betekenen dat de strafrechter zijn beslissing baseert op de burgerrechtelijke uitspraak over de terugkeer van de kinderen. ‘Het belang van het kind’ vormt dan daadwerkelijk de eerste overweging, in die mate dat het primeert op de strafrechtelijke uitspraak. Wellicht zal de realisatie van deze drastische ommezwaai in de praktijk moeilijk liggen, gezien dan ook impliciet aanvaard wordt dat de burgerlijke rechter oordeelt over de opportuniteit van de vervolging. Traditioneel behoort deze bevoegdheid tot het monopolie van het parket.

Toch is deze afhandelingswijze niet volledig onmogelijk. Gezien in ons rechtssysteem het principe van de opportuniteit van vervolging geldt, is het mogelijk om, rekening houdend met de burgerrechtelijke beslissing, af te zien van vervolging. Op deze manier kan beslist worden tot sepot wanneer geoordeeld werd dat een terugkeer van het kind zijn of haar belangen zou schenden. ‘Het belang van het kind’ wordt zo optimaal gevrijwaard, gezien vermeden wordt dat het kind onderwerp wordt van maatregelen van jeugdbescherming en zo verwijderd wordt van beide ouders. Om dit te realiseren dient onderzocht te worden in welke mate het mogelijk is op het niveau van het parket prioriteit te verlenen aan de zaken van kinderontvoering. Daarbij aansluitend zou een automatische doorstroom van informatie van de burgerlijke rechter naar de strafrechter gegarandeerd moeten worden. Een meldingsplicht in dit soort cases zou een stap vooruit zijn.

4.2.3 Internationaal: wat met landen met legaliteit van de vervolging?

De strafrechtelijke tegenhanger van het opportuniteitsbeginsel is het legaliteitsbeginsel.¹⁴³ Waar in België het opportuniteitsbeginsel van kracht is ten aanzien van de vervolgingsbeslissing, hebben een aantal andere Europese landen een vervolgingsbeleid gebaseerd op het legaliteitsbeginsel. Voorbeelden hiervan zijn: Duitsland, Polen, Portugal, Oostenrijk, Spanje, Finland, Zweden, Griekenland, Italië, Portugal en Zwitserland. In deze landen is het bewezen

¹⁴³ Verstraeten, R. (2003). *Handboek strafvordering*. 3e bijgewerkte druk Antwerpen: Maklu.

zijn van een misdrijf een voldoende voorwaarde voor het instellen van de strafvordering. Het parket is principieel verplicht de strafrechtelijke vervolging in te stellen.¹⁴⁴

In het licht van het voorgaand besproken adagium doet dit beginsel heel wat problemen rijzen. Wanneer het Openbaar Ministerie immers niet over de mogelijkheid beschikt af te zien van de vervolging en verplicht is deze voor de vonnisgerechten op te starten, zullen alle ouders die zich schuldig gemaakt hebben aan parentale ontvoering zich moeten verdedigen in de rechtbank. Het parket beschikt hier niet over de discretionaire bevoegdheid te oordelen over de wenselijkheid van de vervolging.¹⁴⁵

Het totaal gebrek aan onderzoek plaatst grote vraagtekens bij de manier waarop zaken van parentale ontvoering afgehandeld worden in landen waar legaliteit van vervolging geldt. Op basis van de huidige argumentatielijnen wordt verondersteld dat de weigering tot terugkeer minder frequent zal gebruikt worden. De ontvoerende ouder zal immers altijd onderwerp van strafrechtelijke vervolging zijn, waarbij detentie niet uitgesloten is. Dat detentie van de enige beschikbare ouder het welzijn van het kind in het gedrang brengt, hoeft geen verdere uitleg. Bijgevolg wordt het oordeel dat het niet opportuun is het kind bij de ontvoerende ouder te laten waarschijnlijker. De ouderlijke vervolging zal meegenomen worden in de beoordeling over ‘het belang van het kind’. De vraag is echter of ‘het belang van het kind’ niet de eerste overweging dient te zijn, in die mate dat de strafrechtelijke beslissing ten aanzien van de ouder ervoor moet wijken. In deze zienswijze moet geoordeeld worden over ‘het belang van het kind’, los van de parallelle strafrechtelijke procedure.

Het strafvorderlijke principe van de legaliteit van de vervolging verkleint de speelruimte om tot een adequate oplossing te komen in zaken van internationale kinderontvoering. De strafbaarstelling van het misdrijf dient daarom nog doordachter te gebeuren in landen met een vervolgingsbeleid op basis van legaliteit. De nood naar een zuiver conceptueel kader wordt door dit pijnpunt steeds dringender.

Wanneer deze analyse gekoppeld wordt aan de analyse op wetgevend niveau, kunnen een aantal samenvattende bedenkingen op een rijtje worden gezet. Het principe van de opportuniteit van de vervolging maakt het mogelijk dat, ondanks de strafbaarstelling van de ontvoering, afgezien wordt van de strafrechtelijke vervolging om ‘het belang van het kind’ niet te ondermijnen. Om

¹⁴⁴ Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2017). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*. 10e herziene uitgave Antwerpen: Maklu.

¹⁴⁵ Frielink, P. M. (2010). De positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. *Ars Aequi*, 59(10), 730-732

dit te realiseren dient het adagium *le criminel tient le civil en état* wel verlaten of zelfs omgedraaid te worden. In landen waar legaliteit van vervolging geldt botst een adequate afhandeling op nog grotere obstakels. De ontvoerende ouder zal automatisch voor de rechter gebracht worden. Het bestaan van de strafbaarstelling is hier problematischer, gezien vervolging altijd zal plaatsvinden en ‘het belang van het kind’ dus niet meer onderworpen kan worden aan een passend assessment, onafhankelijk van de strafrechtelijke procedure.

4.2.4 Doorkruising van het vervolgingsbeleid

Coherente burgerrechtelijke en strafrechtelijke beslissingen, welke elkaar niet ondermijnen, zijn nodig om ‘het belang van het kind’ te vrijwaren. Eerder werd verduidelijkt dat consistente beslissingen balanceren op een kwetsbaar evenwicht dat alsnog doorkruist kan worden. *Grosso modo* zijn twee mechanismen te onderscheiden die de genomen beslissing kunnen ondergraven en de balans op die manier aan het wankelen kunnen brengen. De eerder aangehaalde internationale samenwerking in strafzaken is daar één van.

4.2.4.1 Klacht met burgerlijke partijstelling bij onderzoeksrechter

Op nationaal niveau kan een klacht met burgerlijke partijstelling neergelegd worden bij de onderzoeksrechter. Wanneer de benadeelde ouder zich niet kan vinden in de motivatie tot seponering van de zaak, kan hij/zij zich benadeelde partij stellen en in deze hoedanigheid een klacht bij de onderzoeksrechter neerleggen. Juridische grondslag daartoe is artikel 63 Sv. Dit mechanisme brengt de strafvordering verplicht op gang.

In de huidige hervorming van het strafrecht lijkt een doorbraak te komen in de lang besproken discussie over het behouden van de onderzoeksrechter dan wel de omvorming naar een rechter van het onderzoek. In de discussie zijn twee visies te onderscheiden. Enerzijds wordt de burgerlijke partijstelling gezien als noodzakelijk correctiemechanisme op het machtige vervolgingsmonopolie van het parket. In deze visie staat de onderzoeksrechter garant voor een optimale rechtsbescherming gezien hij als zittende magistraat volledig onafhankelijk is en niet gehouden is beleidslijnen te volgen. Aan de andere zijde wordt de onderzoeksrechter benoemd als stoorzender in het strafrechtelijk beleid. De klachten met burgerlijke partijstelling zijn verantwoordelijk voor een groot aandeel van deze hap uit de capaciteit van de

strafrechtsketen.¹⁴⁶ Een particulier kan door de klacht het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie volledig doorkruisen. De aanhangers van de tweede visie lijken in zekere zin hun slag thuis te halen, hoewel van een volledige omvorming tot rechter van het onderzoek geen sprake is. Er wordt gepleit voor een eenvormig vooronderzoek onder leiding van het parket maar met behoud van een versterkte controle door de onderzoeksrechter.¹⁴⁷

Wanneer een grondig assessment van ‘het belang van het kind’ heeft plaatsgevonden, kan het mechanisme van de burgerlijke partijstelling de uitkomst van dit assessment volledig doorkruisen. Door de klacht vindt een heropening van de zaak plaats, gezien een beslissing tot sepot geenszins een buitenvervolginstelling betekent. Ik pleit dan ook mee voor de afschaffing van dit mechanisme gezien het in deze casus voor meer onzekerheid kan zorgen voor het kind dat, na door de hele gerechtelijke molen gehaald te zijn, eindelijk aan rust toe is. Vanuit juridisch standpunt is het onwenselijk dat de weloverwogen beslissing genomen door de strafrechtelijke autoriteiten alsnog doorkruist kan worden door de belangen van de benadeelde ouder.

Bijkomend argument voor deze hervorming is het gegeven dat er misbruik kan gemaakt worden van de burgerlijke partijstelling door het adagium *le criminel tient le civil en état*. De benadeelde ouder kan zich burgerlijke partij stellen in de strafprocedure met het doel de burgerlijke procedure te vertragen. Volgens het adagium is deze laatste procedure immers geschorst, wanneer in de procedure elementen worden behandeld die gemeen zijn aan de strafprocedure.¹⁴⁸ Deze vertraging kan een invloed uitoefenen op de beslissingen inzake het verblijf van het kind. Wanneer de kinderen tijdelijk terug op de oorspronkelijke verblijfsplaats zijn, kan zo vermeden worden dat de ontvoerende ouder alsnog het verblijfsrecht toegekend krijgt. Gelijkaardig aan deze redenering kan de benadeelde ouder zich ook burgerlijke partij stellen met als gehoopte finaliteit voordeel te halen uit het feit dat een strafprocedure loopt tegen de ontvoerende ouder. Op deze manier hoopt de ouder in de lopende burgerlijke procedure voorlopige maatregelen in zijn of haar voordeel te bekomen.¹⁴⁹

Samenvattend kan gesteld worden dat dit adagium om diverse redenen een bijkomende bemoeilijkende factor is in een adequate afhandeling van de casus van kinderontvoering.

¹⁴⁶ Decaigny, T. (2014). Onderzoeksrechter of rechter van het onderzoek: elementen in het debat. *Rechtskundig Weekblad*, 77, 923-933.

¹⁴⁷ Geens K. (2016). De sprong naar het recht voor morgen, hercodificatie van de basiswetgeving.

¹⁴⁸ Verstraeten, R., Van Daele, D., Bailleux, A., & Huysmans, J. (2012). *De burgerlijke partijstelling : analyse en toekomstperspectief : een rechtsvergelijkende studie*. Antwerpen: Intersentia

¹⁴⁹ Verstraeten, R., Van Daele, D., Bailleux, A., & Huysmans, J. (2012). *De burgerlijke partijstelling : analyse en toekomstperspectief : een rechtsvergelijkende studie*. Antwerpen: Intersentia

4.2.4.2 Internationale samenwerking in strafzaken

Zoals eerder verduidelijkt, zorgt het internationaal karakter van de parentale ontvoering ervoor dat zowel de burgerrechtelijke procedure als de strafrechtelijke procedure een internationale dimensie kan aannemen. Het is mogelijk dat het land van de benadeelde ouder een verzoek tot rechtshulp richt aan het land waar de ontvoerende ouder zich, samen met het kind, bevindt. Wanneer de staat waar de ontvoerende ouder zich bevindt besloten heeft af te zien van de vervolging, kan deze beslissing dus alsnog doorkruist worden wanneer de uit- of overlevering van de ontvoerende ouder gevraagd wordt. De juridische gronden hiertoe werden eerder besproken.

Wanneer dit verzoek tot rechtshulp zich afspeelt tussen lidstaten van de Raad van Europa, wordt van uitlevering gesproken. Wanneer dit verzoek intra-EU plaatsvindt, spreekt men van overlevering. Een Europees Aanhoudingsbevel, uitgevaardigd bij overlevering, is de vereenvoudigde grensoverschrijdende gerechtelijke procedure van uitlevering – met het oog op vervolging of tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf of een tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel in de verzoekende staat.¹⁵⁰

Eerder werd al gesteld dat de twee procedures juridisch op verschillende wijze geregeld zijn. De voorwaarden van dubbele strafbaarheid en de exceptie van uitlevering van nationale onderdanen werden reeds uiteengezet bij de procedure van de uitlevering. Binnen de Europese Unie werd besloten de juridische samenwerking naar een hoger niveau te tillen. Overlevering is gebaseerd op het mechanisme van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen, kenmerkend voor de Europese Unie. Dit mechanisme vertrekt vanuit het vermoeden dat alle proceswaarborgen, voornamelijk rechten van de verdediging, op een vergelijkbare manier worden gegarandeerd in alle EU-lidstaten.¹⁵¹

De lidstaten besloten in 2002, met het Europees Aanhoudingsbevel, de vereiste van de dubbele strafbaarheid af te bouwen. Deze afbouw is echter niet onvoorwaardelijk, waardoor nog steeds heel wat problemen rijzen bij een verzoek tot overlevering. Een analyse van de problematiek onthult een gelaagde structuur van dissensus, waarbij onenigheid bestaat inzake verschillende aspecten van het verzoek tot rechtshulp.

¹⁵⁰ Europese Commissie, Europees Aanhoudingsbevel, geraadpleegd op 23 maart 2018, https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-nl.do

¹⁵¹ Klimek, L. (2016). *European arrest warrant*. Springer.

Een eerste pijnpunt vloeit voort uit het gegeven dat de vereiste niet wegvalt voor alle misdrijven. Artikel 2.1 van de *Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States* bevat een limitatieve lijst van 32 categorieën van ernstige misdrijven waarvoor de dubbele strafbaarheid wegvalt en lidstaten aldus verplicht zijn het verzoek tot rechtshulp te beantwoorden. Een verzoek tot overlevering kan dan, ongeacht de visie van de aangezochte staat, niet geweigerd worden. De voor deze casus relevante categorie van ernstige misdrijven opgenomen in de lijst is ‘*kidnapping, illegal restraint and hostage-taking*’, vertaald als ‘ontvoering, wederrechtelijke vrijheidsberoving en gijzeling’.¹⁵² De vraag stelt zich of internationale parentale ontvoering juridisch-technisch onder ontvoering valt. De situering van het misdrijf in het Belgisch Strafwetboek geeft redenen hieraan te twijfelen. Parentale ontvoering valt immers onder de afdeling “Niet afgifte van kinderen” en niet onder “Ontvoering”. Door het ontbreken van een duidelijke EU-strafbaarstelling voor internationale parentale ontvoering, ontbreekt enige duidelijkheid over welke categorisatie aan het misdrijf toegeschreven wordt. Evenmin is een duidelijke EU omschrijving van ‘*kidnapping*’ voorhanden, waardoor vooralsnog onduidelijkheid blijft bestaan. Of parentale ontvoering onder ‘wederrechtelijke vrijheidsberoving’ valt, is evenmin duidelijk. Om aan deze onduidelijkheid tegemoet te komen, is vereist dat de Europese Unie een duidelijke definiëring voorziet voor de categorieën van misdrijven.

Ten tweede luidt artikel 2.2 van het *European arrest warrant* als volgt:

*“Tot overlevering op grond van een Europees aanhoudingsbevel kunnen leiden, onder de voorwaarden van dit kaderbesluit en zonder toetsing van de dubbele strafbaarheid van het feit, de navolgende strafbare feiten, indien daarop in de uitvaardigende lidstaat een vrijheidsstraf of een tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel staat met een maximum van ten minste drie jaar en zoals omschreven in het recht van de uitvaardigende lidstaat.”*¹⁵³

De vereiste van de dubbele strafbaarheid valt met andere woorden enkel weg wanneer de maximumstraf op parentale ontvoering minstens drie jaar bedraagt in het strafwetboek van de uitvaardigende staat. De strafdrempel naar het recht van de tenuitvoerleggende staat is niet vereist. Wanneer België een verzoek tot overlevering richt, is aan deze vereiste voldaan. De maximumstraf bepaald voor internationale parentale ontvoering is immers vijf jaar. Toch zorgt

¹⁵² European Union: Council of the European Union, *Council Framework Decision 2002/584 on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States*, 13 June 2002, -002/584/JHA, geraadpleegd op 12 maart 2018, <http://www.refworld.org/docid/3ddcfc495.html>

¹⁵³ European Union: Council of the European Union, *Council Framework Decision 2002/584 on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States*, 13 June 2002, -002/584/JHA, geraadpleegd op 12 maart 2018, <http://www.refworld.org/docid/3ddcfc495.html>

deze strafdrempel voor problemen in andere EU-lidstaten. Het is mogelijk dat landen een maximumstraf hebben die het vereiste minimum van drie jaar niet overschrijdt. Voorbeelden zijn Oostenrijk, Zweden en Roemenië. De kinderontvoering wordt er respectievelijk gestraft met een maximumstraf van één jaar (voor een ontvoering van een kind ouder dan 14 jaar in Oostenrijk en wanneer het misdrijf als niet ernstig gecategoriseerd wordt in Zweden) en drie maanden (onder bepaalde omstandigheden).¹⁵⁴ Tot slot wordt ook Schotland vermeld als voorbeeld van een uitvaardigende lidstaat met een onbeantwoorde strafdrempel: de maximumstraf bedraagt er twee jaar.

Wanneer geconcludeerd wordt dat kinderontvoering niet tot de lijst behoort van de 32 misdrijven waarvoor de voorwaarde van de dubbele strafbaarheid wegvalt, zijn de algemene vereisten voor de overlevering van toepassing. Daarbij blijft het noodzakelijk dat het misdrijf strafbaar is gesteld in het interne recht van zowel de verzoekende als de uitvaardigende staat. Bijkomend criterium inzake de strafdrempel voor deze misdrijven staat omschreven in artikel 2.1: *“Een Europees aanhoudingsbevel kan worden uitgevaardigd wegens feiten die door de wet van de uitvaardigende lidstaat strafbaar zijn gesteld met een vrijheidsstraf of een tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel, met een maximum van ten minste twaalf maanden of, wanneer een straf of een maatregel is opgelegd, wegens opgelegde sancties met een duur van ten minste vier maanden.”*¹⁵⁵

Volledigheidshalve wordt bij deze analyse ook nog vermeld dat in de procedure van overlevering de lidstaten zich niet kunnen beroepen op de exceptie van nationale onderdanen, dit in tegenstelling tot de procedure van uitlevering. Dit betekent dat ook ontvoerende ouders die de nationaliteit hebben van het land waarnaar ze het kind ontvoerd hebben, overgeleverd moeten worden.

4.2.5 De nood aan coherentie

Het eerste deel van de analyse van de doorkruising van het vervolgingsbeleid toonde dat de benadeelde partij door klacht met burgerlijke partijstelling bij de onderzoeksrechter de genomen beslissing kan doorkruisen. De toekomst zal uitwijzen of de onderzoeksrechter nu ook

¹⁵⁴ LIBE (2015). *Cross-border parental child abduction in the European Union*, Study conducted by the Swiss Institute of Comparative Law, for the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs of the European Parliament

¹⁵⁵ European Union: Council of the European Union, *Council Framework Decision 2002/584 on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States*, 13 June 2002, -002/584/JHA, geraadpleegd op 12 maart 2018, <http://www.refworld.org/docid/3ddcfc495.html>

daadwerkelijk zal omgevormd worden tot rechter van het onderzoek. Niet alleen vanuit managementoogpunt is deze hervorming een stap vooruit, gezien geen onnodig beslag meer gelegd wordt op de capaciteit van de strafrechtsketen. Ook ten aanzien van de positie van artikel 3 IVRK zal dit voor een stap in de goede richting zorgen. De rechter van het onderzoek zou een staande magistraat zijn, welke zijn beleid dient te verantwoorden. Het nog zo kwetsbare evenwicht tussen de burgerlijke en strafrechtelijke beslissing in de case van kinderontvoering wordt sterker beschermd indien geen doorkruising meer mogelijk is.

Het tweede deel heeft aangetoond dat heel wat problemen zich voordoen in het geval van een verzoek tot overlevering of uitlevering. Om aan deze moeilijkheden tegemoet te komen worden een aantal aanbevelingen gedaan.

Eerst en vooral ontbreekt het aan enige duidelijke definiëring van de categorisatie van de misdrijven. Zo heerst er onduidelijkheid of parentale ontvoering wel dan niet onder ‘*kidnapping*’ of ‘*illegal restraint*’ valt. Het is de taak van de Europese Unie om te voorzien in duidelijke omschrijvingen. Alleen op die manier kan het bestaan van discrepanties in interpretatie vermeden worden. Deze zijn onwenselijk gezien de loutere plaats van het misdrijf in het nationale strafwetboek geen invloed zou mogen hebben op de procedure van de overlevering en daarmee ook niet op ‘het belang van het kind’.

Mijns inziens zullen duidelijkere omschrijvingen een ontoereikend antwoord bieden op de huidige problematiek. Het is belangrijk bewust te zijn van het totale gebrek aan afstemming van beide procedures in de internationale dimensie. Zo zullen de instrumenten van internationaal privaatrecht de terugkeer van het ontvoerde kind slechts toestaan voor zover ‘het belang van het kind’ daarmee niet geschonden wordt. Daarvoor wordt gebruik gemaakt van de weigeringsgronden in de verdragen. In de instrumenten voor internationale samenwerking in strafzaken zijn echter geen weigeringsgronden terug te vinden die verwijzen naar ‘het belang van het kind’. Indien voldaan is aan alle vereisten tot uit- of overlevering, kan deze niet geweigerd worden gezien er geen juridische grond voorhanden is om op terug te vallen.

Het ontbreekt aan onderzoek naar de bruikbaarheid van bestaande weigeringsgronden in de casus van parentale ontvoering. Artikel 3 van de *Council Framework Decision European arrest warrant* stipuleert de weigeringsgronden. Deze gronden kunnen eventueel relevant zijn voor de casus. Zo bestaat de mogelijkheid dat de aangezochte staat zich kan beroepen op het *ne bis in idem* principe. Toch is deze juridische grond niet de meest passende en komt door het beroep

hierop een oneigenlijk gebruik van het principe tot stand. Bovendien is de formele buitenvervolginstelling van de ontvoerende ouder cruciaal om zich te kunnen beroepen op de weigeringsgrond van *ne bis in idem*. Een loutere beslissing tot seponering volstaat niet, gezien deze geen einde maakt aan de vervolging. Deze weigeringsgrond biedt geen afdoende oplossing.

Om een heldere en transparante procedure te garanderen is het opportuun om te voorzien in een duidelijke weigeringsgrond die verwijst naar ‘het belang van het kind’ of artikel 3 IVRK. Deze is momenteel niet voorhanden, wat zorgt voor een grote complexiteit die de afhandeling van de procedure niet ten goede komt.

4.3 De rechter ten gronde en ‘het belang van het kind’

Na de analyse op wetgevend en vervolgend niveau, volgt nu een korte bespreking van de voor deze casus laatste relevante actor in de strafrechtsbedeling: de strafrechter. Momenteel ontbreekt het aan uitgebreid onderzoek naar de factoren, zoals ‘het belang van het kind’, die een rol spelen bij de toemeting van de straf. In dit deel wordt een rechtsfilosofische, conceptuele denkoefening gemaakt zodat de deelvraag: “*Welke ruimte biedt het huidig juridisch kader voor de strafrechter om rekening te houden met ‘het belang van het kind’ bij de straftoemeting?*” beantwoord kan worden.

Een volledige analyse van het strafuitvoerend niveau lag niet binnen de mogelijkheden van het beperkte bestek van deze verhandeling. Daarenboven zullen conceptueel een aantal argumentatielijnen van het vervolgend niveau zich herhalen bij het toemetend niveau, waardoor een bijkomende analyse slechts een beperkte meerwaarde zou bieden.

4.3.1 Belang van het kind compatibel of strijdig met de strafdoelen?

Een eerste noodzakelijke stap bij de analyse op straftoemetend niveau behelst het reflecteren over wenselijke strafdoelstellingen. Vanuit rechtsfilosofisch standpunt vormt de centrale vraag hierbij op welke wijze artikel 3 IVRK doorheen de procedure kan geïmplementeerd worden zonder te tornen aan de vooropgestelde strafdoelen. De vraag rijst of de huidige Belgische strafdoelen een afstemming op ‘het belang van het kind’ überhaupt toelaten.

In het huidige Strafwetboek, daterend van 8 juni 1867, zijn de strafdoelen niet expliciet opgenomen. Uit deze onduidelijkheid inzake de strafdoelen volgt logischerwijs ook

onduidelijkheid inzake de manier waarop ‘het belang van het kind’ een rol kan spelen in deze vooropgestelde doelen. Momenteel ontbreekt het aan enige consensus over de verhoudingen van de diverse strafdoelen ten opzichte van elkaar en de wijze waarop ‘het belang van het kind’ daarin een plaats verdient.

In het nieuwe Strafwetboek, op het moment van schrijven in volle ontwikkeling, zullen de strafdoelen wel een expliciete plaats krijgen. In het voorstel van voorontwerp van Rozie en Vandermeersch zijn de doelen terug te vinden onder Hoofdstuk 4: “Straffen”, Afdeling 1. Het recent ontworpen artikel 26 “Doelstellingen van de straf”, somt vier na te streven doelen op bij de keuze van een straf en het bepalen van de strafmaat. Op deze opsomming volgt de stelling dat *“de rechter deze doelstelling in overweging moet nemen, maar ook de ongewenste neveneffecten van de straf ten aanzien van de rechtstreeks betrokken personen, hun omgeving en de samenleving.”*¹⁵⁶

Het is duidelijk dat het ontvoerde kind deel uitmaakt van de omgeving van diegene onderworpen aan een straf, zijnde de ontvoerende ouder. Deze interpretatiewijze is consistent met de ruime interpretatie van artikel 3 IVRK, waarbij de belangen van het kind ook in overweging moeten genomen worden wanneer de beslissing een significante invloed zal uitoefenen op het kind. Zoals reeds uitgelegd is aan deze vereiste in de casus van kinderontvoering onomstotelijk voldaan. Aan de vervolging en mogelijke detentie van de ontvoerende ouder kunnen negatieve consequenties hangen voor het betrokken kind. Bijgevolg verdient zijn of haar belang dan ook een plaats in de afweging van de strafrechter. Artikel 26 Sw. lijkt enigszins impliciet aan te geven dat er een wisselwerking kan bestaan tussen de strafrechtelijke beslissing met andere elementen. Deze ruimte dient dan ook aangegrepen te worden om aan artikel 3 IVRK een prominentere plaats toe te kennen binnen de strafdoelen.

Het is echter nog maar de vraag of artikel 26 Sw. de onduidelijkheid in de toekomst zal oplossen. De bewoordingen van het artikel, startend met de ‘na te streven’ doelstellingen en het ‘in overweging nemen’ van de negatieve impact, laten immers stilzwijgend ruimte voor rechterlijke appreciatie. Het is niet ondenkbaar dat een minder vage definiëring in het Strafwetboek nodig zal zijn.

¹⁵⁶ Rozie, J., Vandermeersch, D., De Herdt, J., Debauche, M., & Taeymans, M. (2017). Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van boek I van het strafwetboek. Brugge: Die Keure

Tot slot kan een juridische tegenstrijdigheid in de rechtspraak opgemerkt worden. Het is opmerkelijk dat het Grondwettelijk Hof de bewoording van het toekomstig artikel 26 Sw. goedgekeurd heeft. In de voorgaande analyse werd immers duidelijk dat het Hof van Cassatie de directe werking van artikel 3 IVRK ontkend heeft op grond van onvoldoende duidelijkheid en nauwkeurigheid. Of de omschrijving van artikel 26 Strafwetboek concreter kan genoemd worden dan deze van artikel 3 IVRK is echter sterk betwifelbaar. De afkeuring van het ene artikel tegenover de goedkeuring van het andere artikel is dan ook enigszins paradoxaal te noemen.

4.3.2 Belang van de maatschappij verengd tot belang van het kind

Historisch gezien kenmerkt het strafrecht zich door zijn publieke karakter. Daarmee onderscheidt het strafrecht zich van het burgerlijk recht, dat een privaat karakter heeft. Een burgerlijke procedure speelt zich af tussen twee particulieren waarbij de burger het initiatief neemt tot handhaving van zijn rechten. In het strafrecht worden conflicten als het ware onteigend en treedt de staat op als vertegenwoordiger van het algemeen belang. De horizontale verhouding tussen burgers uit het privaatrecht maakt plaats voor een verticalisering tussen dader en staat. De staat vertegenwoordigt het slachtoffer in naam van de rechtstatelijke gemeenschap.¹⁵⁷

Groenhuijsen vat het publieke karakter van het strafrecht als volgt samen: *“De overheid gaat, in de strafrechtelijke rechtshandhaving met het oog op het algemeen belang, materieel een rechtsverhouding aan met de burger of claimt een sanctie in geval van normschendingen (...) Strafrecht behoort tot het publiekrecht omdat het de bevoegdheid van de overheid omlijnt om op te treden tegen onderdanen.”*¹⁵⁸

Dit publieke karakter van het strafrecht vindt zijn oorsprong in de filosofie van het sociaal contract.¹⁵⁹ Hobbes, grondlegger van de moderne politieke filosofie, stelde dat de staat de legitimiteit voor zijn gezag haalt uit het contract dat is afgesloten tussen de staat en zijn burgers. Burgers staan, in ruil voor gegarandeerde bescherming en veiligheid, een stuk van hun vrijheid af aan de staat. In de filosofie van het sociaal contract is het belangrijk dat beide partijen zich aan de afgesproken verplichtingen houden. Door het afstaan van de vrijheid verbinden burgers zich ertoe het recht niet in eigen handen te nemen en het verbod op eigenrichting te respecteren. Enkel de staat beschikt over het geweldsmonopolie en zal instaan voor de vervolging van

¹⁵⁷ Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2017). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*. 10e herziene uitgave Antwerpen: Maklu.

¹⁵⁸ Groenhuijsen, M. S. (2013). Afrondende en overkoepelende beschouwingen over het thema privatisering van het strafrecht. *Ars Aequi*, 62(7/8), 606-614.

¹⁵⁹ Hildebrandt, M. (1998). Slachtofferschap en de legitimatie van het strafrecht. *Rechtfilosofie & Rechtstheorie*, 27(1), 39.

maatschappelijk ongewenst gedrag. Het behouden van dit evenwicht is van cruciaal belang. Wanneer de staat niet garant staat voor de bescherming van de rechtsonderhorigen, waaronder potentiële slachtoffers, gaat de balans aan het wankelen. Er moet vermeden worden dat een partij beslist uit het contract te stappen.¹⁶⁰

Dit publieke karakter impliceert dat wanneer het parket beslist over het al dan niet instellen van de vervolging, enkel het publieke belang en de openbare orde in acht worden genomen. Het zijn de belangen van de samenleving in zijn geheel en niet die van de slachtoffers van de misdrijven, die worden geëvalueerd door het Openbaar Ministerie.¹⁶¹ Strafwetten dienen dan ook het openbaar belang, en niet het particuliere, te vertegenwoordigen. Traditioneel en historisch is in onze *civil law* rechtstraditie steeds weinig ruimte geweest voor een actieve positie van het slachtoffer in het strafproces. Het slachtoffer bekleedt de hoedanigheid van betrokkene en niet die van partij in het proces.

In het toekomstig artikel 26 van het nieuwe Strafwetboek worden bij de doelstellingen van de straf twee streefdoelen beschreven die verwijzen naar de maatschappij als zijnde een verzameling individuen. Enerzijds wordt in 2° gesteld dat gestreefd wordt naar het herstel van het maatschappelijk evenwicht en herstel van de schade. Het doel beschreven onder 4° is echter relevanter voor deze analyse gezien daarin gesteld wordt dat de maatschappij beschermd moet worden.¹⁶² Centraal staat de vraag in welke mate het aanvaard wordt in de rechtstheorie en filosofie dat bepaalde individuen uit de maatschappij gelicht worden. Met andere woorden: leent dit strafdoel er zich toe om de bescherming en belangen van bepaalde individuen, *in casu* de ontvoerde kinderen, meer in rekening te nemen dan die van andere individuen?

Wanneer toegelaten wordt dat de belangen van de kinderen uit deze van de maatschappij gelicht worden, wordt impliciet ook aanvaard dat de belangen van de slachtoffers een centrale rol spelen in de strafprocedure. Groenhuijsen stelt terecht een fundamentele maar onbeantwoorde vraag: “*Hoeverveel veerkracht heeft een publiekrechtelijk rechtsgebied als het strafrecht, om meer horizontale elementen toe te laten of te incorporeren?*”¹⁶³ De vraag naar ruimte voor private aspecten in het strafrecht kan in samenhang gelezen worden met het democratiebeginsel. Dit laatste stipuleert gelijke rechten van iedere rechtsonderhorige en de gelijke afweging van alle

¹⁶⁰ Hildebrandt, M. (1998). Slachtofferschap en de legitimatie van het strafrecht. *Rechtswisbeleg & Rechtsleer*, 27(1), 39.

¹⁶¹ Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2017). *Strafrecht en strafproceesrecht voor bachelors*. 10e herziene uitgave Antwerpen: Maklu.

¹⁶² Rozie, J., Vandemeersch, D., De Herdt, J., Debauche, M., & Taeymans, M. (2017). Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van boek I van het strafwetboek. Brugge: Die Keure

¹⁶³ Groenhuijsen, M. S. (2013). Afrondende en overkoepelende beschouwingen over het thema privatisering van het strafrecht. *Ars Aequi*, 62(7/8), 606-614.

belangen in een samenleving.¹⁶⁴ Het blijft nog maar de vraag of dit beginsel de uitlichting van de belangen van de kinderen in de weg staat. Mijns inziens kunnen beide principes, het democratiebeginsel en het primordiaal belang van het kind, complementair aan elkaar bestaan.

Merk op dat de slachtoffers in de strafprocedure de ontvoerde kinderen zijn. Eventuele verwarring met de benadeelde ouder als slachtoffer moet vermeden worden, gezien deze enkel deze status verwerven in de burgerrechtelijke procedure.

Bovendien wordt het in acht nemen van de belangen van de slachtoffers traditioneel geassocieerd met het strenger bestraffen van de dader. Voorgaande analyse heeft echter reeds aangetoond dat in de casus van parentale ontvoering eerder veel te zeggen valt voor het achterwege laten van de strafrechtelijke vervolging, minstens voor het vermijden van detentie. In deze casus is het zoeken naar alternatieven net noodzakelijk om secundair slachtofferschap van de ontvoerde kinderen te vermijden.

Deze discussie is nog lang niet beëindigd. Voorzichtigheid is geboden bij het bewaren van een evenwichtige balans tussen het toekennen van een sterke positie aan het slachtoffer en het respecteren van de strafdoelen.¹⁶⁵ De balans tussen het behouden van het publieke karakter en de incorporatie van private kenmerken moet met andere woorden bewaakt blijven. Om meer gegronde kennis te vergaren moet meer onderzoek verricht worden naar een mogelijke legitimatie voor het nalaten van strafrechtelijke vervolging, dit in het kader van het slachtofferschap van het ontvoerde kind.

4.3.3 Gelijkheidsbeginsel versus individualisering van de straf

Ondanks de duidelijke bewoording van artikel 3 IVRK, waarin gesteld wordt dat ‘het belang van het kind’ een eerste overweging moet vormen bij alle beslissingen aangaande kinderen, is het duidelijk dat dit niet steeds het geval is bij strafrechtelijke beslissingen inzake de straftoemeting ten aanzien van een volwassen dader. Het feit dat artikel 3 IVRK niet de primaire overweging vormt voor de strafrechter, valt eenvoudig te verklaren in het licht van alle andere principes waarmee de strafrechter rekening dient te houden.

¹⁶⁴ Duker, M. (2003). *Legitieme straftoemeting: Een onderzoek naar de legitimiteit van de straftoemeting in het licht van het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van een eerlijke procesvoering*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers

¹⁶⁵ Kwakman, N. J. M. (2010). *Het Openbaar Ministerie en slachtoffers van delicten*. Sdu-uitgevers;

Groenhuijsen, M. S. (2013). Afrondende en overkoepelende beschouwingen over het thema privatisering van het strafrecht. *Ars Aequi*, 62(7/8), 606-614.

Een belangrijk basisprincipe van het recht is het gelijkheidsbeginsel. In het Belgische recht is dit terug te vinden in artikel 10 en 11 van de Grondwet. Daarnaast wordt het beginsel gegarandeerd in artikel 14 EVRM. Dit beginsel kan vanuit twee gezichtspunten benaderd worden. In een positieve verwoording verzet het gelijkheidsbeginsel zich ertegen dat in gelijke zaken, verschillende straffen uitgesproken worden. Negatief verwoord betekent het beginsel dat verschillende zaken ook een verschillende bestraffing vereisen.¹⁶⁶ Het non-discriminatiebeginsel is te interpreteren als een bijzondere toepassing van het gelijkheidsbeginsel. In de bepalingen inzake het verbod op discriminatie zijn enkel die factoren terug te vinden die geen rol mogen spelen bij de besluitvorming. Het gelijkheidsbeginsel stipuleert daarentegen geen factoren maar bepaalt ruim omschreven dat alle individuen gelijk beoordeeld moeten worden. Een gevaarlijke grijze zone ontstaat dus, gezien het gebrek aan een lijst factoren die wél een rol mogen spelen bij de beoordeling van de rechter. Enkel de vraag wanneer gevallen gelijk zijn wordt beantwoord. De vraag wanneer gevallen dan ongelijk mogen beschouwd worden, blijft vooralsnog onbeantwoord.

Omdat nog geen rechtspraak voorhanden is over deze materie gekoppeld aan de precieze casus, wordt een arrest uit een andere discipline toegelicht, gezien dit een relevant aanknopingspunt kan bieden. Het Grondwettelijk Hof, destijds nog Arbitragehof genaamd, heeft zich in 2003 uitgesproken over de verenigbaarheid van een bepaald artikel uit de OCMW-wet met artikel 10 en 11 van onze Grondwet enerzijds en met artikel 3 IVRK anderzijds. Samengevat bepaalt artikel 57 §2 dat het recht op maatschappelijke dienstverlening ten overstaan van vreemdelingen in illegaal verblijf ingeperkt wordt tot een recht op dringende medische hulp. Uit de toetsing van deze bepaling aan de grondwetsartikelen 10 en 11 en artikel 3 IVRK werd schending van de artikelen vastgesteld. In de motivering was te lezen dat beperkte gegarandeerde hulp de fysieke en psychologische ontwikkelingen van de betrokken jongeren ongeoorloofd belast.¹⁶⁷ Deze problematiek is weliswaar niet te vergelijken met deze van parentale ontvoering, maar is toch relevant gezien het Grondwettelijk Hof duidelijk wijst op de noodzakelijke samenlezing van het gelijkheidsbeginsel met 'het belang van het kind'. Er zijn geen indicaties om aan te nemen dat deze redenering niet naar analogie kan toegepast worden op de casus van kinderontvoering.

¹⁶⁶ Duker, M. (2003). *Legitieme straftoemeting: Een onderzoek naar de legitimiteit van de straftoemeting in het licht van het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van een eerlijke procesvoering*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

¹⁶⁷ Bouckaert, S. (2006). Het recht op maatschappelijke dienstverlening van minderjarige vreemdelingen in illegaal verblijf. Een stand van zaken van de rechtspraak. *Tijdschrift voor Jeugd en Kinderrechten*, (2), 101-117.

Wat buiten discussie staat, is de samenhang tussen het gelijkheidsbeginsel en het individualiseringsbeginsel. De combinatie van beide beginselen vormt het fundament voor de beoordeling van de straftoemeting.¹⁶⁸ Deze samenlezing komt enigszins tegemoet aan de grijze zone. De rechter mag en moet zelfs rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van de verdachte. Het blijkt dat bepaalde factoren in een individuele case wel degelijk hun rol mogen spelen.¹⁶⁹

Centraal staat de vraag of de strafrechter het gelijkheidsbeginsel schendt wanneer hij een andere straf oplegt aan een dader omwille van zijn ouderlijke verantwoordelijkheid. Consensus over het antwoord op deze vraag is nog niet bereikt. Enerzijds moet consistentie in de rechtspraak nagestreefd worden, anderzijds willen veel rechters hun discretionaire bevoegdheid behouden en optimaal benutten in het beoordelen van individuele cases. Een evenwicht tussen individualisatie en gelijkheid moet behouden blijven waarbij vermeden wordt dat beide beginselen op gespannen voet komen te staan.¹⁷⁰

Om een gemotiveerd antwoord te formuleren moet allereerst duidelijk gemaakt worden dat de vraag moet belicht worden vanuit het concept van ‘materiële gelijkheid’, minstens vanuit een evenwichtige verhouding tussen ‘formele’ en ‘materiële’ gelijkheid. Het eerste concept laat weinig ruimte tot individualisering van de straf in functie van de belangen van de kinderen. Uitgangspunt van de formele gelijkheid is immers dat alle mensen gelijkwaardig zijn en bijgevolg gelijkwaardig of op eenzelfde manier behandeld moeten worden. Een andere straf voor een ouder dan voor een niet-ouder is bijgevolg niet aanvaardbaar. Het concept van de materiële gelijkheid daarentegen stelt dat uit deze gelijke behandeling onrechtvaardigheid voortvloeit. De benadering pleit voor een gelijkaardige *impact* van de sanctie voor gelijkaardig gepleegde misdrijven. Uitgangspunt daarbij is dat mensen intrinsiek ongelijk zijn.

Vanuit dit standpunt biedt het gelijkheidsbeginsel ruimte om rekening te houden met ‘het belang van het kind’. Een strikte, formele zienswijze heeft nog maar weinig gezag in de huidige straftoemeting en past ook niet in het concept van kindvriendelijke justitie. Er moet wel opgemerkt worden dat het gelijkheidsbeginsel nog gezag in de rechtspraak geniet, om te voorkomen dat willekeur tot stand komt.

¹⁶⁸ Schmidt, A. (1992). Een databank voor straftoemeting. *Justitiële Verkenningen*, 18(8), 23-41; Kelk, C., & Silvis, J. (1992). Vrijheid inzake straftoemeting. *Justitiële Verkenningen*, 18(8), 8-22.

¹⁶⁹ de Roos, T. (2007). Experimenteren met sancties? Strafrechtstheoretische kanttekeningen bij een empirischwetenschappelijke trend. *Tijdschrift voor Criminologie*

¹⁷⁰ Van Wingerden, S. G. C., & Wermink, H. T. (2015). Een normatieve kijk op de rol van daderkenmerken bij straftoemetingsbeslissingen. *Trema Straftoemetingsbulletin*, 38, 11.

Deze analyse roept vragen op over de wenselijkheid van straftoemtingsrichtlijnen of *sentencing guidelines*. Deze richtlijnen zouden houvast bieden aan rechters door de formulering van duidelijke criteria en gestandaardiseerde tabellen en zouden zo garant staan voor een consistente rechtspraak. Mijns inziens wordt in deze discussie een stap overgeslagen. Het lijkt me cruciaal om eerst en vooral grondig debat te voeren naar de wijze waarop ‘het belang van het kind’ een invloed kan en mag uitoefenen op de straftoemeting.

4.3.4 Alternatief voor gevangenis in belang van het kind?

Na de analyse van rechtsfilosofische aard, worden in dit onderdeel de mogelijkheden die de huidige praktijk reeds biedt onder de loep genomen. Dit gebeurt vanuit de idee dat, ook los van een grondige herdenking van de aanpak van kinderontvoering, reeds concrete stappen kunnen gezet worden om aan artikel 3 IVRK een prominentere plaats toe te kennen in de huidige straftoemeting.

Om deze mogelijkheden te benutten is het nodig aan de huidige praktijkactoren de vraag te stellen of de strafrechter rekening kan houden met de burgerrechtelijke beslissing bij de uitspraak van de veroordeling. Dit kan immers op zo’n wijze gebeuren dat dit niet noodzakelijk het adagium *le criminel tient le civil en état* ondergraaft. Hierbij wordt de ontvoerende ouder, ongeacht de beslissing inzake de terugkeer van het ontvoerde kind, vervolgd. De strafrechter kan daarbij wel beslissen tot voorstel van een alternatieve straf of maatregel. Op deze manier wordt de strafuitvoeringsmodaliteit afgestemd op ‘het belang van het kind’. De strafrechtelijke vervolging staat met andere woorden buiten discussie, enkel de aard of de modaliteit van de straf wordt afgestemd op het specifieke geval van kinderontvoering. Vanuit dit standpunt worden in deze analyse de alternatieve afhandelingen op het niveau van het parket hier niet meegenomen, gezien deze een buitenvervolgingsstelling tot gevolg hebben.

De strafrechter beschikt anno 2018 over een ruim straffenarsenaal, met de keuze uit vijf autonome hoofdstraffen (gevangenisstraf, geldboete, werkstraf, autonome probatie en Autonoom Elektronisch Toezicht). Het is mogelijk dat deze grote speelruimte nog vergroot wordt na de hervormingen van het strafrecht die momenteel lopen. Het moment is dan ook aangebroken om te reflecteren over de mate waarin en de wijze waarop ‘het belang van het kind’ de keuze uit dit arsenaal kan beïnvloeden.

Allereerst kan de strafrechter beslissen tot opschorting of uitstel van de uitspraak, al dan niet gekoppeld aan probatievoorwaarden. Opschorting kan, overeenkomstig artikel 3 van de wet van 26 juni 1964, gelast worden voor een beklaagde die nog niet veroordeeld is geweest tot een gevangenisstraf van meer dan zes maanden en indien het feit niet van die aard is dat het gestraft moet worden met een hoofdstraf van meer dan vijf jaar correctionele gevangenisstraf. Resultaat van de opschorting is dat de rechter oordeelt over de schuld en dat de feiten ten laste worden gelegd, maar dat de uitspraak van de veroordeling wordt opgeschort. De opschorting kenmerkt zich door een sterk gunstkarakter gezien er geen uitspraak wordt gedaan over de straf. Op deze manier verhindert de strafrechter de negatieve consequenties van een strafrechtelijke veroordeling van de ontvoerende ouder voor het betrokken kind. Het behouden van een blanco strafblad is een significante beweegreden voor het prefereren van deze straf. Uitstel van de straf betekent dat de rechter de beklaagde veroordeelt en een straf oplegt, maar de uitvoering daarvan wordt uitgesteld. De toepassingsvoorwaarden voor deze straf zijn iets minder streng: uitstel kan opgelegd worden wanneer de veroordeelde nog niet veroordeeld is geweest voor een straf van meer dan twaalf maanden (zes maanden bij opschorting) en de rechter tot een veroordeling van niet meer dan vijf jaar zou beslissen.¹⁷¹ Zowel bij opschorting als uitstel kan de betrokkene aan probatievoorwaarden onderworpen worden, waaraan hij zich moet houden gedurende een proeftijd. Probatie vormt hier een modaliteit van de opschorting of het uitstel. Voor probatie-uitstel is vereist dat de betrokkene nog niet veroordeeld is geweest tot een straf van 3 jaar (in vergelijking met 12 maanden voor gewoon uitstel). Internationale parentale ontvoering behoort niet tot de limitatieve lijst misdrijven waarvoor uitstel of opschorting, al dan niet gekoppeld aan probatievoorwaarden, uitgesloten wordt en blijft dus een realistische optie uit het straffenarsenaal van de rechter.

Probatie is sinds 2014 ook een autonome hoofdstraf waarover de rechter beschikt bij de straftoemeting. Hierdoor bestaat probatie zowel in de hoedanigheid van uitvoeringsmodaliteit als in autonome vorm.¹⁷² Criminele antecedenten vormen geen belemmering voor het opleggen van de autonome probatie. Die wordt nog steeds op discretionaire wijze toegekend door de rechter en is dus geenszins een recht van de beklaagde.¹⁷³ De autonome probatie behoort evenwel tot de mogelijkheden in de casus van kinderontvoering.

¹⁷¹ Wet 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie

¹⁷² Wet van 10 april 2014 tot invoering van de probatie als autonome straf in het Strafwetboek en tot wijziging van het Wetboek van strafvordering en de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, *BS* 19 juni 2014, 46200.

¹⁷³ Wetsontwerp tot invoering van de probatie als autonome straf in het Strafwetboek, tot wijziging van het Wetboek van strafvordering, het Gerechtelijk Wetboek en de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie,

Ten derde kan de rechter beslissen tot het opleggen van een werkstraf. Ook deze straf behoort tot het straffenarsenaal van de rechter gezien deze enkel uitgesloten is voor een limitatieve lijst van misdrijven, waartoe parentale ontvoering niet behoort.

Volledigheidshalve wordt nog vermeld dat de straf onder Elektronisch Toezicht niet tot de mogelijkheden behoort gezien deze enkel kan opgelegd worden voor feiten die bestraft worden met een maximum straf van hoogstens één jaar. Voor internationale parentale ontvoering bedraagt de maximumstraf vijf jaar, waardoor niet aan de toepassingsvoorwaarden is voldaan.

Hoewel heel wat argumenten kunnen opgeworpen worden voor het kiezen voor een alternatief voor de gevangenisstraf in de casus van parentale ontvoering, rijzen ook heel wat vragen. Door het automatisch en systematisch vermijden van detentie voor de ontvoerende ouder kan de relatie tussen de strafrechter en de vervolgingsmagistraat op gespannen voet komen te staan. Wanneer de procureur immers, in zijn monopolie op de vervolging, geoordeeld heeft dat het opportuun is de ouder te vervolgen, ligt het voor de strafrechter moeilijk om bijvoorbeeld de opschorting uit te spreken. Het is immers belangrijk dat de strafrechtsketen goed op elkaar is afgestemd en dat beslissingen op vervolgend niveau niet ondermijnd worden op het daaropvolgende echelon. Een coherente strafrechtsbedeling draagt daarenboven bij aan de perceptie van een geloofwaardige justitie bij de brede bevolking.

Mijns inziens staat deze bedenking het gebruik van detentie als *ultimum remedium* niet in de weg. De penologische en ontwikkelingspsychologische literatuur heeft herhaaldelijk aangetoond dat de effecten van detentie van een ouder op kinderen niet te verwaarlozen zijn.¹⁷⁴ In het geval van internationale parentale ontvoering is de situatie waarin het kind opgroeit reeds zo conflictueus dat te allen tijde moet vermeden worden dat de grond nogmaals van onder de voeten van het kind wegschuift. Het kiezen voor alternatieve straffen brengt het *ultimum remedium* karakter van het strafrecht tot zijn recht. Ik sluit mij aan bij de visie van Kwakman die stelt dat

Parl.St. Kamer 8 januari 2014, nr. 3274/001; Verstraeten, R., & Verbruggen, F. (2017). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*. 10e herziene uitgave Antwerpen: Maklu.

¹⁷⁴ Greif, G.L. (2000). A Parental Report on the Long-Term Consequences for Children of Abduction by the Other Parent, *Child Psychiatry and Human Development*, 31 (1), 59-78; Freeman, M. (2014). Parental Child Abduction: The Long-Term Effects, geraadpleegd op 1 april 2018, <http://www.childabduction.org.uk/images/longtermeffects.pdf>; Centrum Internationale Kinderontvoering (2017), Bouncing Back: Ensuring the Well-being of children in judicial cooperation in cases of international child abduction, funded by the European Union, geraadpleegd op 3 februari 2018, <http://missingchildreurope.eu/mediator/researchreport/categoryid/2>; Boswell, G. (2002). Imprisoned fathers: The children's view. *The Howard Journal of Criminal Justice*, 41(1), 14-26; Dallaire, D. (2007). Children with incarcerated mothers: Developmental outcomes, special challenges and recommendations, *Journal of Applied Developmental Psychology* (1), 15-24; Hissel, S., Bijleveld, C. & Kruttschnitt C. (2010). The well-being of children of incarcerated mothers: An exploratory study for the Netherlands, *European Journal of Criminology*, 346-360.

alternatieve straffen en afhandelingswijzen recht kunnen doen aan de belangen van zowel dader, slachtoffer, als de maatschappij in zijn geheel.¹⁷⁵

Op het moment van schrijven, 4 april 2018, heeft de Raad van Europa beleidsrichtlijnen uitgevaardigd om de rechten en de belangen van kinderen van gedetineerde ouders te beschermen tegen de negatieve gevolgen van detentie.¹⁷⁶ Opnieuw wordt de aandacht gevestigd op het risico op trauma, stigma, angst, verlies van ouderlijke zorg en materiële status die schadelijk kunnen zijn voor de ontwikkeling van het kind. Het Comité van Ministers heeft een aanbeveling aangenomen, waarbij artikel 3 IVRK het uitgangspunt vormt. Er wordt in herinnering gebracht dat kinderen van ouders in detentie dezelfde rechten hebben als andere kinderen. Een van deze rechten is regelmatig contact met beide ouders, tenzij daarmee ‘het belang van het kind’ geschonden wordt. Verder voorziet de aanbeveling vooral in een aantal praktische maatregelen welke de schadelijke impact van de detentie op de betrokken kinderen dienen te beperken tot een minimum. Er wordt slechts zijdelings opgemerkt dat alternatieven voor detentie zo veel mogelijk en passend moeten worden gebruikt, vooral in het geval van een ouder die een primaire verzorger is. Deze opmerking kan een aangrijpingspunt zijn voor een eerste stap richting een kritisch debat. Daarenboven bevestigt deze aanbeveling de internationale aandacht voor de problematiek.

¹⁷⁵ Kwakman, N. J. M. (2010). *Het Openbaar Ministerie en slachtoffers van delicten*. Sdu-uitgevers; Groenhuijsen, M. S., & Hartveld, A. (2005). Het slachtoffer in het brandpunt van dynamiek en stabiliteit van het systeem van strafprocesrecht. *AE Hartveld, DH de Jong & EF Stamhuis (red.). Systeem in ontwikkeling: liber amicorum G. Knigge*, 171-187.

¹⁷⁶ Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2018)5 of the Committee of Ministers to member States concerning children with imprisoned parents, *Adopted by the Committee of Ministers on 4 April 2018 at the 1312th meeting of the Ministers' Deputies*

5. Naar een optimale wisselwerking tussen het strafrecht en artikel 3 IVRK

Deze masterproef heeft een aantal zaken in de schijnwerpers gezet. De belangrijkste conclusie is dat er actueel talloze obstakels zijn op diverse niveaus van de strafrechtsbedeling om op een adequate wijze tegemoet te komen aan onze internationale verplichting om op een doordachte wijze de uitwerking van artikel 3 IVRK te verzekeren in het strafrechtskader. In dit laatste hoofdstuk wordt een kernachtig en kritisch antwoord geformuleerd op de centrale onderzoeksvraag en worden een aantal aanbevelingen gedaan, zowel naar diverse praktijkactoren als naar verder, noodzakelijk wetenschappelijk onderzoek.

5.1 Beantwoording van de onderzoeksvraag

Deze masterproef had tot doel een bijdrage te leveren aan de vraag in welke mate en op welke wijze artikel 3 IVRK een plaats verdient in, en zich verhoudt ten opzichte van een strafprocedure met impact op het kind, *in casu* de procedure gericht tegen de ontvoerende ouder. De centrale vraag “*Op welke manier verloopt de wisselwerking tussen het strafrecht en artikel 3 IVRK en welke ruimte biedt het huidige strafrecht voor de wetgever, het parket en de rechter om de implementatie van artikel 3 IVRK te verzekeren binnen het strafrecht*” vormde daarbij de rode draad.

Allereerst werd de complexiteit van de internationale kinderontvoering uitgebreid aangetoond. Deze ontvoering geeft aanleiding tot het naast elkaar bestaan van twee zelfstandige, parallelle procedures – burgerlijk en strafrechtelijk – met hun eigen kenmerken en finaliteiten. Bovendien kan aan beide procedures een internationale dimensie toegevoegd worden, waardoor kinderen steeds meer slachtoffer dreigen te worden van een juridisch kluwen aan beslissingen waarin de strijdende ouders verstrikt zijn geraakt. Een aantal hardnekkige misverstanden over de fenomenologie van parentale kinderontvoering werden opgehelderd en de klemtoon werd gelegd op het veelzijdige en dynamische karakter van het fenomeen, waardoor het duidelijk wordt dat de uitgangspunten van de instrumenten van internationaal privaatrecht mogelijks achterhaald zijn. De wetgever dient zijn verantwoordelijkheid te nemen door een juridisch kader te voorzien dat garant staat voor de belangen van alle betrokken kinderen en zo te vermijden dat hun welzijn naar de achtergrond verdwijnt. Hij heeft de taak te waken over de coherentie van beide

procedures zodat deze elkaar niet ondermijnen maar dat gefundeerde, weloverwogen beslissingen tot stand komen op basis van een grondig assessment van ‘het belang van het kind’.

In de eerste analyse werd onderzocht in welke mate toonaangevende rechtsprekende actoren reeds vonnissen en arresten vellen met artikel 3 IVRK indachtig. Daarbij werd eerst en vooral gezocht naar een adequate invulling van de standaard ‘het belang van het kind’. De Algemene Commentaar nr. 14 van het VN-Kinderrechtencomité biedt hiervoor het gepaste vertrekpunt. De subjectieve invulling, welke via rechterlijke toetsing geconcretiseerd wordt en op die manier ruimte laat voor geïndividualiseerde rechtspraak, werd opportuun beschouwd mits de vervulling van de randvoorwaarden. De uitdaging voor de toekomst situeert zich dan in het bekomen van de juridische status van *hard law* voor de Algemene Commentaren, waardoor deze afdwingbaar worden.

Uit de rechtspraakanalyse kan besloten worden dat hoewel het EHRM, mede door het arrest *Neulinger*, sterk geëvolueerd is in zijn rechtspraak en in deze evolutie gesteund en gevolgd wordt door het VN-Kinder- en Mensenrechtencomité, niet dezelfde besluiten kunnen gemaakt worden voor het Hof van Cassatie. De rechtspraak die de directe werking van artikel 3 IVRK ten aanzien van de strafprocedure ontkent, kan fel bekritiseerd worden gezien dit zorgt voor een ontoereikende toetsing van ‘het belang van het kind’. De strafrechter zou de bevoegdheid moeten krijgen ‘het belang’ te onderzoeken en zo verder te gaan dan de oorspronkelijke burgerrechtelijke beslissing, die door het loutere feit van de ontvoering verouderd is. Daarnaast toont het arrest *Neulinger* van het EHRM aan dat de burgerlijke rechter rekening kan houden met de mogelijke strafrechtelijke vervolging van de ontvoerende ouder. De vraag stelt zich echter in welke mate deze hiërarchie opportuun is. Er is met andere woorden geen consensus over de vraag welk kader primeert: het strafrechtskader dan wel het kinderrechtskader met ‘het belang van het kind’. Het staat wel vast dat het EHRM met het arrest *Neulinger* een eerste stap heeft gezet in het onderzoeken op welke wijze beide procedures zich verhouden. Er wordt besloten dat een evolutie in de rechtspraak wenselijk is om op een toereikende manier aan onze internationale verplichting onder artikel 3 IVRK te voldoen. De argumentatielijnen van het EHRM dienen bovendien hun weg te vinden naar de Cassatierechtspraak en andere rechtscolleges.

In de tweede analyse van het onderzoek werd achtereenvolgend de rol van de wetgever, het Openbaar Ministerie en de strafrechter nagegaan bij hun verantwoordelijkheid ‘het belang van het kind’ te incorporeren in de het strafrechtskader. De analyse focuste zich op de ruimte die het huidig juridisch kader biedt om rekening te houden met artikel 3 IVRK.

Samenvattend leidt dit onderzoek tot de algemene, genuanceerde conclusie dat ons huidig strafrechtskader onvoldoende ruimte laat voor ‘het belang van het kind’ en daarmee op inadequate wijze tegemoet komt aan het naleven van de internationale verplichtingen waartoe we ons als land, met het ondertekenen van het IVRK, geëngageerd hebben. Momenteel ontbreekt het de diverse Belgische strafrechtsactoren aan enige verplichting ‘het belang van het kind’ in rekening te nemen.¹⁷⁷ Er dienen oplossingen te komen die hieraan op gepaste wijze remediëren. Voorlopig is een zuiver conceptueel-theoretisch kader nog toekomstmuziek.

Vooraf op het niveau van de wetgever blijkt er weinig aandacht te zijn voor ‘het belang van het kind’. Het is betreurenswaardig dat het ontbreekt aan een verplicht *impact-assessment* voor elk regelgevend initiatief met significante impact op het kind, consistent met de ruime interpretatiewijze van artikel 3 IVRK. Nochtans is dit nodig, gezien in het merendeel van de lidstaten de strafbaarstelling voor kinderonvoering terug te vinden is in het interne recht. Op internationaal niveau zorgt het ontbreken van een EU-vereiste tot strafbaarstelling van het misdrijf voor praktische problemen. Deze terughoudendheid van de EU laat echter wel de deur open voor meer duurzame methoden van conflictafhandeling zoals bemiddeling, wat positief is.

Op het strafvervolgend niveau wordt een onderscheid gemaakt op basis van de toepasselijke vervolgingssystemen. Vooral in landen waar het principe van de legaliteit geldt, zorgt het bestaan van een strafbaarstelling voor problemen. Er kan immers niet afgezien worden van vervolging op basis van criteria van de individuele zaak. In landen waar opportuniteit van vervolging geldt, is het bestaan van de strafbaarstelling minder problematisch (hoewel niet per se wenselijk). Toch verloopt de afhandeling van deze cases ook daar niet optimaal gezien het adagium *le criminel tient le civil en état* voor belangrijke obstakels zorgt. Dit bepaalt dat de burgerlijke beslissing pas kan geveld worden nadat de daarmee samenhangende strafrechtelijke uitspraak in kracht van gewijsde gegaan is. In de casus van internationale parentale ontvoering zorgt dit adagium ervoor dat artikel 3 IVRK in het gedrang kan komen. Het staat dan ook niet meer garant voor zijn oorspronkelijke finaliteit: het vermijden van tegenstrijdige burgerlijke en strafrechtelijke beslissingen. Het verlaten dan wel omdraaien van het principe voor zaken van kinderonvoering dringt zich op. Er is nood aan onderzoek op welke wijze dit kan gerealiseerd worden, zonder op ongeoorloofde wijze te raken aan het vervolgingsmonopolie van het parket.

¹⁷⁷ Gutwirth, S. & De Hert, P. (2001). Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers, *Delikt en Delinkwent*, 1048-1087

De juridische probleemstelling reikt echter verder dan het nationale niveau. De tweede analyse toonde duidelijk aan dat diverse problematieken ontstaan bij de uit- en overleveringsprocedure van de ontvoerende ouder. De dissensus en onduidelijkheid inzake de intra-Europese overlevering situeert zich rond de diverse randvoorwaarden. De problematiek begint reeds bij de categorisatie van ‘internationale parentale ontvoering’, welke relevant is voor het al dan niet wegvallen van de vereiste tot dubbele strafbaarheid. Daarna situeert de discussie zich rond de strafmaat, gezien de strafdrempel voor overlevering een maximumstraf van minstens 3 jaar bedraagt in de uitvaardigende staat. Een opmerkelijke tekortkoming van de instrumenten voor internationale rechtshulp is het gebrek aan een weigeringsgrond die verwijst naar ‘het belang van het kind’.

De ruimte die de strafrechter ter beschikking heeft om rekening te houden met ‘het belang van het kind’ is enigszins ruimer. Daarbij is het belangrijk dat in de toekomst het evenwicht bewaard wordt tussen enerzijds het gelijkheidsbeginsel versus het individualiseringbeginsel en anderzijds tussen het publieke versus private karakter van de strafprocedure. Wat betreft het eerste evenwicht moet gestreefd worden naar een balans tussen het waarborgen van de publieke belangen, met inachtneming van het democratiebeginsel en de belangen van de kinderen die moeten bewaakt worden. Daarvoor biedt de materiële gelijkheid de adequate theoretische basis. Voor het tweede evenwicht moet de dimensie ‘normativiteit’ van het begrip ‘algemeen belang’ aangegrepen worden om de private belangen van de slachtoffers enigszins in rekening te brengen in de strafprocedure met publiek karakter. Dit moet gebeuren zonder te raken aan de strafdoelen. De strafdoelen die in het vernieuwde Strafwetboek ingeschreven zullen staan, lijken impliciet ruimte te laten voor een afstemming op ‘het belang van het kind’.

Het hiaat aan onderzoek inzake de juridische afhandeling van het complexe fenomeen van de kinderontvoering is problematisch in het bredere onderzoeksdomein van een kindvriendelijke justitie. Om optimaal te voldoen aan onze internationale verplichtingen onder het IVRK, moet een adequaat juridisch kader voorzien worden dat garant staat voor het welzijn van de ontvoerde kinderen. Ik hoop duidelijk gemaakt te hebben dat een fundamenteel debat aan de orde is. Er is een prangende nood aan onderzoek over de wijze waarop deze casussen in de praktijk afgehandeld worden. Alleen op die manier kan een stap gezet worden richting remediëring aan de tekortkomingen om zo een humaner recht te realiseren voor de betrokken kinderen en de samenleving in haar geheel. In wat volgt worden dan ook een aantal aanbevelingen gedaan naar zowel het werkveld als naar de academische wereld.

5.2 “We must put the best interests of children at the heart of all decision-making”

De overkoepelende conclusie mag duidelijk zijn: het waarborgen van ‘het belang van het kind’, en daarmee ook de kinderrechten in hun geheel, is een verantwoordelijkheid van de overheid die hoog op de politieke en beleidsmatige agenda dient te komen. De analyse van de casus van internationale parentale ontvoering heeft de talrijke juridische pijnpunten in de totstandkoming van een kindvriendelijke beslissing blootgelegd. Alle betrokkenen moeten geresponsabiliseerd worden op zo’n manier dat ze hun taak die ze dragen in de realisatie van artikel 3 IVRK opnemen en naar behoren uitvoeren.

Om dit scenario te realiseren, dient bovenstaand citaat, waarmee tevens deze masterproef geopend werd, in het achterhoofd van elke betrokken actor te zitten. ‘Het belang van het kind’ dient discussies van argumentatie te voorzien, beslissingen te leiden en de drijfveer achter elk nieuw initiatief te zijn.

De zorg voor kinderen, en daarmee ook deze voor onze toekomst, is per definitie een gedeelde zorg. Interdisciplinair debat is noodzakelijk op alle niveaus van de strafrechtsbedeling. Daarbij is het cruciaal dat ontwikkelingspsychologen, juridische experts in de materie van mensen- en kinderrechten en ervaringsdeskundigen vertegenwoordigd zijn. Communicatie en overleg is onontbeerlijk om doordachte beslissingen te nemen die ‘het belang van het kind’ grondig analyseren. Dit belang verdient namelijk de positie welke haar volgens de letter van de wet, maar ook conform de doelstellingen van een humaan rechtstelsel, toekomt: de eerste positie.

Om deze gedeelde zorg te verwezenlijken dient een fundamentele discussie gevoerd te worden over de hiërarchie van beide betrokken kaders in deze casus: enerzijds het kinderrechtenskader met artikel 3 IVRK en anderzijds het strafrechtenskader. Doorheen deze masterproef werd onderzocht welke ruimte het strafrechtenskader laat om rekening te houden met artikel 3 IVRK. Het strafrechtenskader werd in dit onderzoek als uitgangspunt genomen waardoor het strafrecht boven de verplichting ‘het belang van het kind’ te waarborgen staat. Ik pleit echter voor een verlaten van deze invalshoek en voor een radicaal omdraaien van deze hiërarchie. Het citaat in de titel van dit onderdeel spreekt voor zich: de belangen van de kinderen dienen de centrale focus én het doel te zijn van alle besluitvorming met invloed op het kind. Ook wanneer dit betekent dat bepaalde strafrechtelijke principes moeten wijken. Dit vormt meteen de belangrijkste aanbeveling, voortvloeiend uit het onderzoek. Het omdraaien van de hiërarchie is een belangrijke stap vooruit in het voorzien van een solide basis voor de implementatie van de kinderrechten.

Algemeen wordt aanvaard dat internationale rechtsregels primeren op nationale strafrechtssystemen. Enerzijds volgt uit dit principe de logische argumentatie dat het IVRK primeert op het strafrecht. Anderzijds baseren we ons voor de interpretatie van artikel 3 IVRK voornamelijk op de Algemene Commentaar van het VN-Kinderrechtencomité, waarvan de juridische afdwingbaarheid sterk ter discussie staat. Actueel is er geen eenduidig antwoord op de vraag welk kader primeert. Desalniettemin moet de ruimte die de huidige hervorming van het strafrecht laat voor het herdenken van de hiërarchie aangegrepen worden. Alleen door het *top down* toepassen van artikel 3 IVRK zullen de belangen van de kinderen centraal komen te staan. De bewoording van het artikel wordt op die manier ook letterlijk toegepast in de praktijk: ‘het belang van het kind’ vormt de *eerste* overweging. Dit betekent dat het strafrecht daar waar nodig moet wijken wanneer ‘het belang van het kind’ dreigt geschonden te worden.

De implementatie van deze aanbeveling zal ook bijdragen aan het internationale streven naar een rechtvaardige justitie. Een humane justitie vertegenwoordigt een democratische rechtsstaat waarin het behartigen van de mensenrechten centraal staat. Bestrafing is één van de meest intrusieve vormen van ingrijpen in de vrijheid en de rechten van individuen. Ik volg de mening van Snacken, die stelt dat politici de dialoog moeten aangaan met emoties die criminaliteit en bestrafing met zich meebrengen om legitiem te zijn.¹⁷⁸ Dit geldt des te meer voor gevallen waar kinderen bij betrokken zijn. Een diepgaande analyse van alle consequenties van een strafrechtelijk ingrijpen is noodzakelijk voor het bekomen van een beslissing gebaseerd op de rechten van de ouders maar vooral op het welzijn van het betrokken kind. Alleen op die manier kunnen we als rechtsstaat onze internationale verplichtingen nakomen en daarbij ook voorzien in een adequate, welzijnsgerichte oplossing voor de betrokken kinderen die tevens aansluit bij het rechtvaardigheidsgevoel van de burgers.

Net voor het afronden van dit onderzoek, op 8 mei 2018, verscheen het opvallende persartikel: “*Child Focus ziet kinderontvoeringen door ouders ‘onrustwekkend’ stijgen*”. Uit het pas gepubliceerde jaarverslag van 2017 blijkt dat Child Focus 386 dossiers van parentale ontvoering heeft behandeld, in vergelijking met de 352 behandelde ontvoeringen in 2016. Een stijging van 10% op één jaar is minstens zorgwekkend te noemen. Bovendien wordt in een significant minder aantal gevallen een positieve oplossing gevonden (slechts een derde, 33% in tegenstelling tot ongeveer de helft, 49%, voordien).

¹⁷⁸ Snacken, S. (2017). Waarom straffen? Wie? Hoe?. *Justitie 2020. Straffen: waarom? hoe?/Justice 2020. Punir: pourquoi? Comment?*, 27.

Heidi De Pauw, algemeen directeur van Child Focus ziet in deze trend de herbevestiging dat het fenomeen grondig en dringend aangepakt moet worden. De aanhoudende maatschappelijke aandacht voor deze casussen was opvallend tijdens het uitvoeren van het onderzoek.¹⁷⁹

5.3 Praktijkgerichte aanbevelingen

Deze masterproef werd geopend met uitspraken van Carol Bellamy en Kofi Annan, welke duidelijk illustreerden dat het verwezenlijken van kinderrechten een verantwoordelijkheid is die de samenleving in haar geheel draagt. In het dienen van de belangen van de kinderen dienen we bovendien de belangen van de hele mensheid. Een eerste stap in de realisatie van dit doelstreven moet gezet worden door toonaangevende en beslissende actoren welke de toekomst van onze kinderen in hun handen hebben. Zij zijn de eersten die zich bewust moeten worden van de verantwoordelijkheid die ze dragen.

Voor deze praktijkgerichte aanbevelingen werden dan ook eerst en vooral enkele relevante instanties binnen het domein van de kinderrechten gekozen, op internationaal dan wel nationaal niveau. Verder werd ook bijzondere aandacht besteed aan de opportuniteiten die de huidige hervorming van het Belgisch strafrecht biedt. Tot slot worden de vonnisrechters aangesproken gezien de finale, doorslaggevende beslissing voor het kind in hun handen ligt.

5.3.1 Gedeelde zorg in ‘het belang van het kind’

Internationaal is allereerst een belangrijke rol weggelegd voor het VN-Kinderrechtencomité. Hun Algemene Commentaar wordt als startpunt gebruikt om ‘het belang van het kind’ correct te interpreteren. Verder moet in ons land de sensibiliserende rol van Child Focus verder benut worden, in het bijzonder om alternatieve manieren van conflictafhandeling te promoten. Tot slot heeft op Vlaams niveau het Kinderrechtencommissariaat met Bruno Vanobbergen als vertegenwoordiger een rol te vervullen in het realiseren van een kindvriendelijk Vlaanderen.

Zoals eerder aangehaald, is de realisatie van het welzijn van kinderen een taak die moet gerealiseerd worden door middel van samenwerking, debat en harmonisatie. Het mag duidelijk zijn dat een ideale samenwerking zich karakteriseert door constructieve communicatie en interdisciplinariteit. Het is dan ook cruciaal dat de kwaliteiten van elk van deze instanties gekend zijn en gedeeld worden over de landsgrenzen heen. Child Focus zelf en de Europese

¹⁷⁹ Child focus. *Jaarverslag 2017*. Brussel: Europees centrum voor vermiste en seksueel uitgebuite kinderen.

koepelorganisatie *Missing Children Europe* zijn organisaties die daarvoor het ideale platform bieden. Op die manier wordt de reeds aanwezige expertise optimaal benut.

5.3.1.1 VN-Kinderrechtencomité

Door de ontwikkeling van de Algemene Commentaar nr. 14 heeft het VN-Kinderrechtencomité voorzien in een aantal nuttige aangrijpingspunten voor de interpretatie en operationalisering van de notie ‘het belang van het kind’.¹⁸⁰ Voor de toekomst is het wenselijk dat de zeven ontwikkelde criteria uit deze commentaar aangewend worden als evaluatiecriteria voor de actoren van strafrechtsbedeling wanneer deze oordelen over ‘het belang van het kind’. Deze zeven aspecten vormen immers de dimensies die verwezenlijkt moeten worden voor het waarborgen van een welzijnsgerichte uitkomst voor het betrokken kind.

Grosso modo zijn het merendeel van de opgesomde aspecten uit de Algemene Commentaar terug te brengen op de twee dimensies van ‘het belang van het kind’, omschreven door het EHRM. Deze verdienen mijns inziens dan ook significante aandacht. Een eerste dimensie omschrijft het recht van het kind op contact met beide ouders.¹⁸¹ Het aspect ‘*Preservation of the family environment and maintaining relations*’ uit de Algemene Commentaar verwijst hier uitdrukkelijk naar. Ook de instrumenten van internationaal privaatrecht zijn ontwikkeld met het oog op het verwezenlijken van deze dimensie. Doelstelling is dan ook de terugkeer van het kind bewerkstelligen zodat het contact met de benadeelde ouder verzekerd blijft. De tweede dimensie uit de rechtspraak van het EHRM omvat het recht van het kind om op te groeien in een veilige omgeving.¹⁸² De aspecten ‘*Care, protection and safety of the child*’, ‘*Situation of vulnerability*’, ‘*The child’s right to health*’ en ‘*The child’s right to education*’ kunnen hier ondergebracht worden. Ook deze aspecten zijn terug te vinden in de burgerrechtelijke terugkeerinstrumenten, deze keer niet in de hoedanigheid van de achterliggende doelstelling maar wel in de concretisering van de weigeringsgronden. De terugkeer van het kind zal slechts toegestaan worden wanneer deze het kind niet zal schaden. Volledigheidshalve moeten ook de twee overige aspecten, namelijk ‘*The child’s views*’ en ‘*The child’s identity*’ in overweging genomen worden bij het nemen van beslissingen. Daarbij is het hoorrecht (omschreven in artikel 12 IVRK) een

¹⁸⁰ UN Committee on the Rights of the Child (CRC) (2013). *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, UN Doc. CRC/C/GC/14.

¹⁸¹ *Maumousseau and Washington v. France*, nr. 39388/05, EHRM, 6 december 2007; *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, nr. 41615/07, EHRM, 6 juli 2010

¹⁸² *Maumousseau and Washington v. France*, nr. 39388/05, EHRM, 6 december 2007; *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, nr. 41615/07, EHRM, 6 juli 2010

cruciale proceswaarborg die buiten de scope van deze analyse viel. De samenhang van artikel 3 en 12 wijst nogmaals op het comprehensief karakter van het Kinderrechtenverdrag.

Wanneer al deze aspecten naar behoren onderzocht worden zal een passende, solide beslissing genomen worden welke de balans tussen beide dimensies bewaakt.

Deze consistentie en overlap in de concretisering door het VN-Kinderrechtencomité en de rechtspraak van het EHRM biedt opportuniteiten om de operationalisering van ‘het belang van het kind’ naar het brede publiek te communiceren. Op die manier zal de invulling van de notie hopelijk aan internationale bekendheid winnen en de rechtspraak van alle bevoegde instanties bereiken. Het Comité staat dan ook voor de uitdaging om in de toekomst volop in te zetten op de bekendmaking van de criteria door middel van brede communicatie.

Tot slot kunnen deze criteria, aan de hand van samenwerking en communicatie tussen het Comité enerzijds en deskundigen in de ontwikkelingspsychologie anderzijds, verder geoptimaliseerd worden. Dit kan gerealiseerd worden door het periodiek organiseren van studiedagen en congressen. Ik denk daarbij aan het opnemen van een criterium dat de specifieke en bijzonder moeilijke situatie van vechtscheidingen in acht neemt. Bovendien mag het dynamische karakter van de notie niet uit het oog verloren worden, waardoor de invulling evolutief moet plaatsvinden. Blijvende aandacht voor de verschuivende mens- en maatschappijvisies is noodzakelijk voor een realistische en adequate invulling die het kind van vandaag, van morgen en van komende decennia ten goede komt.

Daarenboven kunnen de zeven criteria ook gebruikt worden voor de controlerende en evaluerende functie van het Comité. De feedback op de landenrapporten kan systematisch opgebouwd worden aan de hand van deze criteria, waardoor deze periodieke rapportering gecoördineerd en harmonieus verloopt. Deze werkwijze zal internationale vergelijking bevorderen en het uitwisselen van *good practices* aanmoedigen.

5.3.1.2 Child Focus

De Stichting voor Vermiste en Seksueel Uitgebuide Kinderen (Child Focus) is een Belgische stichting van openbaar nut die in 1998, in de post-Dutroux crisis, is opgericht. Child Focus is doorgaans één van de eerste aansprekingspunten voor de ouder die geconfronteerd wordt met de ontvoering van zijn kinderen over de landsgrens. Een adequate reactie op kinderontvoering vindt idealiter reeds plaats bij het prille begin van de procedure.

Child Focus neemt, gezien hun profilering als bemiddelde instantie, een belangrijke positie in bij het waarborgen van de belangen van de ontvoerde kinderen. Er moet dan ook verder ingezet worden op hun sensibiliserende rol waarbij een fundamentele herdenking van de aanpak van internationale parentale ontvoering op zijn plaats is. Daarbij is het belangrijk niet alleen de wijze waarop de gerechtelijke aanpak plaatsvindt kritisch te benaderen, maar het gerechtelijk karakter van de aanpak *an sich* in vraag te stellen. Child Focus is een pleitbezorger voor de bemiddelde aanpak. Onderzoek heeft meermaals aangetoond dat deze wijze van conflictafhandeling succesvoller is in het bereiken van zijn doelstellingen: een welzijnsgerichte oplossing waarin iedereen zich kan vinden en aldus duurzamer is. De terugkeercijfers liggen daarenboven beduidend hoger bij onderlinge bemiddeling dan bij het gebruik van de juridische instrumenten.¹⁸³ Onderzoek en eigen praktijkervaring bevestigde ook dat een gerechtelijke procedure gepolariseerde meningen tussen conflictpartners kan intensifiëren en op die manier een onderlinge verstandhouding in ‘het belang van het kind’ bemoeilijkt.¹⁸⁴

Het is dan ook hoopvol afwachten op de resultaten van het bemiddelings-proefproject dat gestart werd in 2016 door Child Focus, in samenwerking met de Belgische Centrale Autoriteit. Het onderzoek vindt momenteel plaats binnen het *Cross-border Family Mediators Network (CBFM)*, opgericht door Child Focus in 2012.¹⁸⁵ De conclusies van het onderzoek zullen dit jaar bekend gemaakt worden en de aanbevelingen moeten zo snel mogelijk geïmplementeerd worden in de praktijk. Dergelijke initiatieven moeten in de toekomst zeker bevorderd worden.

De rol van Child Focus bij het promoten van internationale familiebemiddeling dient verder versterkt te worden. Het verspreiden van deze boodschap naar het brede publiek kan gebeuren via sociale media. Risicogroepen moeten extra geïnformeerd worden om aan succesvolle secundaire preventie te doen. Hiervoor wordt gedacht aan de dienst ‘Burgerlijke Opdracht’ van de Justitiehuisen, waar gezinnen met problemen bij het vinden van een adequate verblijfsregeling terechtkomen. Infobrochures dienen verder voorhanden te zijn in familierechtbanken, crèches en scholen. Samengevat dient de niet-gerechtelijke aanpak verder aan terrein te winnen om de belangen van de kinderen op een duurzame manier te garanderen. Op die manier wordt de *ultimum remedium* functie van de gerechtelijke aanpak bewaakt. Het

¹⁸³ Kruger, T. (2010). Studie internationale kindertvoering door ouders van en naar België in 2007 en 2008: een synopsis. *Tijdschrift voor internationaal privaatrecht.-Gent*, (1), 143-151; Verbeke, A. L. (2014). Bemiddelen voor het geschild: Family Governance. *Tijdschrift voor Privaatrecht*, (3), 969-983.

¹⁸⁴ Blomqvist, P., Heimer, M. (2016). Equal Parenting when Families Break Apart: Alternating Residence and the Best Interests of the Child in Sweden. *Social Policy & Administration*, 50, 7, 787-804; Blondeel E., De Bondt, W. (2017) *Verblijfsco-ouderschap: komt het welzijn van het kind tot zijn recht? Een kritische benadering van het huidig juridisch kader*.

¹⁸⁵ Child Focus (2017). Bemiddeling in internationale kindertvoeringen: een proefproject, geraadpleegd op 23 april 2018, van <http://www.childfocus.be/nl/nieuws/bemiddeling-in-internationale-kindertvoeringen-een-proefproject>

strafrecht is in deze visie een laatste redmiddel dat slechts aangewend wordt wanneer alle voorgaande pogingen tot bemiddeling gefaald hebben.

Tot slot is de aandacht van Child Focus voor wetenschappelijk onderzoek ten zeerste aan te moedigen. Het onderzoeksproject *eWELL: Bouncing back* kwam tot stand na samenwerking van Child Focus met een internationaal partnerschap. Deze studie had bijzondere aandacht voor een welzijnsgerichte uitkomst van ouderlijke ontvoering gecombineerd met de wijze waarop de procedure op zichzelf reeds het welzijn van de kinderen beïnvloedt.¹⁸⁶ Dergelijke projecten dienen in de toekomst hoog op de agenda te blijven staan om te kunnen voorzien in doordachte aanbevelingen naar alle praktijkactoren.

5.3.1.3 Vlaamse Kinderrechtencommissaris

Het is de taak en de plicht van alle nationale aftakkingen van het VN-Kinderrechtencomité om hun steentje bij te dragen in het waken over de implementatie van de het IVRK, in het bijzonder van artikel 3 en de bijhorende concretisering omschreven in de Algemene Commentaar 14. Momenteel worden bijzonder relevante alternatieve rapporten opgesteld door het Vlaamse Kinderrechtencommissariaat en de Franstalige tegenhanger *Délégué général aux droits de l'enfant*, welke teveel in de schaduw van de officiële landenrapporten blijven. De alternatieve rapporten worden opgebouwd aan de hand van de eigen ervaring van binnenkomende klachten en vormen zo een onafhankelijke analyse van de situatie van de kinderrechten in ons land. Het Belgische beleid wordt naast de opgevangen signalen van kinderrechtschendingen gelegd waardoor een bijzonder kritische blik geworpen wordt op ons nationale doen en laten.¹⁸⁷ Het recente rapport van februari 2018 stelt duidelijk de tekorten in ons wetgevend en rechtsprekend systeem aan de kaak. De aangekaarte pijnpunten worden vaak vergezeld van enkele aanbevelingen die de nodige beleidsaandacht moeten krijgen. Het is nuttig verder in te zetten op brede communicatie van deze kritische, alternatieve rapporten waardoor ook deze in de schijnwerpers van beleidsmakers, media en burgers komen te staan.

Naast het Kinderrechtencommissariaat voorzien nog andere instanties in relevante rapporten. De rapporten van de Kinderrechtencoalitie, samen met de Franstalige zusterorganisatie de *Coordination des ONG pour les droits de l'enfant* vanuit 41 middenveldorganisaties, moeten in

¹⁸⁶ Child focus. *Jaarverslag 2016*. Brussel: Europees centrum voor vermiste en seksueel uitgebuite kinderen.

¹⁸⁷ Kinderrechtencommissariaat (2018), *Alternatieve rapporten werpen kritische blik op naleving kinderrechten in België*, geraadpleegd op 23 april 2018, van <https://www.kinderrechtencommissariaat.be/actueel/alternatieve-rapporten-werpen-kritische-blik-op-naleving-kinderrechten-belgie>

de toekomst meer aandacht verdienen. Ook zij geven hun onafhankelijke visie op de stand van zaken in ons land. Ook andere non-gouvernementele organisaties en academici stellen dergelijke rapporten op. Zo belicht UNICEF in zijn alternatief kinderrapport, vanuit het *What Do You Think?* –project, de belangrijkste uitdagingen voor kinderen in kwetsbare situaties in België.¹⁸⁸

Een gecoördineerde communicatie van de inhoud van al deze rapporten naar de beleidsmakers en media kan de bekendheid en daarmee ook de impact van de aanbevelingen vergroten. Voor de rapporten op het Vlaamse niveau kan deze taak opgenomen worden door het Kinderrechtencommissariaat. Eventueel communiceren zij ook de essentie van de aanbevelingen naar de Nationale Commissie voor de Rechten van het Kind (NCRK), de instantie die voorziet in de coördinatie van de vijfjaarlijkse periodieke rapportering naar het VN-Kinderrechtencomité.

Het is duidelijk dat het Vlaamse Kinderrechtencommissariaat een onmisbare actor is in het realiseren van een kindvriendelijk Vlaanderen, gezien hun beleidsevaluerende functie. Dit jaar zal het commissariaat de 20^{ste} verjaardag van hun jaarverslagen vieren. Het vorige jaarrapport voorzag naar jaarlijkse gewoonte in een brede analyse van de huidige kinderrechtenproblemen. Bijzonder relevant voor de casus van kindervervoering is het gegeven dat opnieuw problemen die voortvloeien uit de conflictueuze situatie van een vechtscheiding aandacht blijven opeisen. Daarnaast blijken ook contacten met politie en justitie nog steeds niet probleemloos te verlopen.¹⁸⁹ Het is belangrijk dat de relevante pijnpunten, die het voorbije jaar ervaren werden, hun vertaling vinden naar het beleids- en regelgevend niveau. Hiervoor kan het commissariaat nog verder inzetten op rapportering van deze pijnpunten, niet alleen naar de politieke wereld maar ook naar de brede bevolking en bovenal naar kinderen zelf. Kinderrechteneducatie verdient een belangrijke positie in de opvoeding en scholing van elk kind. Het is onze taak als samenleving om kinderen bewust te maken van het feit dat ze op vandaag niet langer een passief rechtsobject maar een actief rechtssubject zijn, drager van rechten en plichten. Daarenboven moeten onze kinderen wegwijs gemaakt worden in de organisatie van instanties waar ze kunnen aankloppen met klachten inzake schendingen van hun rechten.

Deze kinderrechteneducatie kan plaatsvinden door het gebruik van kanalen zoals de Bende van P en het kinderjournaal Karrewiet maar bovenal door bewustwording via de klaslokalen van onze kinderen. In de inleiding werd immers uitvoerig geduid dat de problematiek van de schending

¹⁸⁸ Kinderrechtencommissariaat (2018), Rapporten en slotbeschouwingen, geraadpleegd op 23 april 2018, van <https://www.kinderrechtencommissariaat.be/rapporten-en-slotbeschouwingen>

¹⁸⁹ Vanobbergen, B. (2017), Jaarverslag Kinderrechtencommissariaat 2016-2017 ‘Waar is mijn thuis?’, Kinderrechtencommissariaat: Brussel.

van ‘het belang van het kind’ kan rekenen op heel wat maatschappelijke bijval. Het ontbreken van een juridisch adequate vertaalslag van deze maatschappelijke aandacht wekt dan ook heel wat verontwaardiging op. Het Vlaams Kinderrechtencommissariaat is een geknipte actor om deze communicatie en educatie inzake kinderrechten uit te dragen, gezien deze dicht bij de bevolking staat en steeds verder aan bekendheid wint. Ik kijk vol verwachting en hoopvol uit naar de voorstelling van het 20^{ste} jaarrapport door Bruno Vanobbergen in het Vlaams Parlement.

5.3.2 Beleidsmakers van het voorontwerp Strafwetboek: kindvriendelijke operationalisering artikel 26 Sw.

Ik hoop dat deze aanbevelingen ook de beleidsmakers werkzaam op het kabinet van minister Koen Geens bereiken. Gezien het huidige Belgische Strafwetboek herschreven wordt op dit moment, is een duidelijk momentum aangebroken om de belangen van de kinderen in het hart van ons rechtssysteem te plaatsen. De beleidsmakers die het voorontwerp verzorgd hebben, dienen zich bewust te zijn van het mogelijk cruciale belang van het toekomstige artikel 26 Sw. “Doelstellingen van de straf”. Voor het eerst zullen de doelstellingen van ons strafrechtssysteem expliciet opgenomen worden in ons strafwetboek. Indien de juiste keuzes gemaakt worden bij de invulling van artikel 26 Sw., kan dit zorgen voor een keerpunt bij de realisatie van een kindvriendelijke justitie. Ik pleit dan ook voor een concrete operationalisering van artikel 26 Sw., welke verder gaat dan de voorlopige bewoording van het artikel. Het recent ontworpen artikel bepaalt dat de negatieve neveneffecten van een straf of sanctie op *de rechtstreeks betrokken personen, hun omgeving en de samenleving* in rekening moeten genomen worden.

Om artikel 3 IVRK te waarborgen, dienen de *kinderen* hier echter een specifieke plaats te krijgen. Enkel op die manier wordt gegarandeerd dat artikel 3 IVRK zijn volle uitwerking zal krijgen en niet alleen zal gelden ten aanzien van strafprocedures waarbij het kind direct betrokken is, maar ook waarbij het op indirecte wijze betrokken is. Het hoeft immers geen pleidooi meer dat ‘het belang van het kind’ op significante wijze beïnvloed wordt in de casus van internationale parentale ontvoering. Ik kijk dan ook hoopvol uit naar de Memorie van Toelichting bij artikel 26 Sw. waar idealiter een assessment over ‘het belang van het kind’ te vinden is. Wanneer onvoldoende aandacht aan de invulling van het artikel besteed wordt in de Memorie van Toelichting, zal het artikel niet de kracht hebben om voor een doorbraak in het realiseren van een kindvriendelijke justitie te zorgen.

Ter onderbouwing van deze beslissing moet meer betrouwbaar onderzoek verricht worden naar de effecten van ouderlijke detentie op het welzijn van de betrokken kinderen. De huidige gefragmenteerde kennis dient verder samengebracht en uitgediept te worden zodat tot nieuwe inzichten kan gekomen worden. Belangrijk voor toekomstig onderzoek is het welzijn van de kinderen op een holistische wijze te benaderen en daarbij niet alleen oog te hebben voor directe effecten van sociale uitsluiting, stigmatisering en voor het ervaren van schaamtegevoelens. Het is ook cruciaal oog te hebben voor de mogelijke loyaliteitsconflicten die kunnen voortvloeien uit de conflictueuze gezinssituatie.¹⁹⁰ Tot slot heeft onderzoek consistent aangetoond dat deze kinderen een verhoogde kans hebben op het ontwikkelen van antisociaal gedrag.¹⁹¹ Om te voorkomen dat deze slachtoffers later opnieuw vertegenwoordigd zijn in de statistieken, deze keer in de hoedanigheid van dader, dient de wetgever van bij het prille begin zijn verantwoordelijkheid op te nemen.

Dit noodzakelijk wetenschappelijk onderzoek moet de beslissing om de impact op kinderen op te nemen in het toekomstige Strafwetboek voorzien van stevige *evidence-based* argumentatie.

Momenteel is al sprake van enige beleidsaandacht voor het fenomeen van de grensoverschrijdende kinderonvoering. In de Potpourri V wet, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 24 juni 2017, nam Koen Geens reeds maatregelen om de procedures inzake kinderonvoering te verbeteren. Doel van deze maatregelen is komen tot een verbeterde uitvoering van de bepalingen, vastgesteld bij Europese verordening (Brussel IIbis), om zo een snelle uitvoering van de Belgische beslissing in het buitenland te faciliteren. Wanneer de staat van toevlucht de terugkeer echter weigert, verplicht een nieuwe bepaling de Belgische rechter om in de motivering van zijn blijvende eis tot terugkeer rekening te houden met de aangebrachte argumenten van de aangezochte staat. Minister Geens stelt dat op deze manier het vertrouwen tussen beide betrokken landen zal vergroot worden en het welzijn van het kind voorop staat.¹⁹²

Deze bepaling kan een aangrijpingspunt vormen voor verdere analyse van het gehele wetgevend kader in zaken van internationale parentale ontvoeringen. Ik hoop dan ook dat met de Potpourri V wet een trend ingezet is om het welzijn van het kind voorop te stellen.

¹⁹⁰ De Laet, L., & Van De Voorde, R. (2010). Kinderen als wapen en prooi in vechtscheidingsituaties. *Signaal*, 71, 4-25.

¹⁹¹ Demo, D. H., & Acock, A. C. (1988). The impact of divorce on children. *Journal of Marriage and the Family*, 619-648.

¹⁹² Wet van 6 juli 2017 houdende vereenvoudiging, harmonisering, informatisering en modernisering van bepalingen van burgerlijke recht en van burgerlijk procesrecht alsook van het notariaat, en houdende diverse bepalingen inzake justitie (1), BS 24 juli 2017; Geens, K. (2017) Potpourri V, geraadpleegd op 25 april 2018 van <https://www.koengeens.be/policy/potpourri-v>

5.3.3 Vonnisrechters: communicatie en overleg

Het onderzoek in deze masterproef heeft aangetoond dat het essentieel is dat beide toepasselijke rechtstakken elkaar niet verder ondermijnen maar zorgen voor complementaire en duurzame beslissingen die de kinderen ten goede komen. De finaliteiten van beide procedures dienen, ondanks hun autonoom karakter, elkaar te ondersteunen en niet langer te ondergraven. Communicatie op niveau van de zittende magistratuur is een noodzakelijke voorwaarde om tot vonnissen te komen die deze verwachtingen inlossen.

Het is met andere woorden opportuun om in de toekomst deze communicatie tussen de burgerrechter en de strafrechter te realiseren. Niet zelden zal de burgerlijke rechter een zittende magistraat uit de familierechtbank zijn. Praktijkervaring leert dat justitieassistenten onmisbare actoren zijn in het maken van een grondig assessment van complexe en conflictueuze gezinssituaties. Mogelijks zijn zij de geschikte en meest bekwame actoren om te waken over de nodige communicatie tussen magistraten en betrokken ouders en kinderen. Daarenboven moeten vonnisrechters aangespoord worden om automatisch contact op te nemen met hun *counterpart* in zaken van parentale ontvoering om het bestaan van een parallelle procedure na te gaan.

Bovendien dient deze aanbeveling zich idealiter reeds op een eerder niveau te realiseren. Het parket kan voor een snelle doorstroming van deze dossiers naar de vonnisrechters zorgen wanneer het prioriteit zou verlenen aan cases waarbij de belangen van kinderen op aanzienlijke wijze onder druk staan. Meer onderzoek is nodig om de haalbaarheid hiervan af te toetsen.

5.4 Aanbevelingen voor verder wetenschappelijk onderzoek

Om op een adequate wijze de aanbevelingen voor de praktijk te implementeren is het nodig dat een robuuste empirische en theoretische basis voorhanden is. Enkel op die manier kunnen gefundeerde en wetenschappelijk verantwoorde beslissingen en initiatieven tot stand komen. Op vandaag ontbreekt het echter aan enig onderzoek over de wisselwerking tussen beide rechtstakken en de negatieve consequenties van deze incoherente procedures voor ‘het belang van het kind’.

Om een volledig en integraal inzicht te krijgen in de afhandeling van cases van internationale parentale kinderontvoering is onderzoek nodig dat zich focust op enerzijds de burgerrechtelijke en anderzijds de strafrechtelijke tak, zowel op nationaal als internationaal niveau. Pas na uitdieping van de afzonderlijke procedures en hun respectievelijke hiaten, kan overgegaan

worden naar het vinden van een oplossing voor de inconsistentie tussen beide rechtstakken. Het autonome bestaan van beide procedures impliceert dat onverenigbare beslissingen tot stand kunnen komen. De grote uitdaging voor de toekomst is het ontwikkelen van een monitoringmechanisme dat toezicht houdt op de gevolgen van het combineren van de uitkomst van de civiele en strafrechtelijke procedure. Dit kan pas na een volledige analyse van de mate waarin alle afzonderlijke instrumenten voorzien in een correcte operationalisering van ‘het belang van het kind’.

Er is een dringende nood aan een robuuste theoretische basis voor een op kinderrechten gebaseerd juridisch kader om de civiele en strafrechtelijke procedures te stroomlijnen. De vele juridische pijnpunten en het gebrek aan bewustzijn van deze problematiek bij de relevante strafrechts- en beleidsactoren zorgt ervoor dat de balans tussen de juridische logica en de welzijnslogica momenteel zoek is. Het welzijn is duidelijk naar de achtergrond verdwenen.

Concreet dient toekomstig wetenschappelijk onderzoek minstens te focussen op de interpretatie en het gebruik van de bestaande weigeringsgronden tot terugkeer in de internationale privaatrechtelijke instrumenten. Dit dient te gebeuren op een manier die verder reikt dan de bestaande analyses, in die zin dat ‘het belang van het kind’ nauwkeurig onderzocht moet worden, consistent met de invulling (en bijhorende 7 aspecten) vooropgesteld door het VN-Kinderrechtencomité in hun Algemene Commentaar nr 14. Vervolgens is eveneens een diepgaander onderzoek over de wisselwerking tussen artikel 3 IVRK en het strafrecht nodig. Bovenal dient aan het gebrek aan weigeringsgrond in instrumenten van internationale hulp in strafrecht geremedieerd te worden. Tot slot dient deze juridische analyse gevoed te worden door een adequaat en allesomvattend onderzoek over de ontwikkelingspsychologische impact van parentale ontvoering. Interdisciplinair onderzoek is nodig om te waken over het evenwicht in de balans tussen welzijn en recht.

Deze analyse focuste zich op het Belgische Strafwetboek waardoor het onderzoek zich voornamelijk beperkte tot de praktijk binnen onze Belgische landsgrenzen. In de toekomst is een rechtsvergelijkend onderzoek nuttig, waarbij idealiter diverse rechtstradities betrokken worden. Op die manier kan nagegaan worden welke mogelijkheden zich aandienen om harmonisatie van de procedures te realiseren. Gezien het een uitdrukkelijke ambitie is van de EU om kindvriendelijk recht te spreken, zullen daarbij een aantal EU-lidstaten geselecteerd worden. Een mogelijke selectie betreft de landen België, Duitsland, Tsjechië en Ierland. Deze landen vertegenwoordigen diverse rechtstradities (respectievelijk Napoleontische traditie van het

burgerlijk recht, Scandinavisch-Duitse traditie van het burgerlijk recht, Oost-Europese traditie van het burgerlijk recht en de *common law* traditie). Bovendien zijn relevante discussies in het domein van kindvriendelijke justitie gaande in deze lidstaten. Het recente Tsjechische arrest werd ook in deze masterproef als *good-practice* aangehaald. Het onderzoek van LIBE heeft daarnaast aangetoond dat deze landen significante cijfers van kindervervoering vertonen en daarnaast ook gelijkaardige strafmaten gekozen hebben (met gevangenisstraf variërend van 5 tot 10 jaar). Deze landen komen dus overeen in hun visie op de strafwaardigheid van parentale ontvoering.

Het is dan ook mijn ambitie om een doctoraatsonderzoek te starten inzake deze materie. Een uitgebreid empirisch onderzoek, waarbij dossieranalyses zullen gecombineerd worden met interviews en eventuele focusgroepen met zowel actoren werkzaam in het strafrecht als in het burgerlijk recht, kan dan uitgevoerd worden. Het was dan ook een bewuste keuze om deze masterproef te beperken tot bureauonderzoek. Door middel van een vierjarig onderzoek wil ik graag mijn bijdrage leveren aan de zoektocht naar een zuiver, integraal, conceptueel-theoretisch kader voor de afhandeling van de complexe zaken van internationale kindervervoering en op die manier een betekenisvolle verandering realiseren voor het welzijn van alle kinderen die ooit slachtoffer worden van parentale ontvoering.

6. Bibliografie

Wetenschappelijke literatuur

Alen, A., & Pas, W. (1996). The UN convention on the rights of the child's self-executing character. *Monitoring children's rights*, 165-186

Arnou, P. (1986). Het gezag van gewijsde van de vrijspraak of buitenvervolginstelling voor de burgerlijke rechter. *Verstraeten, R., Strafprocesrecht voor rechtspractici, Leuven-Amersfoort, Acco*, 163-189.

Beaumont, P. R., & McEleavy, P. E. (1999). *The Hague Convention on international child abduction*. Oxford University Press

Beyens, K. (2000). *Straffen als sociale praktijk. Een penologisch onderzoek naar straftoemeting*, Brussel: VUBPress.

Blomqvist, P., Heimer, M. (2016) Equal Parenting when Families Break Apart: Alternating Residence and the Best Interests of the Child in Sweden. *Social Policy & Administration*, 50, 7, 787-804

Blondeel E., De Bondt, W. (2017) *Verblijfsco-ouderschap: komt het welzijn van het kind tot zijn recht? Een kritische benadering van het huidige juridisch kader*.

Boswell, G. (2002). Imprisoned fathers: The children's view. *The Howard Journal of Criminal Justice*, 41(1), 14-26

Bouckaert, S. (2006). Het recht op maatschappelijke dienstverlening van minderjarige vreemdelingen in illegaal verblijf. Een stand van zaken van de rechtspraak. *Tijdschrift voor Jeugd en Kinderrechten*, (2), 101-117

Centrum Internationale Kinderontvoering (2017), *Bouncing Back: Ensuring the Well-being of children in judicial cooperation in cases of international child abduction*, funded by the

European Union, geraadpleegd op 3 februari 2018,
<http://missingchildreneurope.eu/mediator/researchreport/categoryid/2>

Child Rights International Network (2016). *Rights, Remedies and Representation: A global report on access to justice for children*.

Cleiren, C. P. M., & Frielink, P. M. (2010). Het opportunitiebeginsel (Redactioneel). *Strafblad*, 8, 3

Dallaire, D. (2007). Children with incarcerated mothers: Developmental outcomes, special challenges and recommendations, *Journal of Applied Developmental Psychology* (1), 15-24

- De Bondt, W. (2014). De speelruimte van de EU om zich te bemoeien met de nationaal voorziene strafmaten. In Pauwels, L. & Vermeulen, G. (Eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake EU Justitiebeleid, cannabisbeleid, misdaad en straf, jongeren en jeugdzorg, internationale vrede, veiligheid en gerechtigheid, gewelddadig extremisme & private veiligheid en zelfregulering* (Vol. 7, pp. 66–89). Antwerpen: Maklu.
- Decaigny, T. (2014). Onderzoeksrechter of rechter van het onderzoek: elementen in het debat. *Rechtskundig Weekblad*, 77, 923-933.
- de Keijser, J.W. (2001). Theoretische reflectie: de vergeten basis voor een bezonnen rechtspleging. *Delikt en Delinkwent*, 392.
- De Kezel, E. (1999). Het begrip het belang van het kind. *Rechtskundig Weekblad*, 1163–1167.
- De Laet, L., & Van De Voorde, R. (2010). Kinderen als wapen en prooi in vechtscheidingssituaties. *Signaal*, 71, 4-25.
- Demarré, H. (2010). Strafrechtelijke aanpak ouderontvoering niet altijd productief, *Juristenkrant*, 10-11.
- Demo, D. H., & Acock, A. C. (1988). The impact of divorce on children. *Journal of Marriage and the Family*, 619-648.
- De Nauw, A., Inleiding tot het bijzonder strafrecht, Mechelen, Wolters Kluwer, 2010, 242.
- Denzin, N. K. (1970). *Sociological methods: a sourcebook*. London: Butterworth.
- de Roos, T. (2007). Experimenteren met sancties? Strafrechtstheoretische kanttekeningen bij een empirischwetenschappelijke trend. *Tijdschrift voor Criminologie*
- De Smet, B. (2005). *Jeugdbeschermingsrecht in kort bestek* (Vol. 5). Intersentia nv.
- Deschuyteneer, L. (2015). Recent case law of the European Court of Human rights on international parental child abduction. The application of Articles 6 and 8 of the European Convention on Human Rights. *Journal for International Private Law* (2), 148-161.
- De Smet, B. (2015). ‘Niet-afgifte van kinderen’ in Vandeplass, A., Arnou, P. (eds.), *Strafrecht en strafvordering*. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Mechelen, Kluwer, 148-149
- Desmet, E., Beeck, O. D., & Vandenhole, W. (2012). Evaluatie van de kind-en jongereneffectrapportage (JoKER). Gent: Keki
- Duker, M. (2003). *Legitieme straftoemeting: Een onderzoek naar de legitimiteit van de straftoemeting in het licht van het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het beginsel van een eerlijke procesvoering*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers
- Elster, J. (1989). *Solomonic judgements: Studies in the limitation of rationality*. Cambridge University Press., 123-174

Fijnaut, C., Van Daele, D., & Parmentier, S. (2000). *Een openbaar ministerie voor de 21ste eeuw*. Leuven: Universitaire pers.

Freeman, M. (2014). Parental Child Abduction: The Long-Term Effects, geraadpleegd op 1 april 2018, <http://www.childabduction.org.uk/images/longtermeffects.pdf>

Frielink, P. M. (2010). De positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. *Ars Aequi*, 59(10), 730-732

Funderburk, C. (2013). Best Interest of the Child Should Not Be an Ambiguous Term. *Child. Legal Rts. J.*, 33, 229.

Geelhoed, W. (2012). Europeanisering van het algemeen belang in de strafrechtelijke handhaving. *Nederlands Juristenblad*, 5.

Geelhoed, W. (2013). *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie: een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeaniseerde rechtsorde*. Kluwer: Deventer.

Goossens, R. Het belang van het kind: onderzoek naar het gebruik van het argument 'het is in het belang van het kind' in jeugdbeschermingzaken, Wordpress, geraadpleegd op 20 maart 2018, <http://www.riangoossens.nl/wordpress/wp-content/uploads/2010/02/Het-belang-van-het-kind-2008-09-042.pdf>.

Greif, G.L. (2000). A Parental Report on the Long-Term Consequences for Children of Abduction by the Other Parent, *Child Psychiatry and Human Development*, 31 (1), 59-78

Groenhuijsen, M. S. (2013). Afrondende en overkoepelende beschouwingen over het thema privatisering van het strafrecht. *Ars Aequi*, 62(7/8), 606-614.

Groenhuijsen, M. S., & Hartveld, A. (2005). Het slachtoffer in het brandpunt van dynamiek en stabiliteit van het systeem van strafprocesrecht. *AE Hartveld, DH de Jong & EF Stamhuis (red.). Systeem in ontwikkeling: liber amicorum G. Knigge*, 171-187.

Gutwirth, S. & De Hert, P. (2001). Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers, *Delikt en Delinkwent*, 1048-1087.

Haeck, Y., & Burbano Herrera, C. (2011). *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*. Intersentia Publishers.

Hanson, K. (2000). Directe werking van het IVRK en 'het belang van het kind': noot onder Cass. 31 maart 1999, Cass. 4 november 1999 en Cass. 10 november 1999. *Tijdschrift voor Jeugdrecht en Kinderrechten*, 2, 63-66.

Herbots, K., & Put, J. (2010). De grondwettelijke verankering van kinderrechten. *Tijdschrift voor Jeugdrecht en Kinderrechten*, 11(1), 9-19.

Hildebrandt, M. (1998). Slachtofferschap en de legitimatie van het strafrecht. *Rechtfilosofie & Rechtstheorie*, 27(1), 39.

- Hissel, S., Bijleveld, C. & Kruttschnitt C. (2010). The well-being of children of incarcerated mothers: An exploratory study for the Netherlands, *European Journal of Criminology*, 346-360.
- Kalverboer, M. E., & Beltman, D. General Comment nummer 14 in vreemdelingenprocedures: de toepassing van General Comment 14 van het VN-Kinderrechtencomité ter doorbreking van de impasse ten aanzien van het “belang-van-het-kind”-beginsel in vreemdelingenprocedures. *General Comment*, (14), 7-8.
- Kelk, C., & Silvis, J. (1992). Vrijheid inzake straftoemeting. *Justitiële Verkenningen*, 18(8), 8-22.
- Keller, H., Grover, L. (2012), General Comments of the Human Rights Committee and their legitimacy, in: H. Keller & G. Ulfstein (red.), *UN human rights treaty bodies: law and legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 127.
- Klimek, L. (2016). *European arrest warrant*. Springer.
- Kruger, T. (2010). Studie internationale kinderonvoering door ouders van en naar België in 2007 en 2008: een synopsis. *Tijdschrift voor internationaal privaatrecht.-Gent*, (1), 143-151
- Kruger, T. (2011). *International child abduction: the inadequacies of the law*. Bloomsbury Publishing.
- Kwakman, N. J. M. (2010). *Het Openbaar Ministerie en slachtoffers van delicten*. Sdu-uitgevers;
- Lauwereys, H. (2017). Wat met (de rechten van) de kinderen? De relevantie van de gezinssituatie bij de bestraffing van volwassenen. *Panopticon* (39)(2)
- LIBE (2015). *Cross-border parental child abduction in the European Union*, Study conducted by the Swiss Institute of Comparative Law, for the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs of the European Parliament
- Liefaard, T., & Doek, J. E. (2015). Kinderrechten in de rechtspraak: een internationaal perspectief. *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2015(12), 6.
- McEleavy, P. (2015). The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?. *Netherlands International Law Review*, 62(3), 365-405.
- Merckx, E. (2015). Het belang van het kind en gezinshereniging onder art. 8 EVRM na het arrest-Jeunesse. *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht*, (4), 258-269.
- Montori, V. M., Swiontkowski, M. F., & Cook, D. J. (2003). Methodologic issues in systematic reviews and meta-analyses. *Clinical orthopaedics and related research*, 413, 43-54.
- Pérez-Vera, E., *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, Den Haag, HccH, 1982, 18-19.

- Reneman, A. M. (2011). Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden: over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlandse vreemdelingenrecht. *Asiel & Migrantenrecht*, 2011, 14.
- Reynaert, D. (2007). Het belang van het kind: zoektocht naar de lading voor een vlag. *Tijdschrift voor Jeugdrecht en Kinderrechten*, 8(4), 203–205.
- Rood-De Boer, M. (1988). *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
- Rozie, J., Vandermeersch, D., De Herdt, J., Debauche, M., & Taeymans, M. (2017). Commissie voor de hervorming van het strafrecht. Voorstel van voorontwerp van boek I van het strafwetboek. Brugge: Die Keure
- Schmidt, A. (1992). Een databank voor straftoemeting. *Justitiële Verkenningen*, 18(8), 23-41
- Smets, S. (2013). De doorwerking van het Kinderrechtenverdrag in de rechtspraak van het EHRM, *Tijdschrift voor Jeugd- en Kinderrechten* (2), 82-89
- Smyth, C. (2015). The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court's Use of the Principle? *European Journal of Migration and Law*, 17(1), 70-103.
- Snacken, S. (2017). Waarom straffen? Wie? Hoe?. *Justitie 2020. Straffen: waarom? hoe?/Justice 2020. Punir: pourquoi? Comment?*, 27.
- Spijkerboer, T. (2009). Structural instability: Strasbourg case law on children's family reunion. *European Journal of Migration and law*, 11(3), 271-293.
- Stevens, L. (2010). Internationale parentale ontvoering en het belang van het tijdsverloop: noot bij Neulinger and Shuruk v. Switzerland, EHRM 6 juli 2010 (GK), nr. 41615/07. *Tijdschrift voor Mensenrechten*, 8(3), 15-16.
- Sykes, B. & Pettit, B. (2015), Severe Deprivation and System Inclusion Among Children of Incarcerated Parents in the United States After the Great Recession, *Journal of Social Sciences*, 108-136
- Van Assche, C. (2012). Het Grondwettelijk Hof en Het Internationaal Recht Je t'Aime, Moi non Plus. *Rev. BDI*, 45, 438.
- Van Bueren, G. (1995). *The international law on the rights of the child*. Dordrecht: Nijhoff.
- Vandaele A. (1999). De directe werking van het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind: een stand van zaken, in: Verhellen, E., o.a (red.), *Kinderrechtengids*.
- Vandaele, A. (2000). Een vergiftigd verjaardagsgeschenk van het Hof van cassatie bij de tiende verjaardag van het Internationaal verdrag inzake de rechten van het kind. *Rechtskundig weekblad.*, 64(7), 233-238.

- Van Daele, D. (2010). Het opportunititeitsbeginsel en de afhandeling van strafzaken in België. *Strafblad*, 8(3), 194-206.
- Vandenhole, W. (2010). Kan belang van kind ontvoering door ouder verantwoordend?, *De juristenkrant: een actuele kijk op het recht*, 217, 6.
- Vander Beken, T. (1999). *Forumkeuze in het internationaal strafrecht : verdeling van misdrijven met aanknopingspunten in meerdere staten*. Antwerpen: Maklu
- Van Wingerden, S. G. C., & Wermink, H. T. (2015). Een normatieve kijk op de rol van daderkenmerken bij straftoematingsbeslissingen. *Trema Straftoematingsbulletin*, 38, 11.
- Verbeke, A. L. (2014). Bemiddelen voor het geschil: Family Governance. *Tijdschrift voor Privaatrecht*, (3), 969-983.
- Verbruggen, F., (2004), Aspecten van internationalisering van het strafrecht. In Van Daele, D., Verstraeten, R., Verbruggen, F., & Spriet, B (Eds.), *Straf(proces)recht*. Brugge: Die Keure.
- Verhellen, E. (2000). *Verdrag inzake de rechten van het kind: achtergronden, motieven, strategieën, hoofdlijnen*. Garant.
- Verheyde, M. (2003). Internationale parentale ontvoeringen. *Nieuw Juridisch Weekblad*, 43, 990-995.
- Verschelden, G. (2013). Het belang van het kind in het komende afstammingsrecht: considerans voor de wetgever, niet voor de rechter, *Tijdschrift voor Familierecht (98)* 99.
- Verstraete, L. (1974). Het belang van het kind als beleidsnorm voor de rechter. *Jura Falconis*, 11 (2), 183-190.
- Verstraeten, R. (2003). *Handboek strafvordering*. 3e bijgewerkte druk Antwerpen: Maklu
- Verstraeten, R., Verbruggen, F. (2006). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*. Antwerpen: Maklu.
- Verstraeten, R., Verbruggen, F. (2017). *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*. 10e herziene uitgave Antwerpen: Maklu.
- Verstraeten, R., Van Daele, D., Bailleux, A., & Huysmans, J. (2012). *De burgerlijke partijstelling : analyse en toekomstperspectief : een rechtsvergelijkende studie*. Antwerpen: Intersentia.
- Von Bogdandy, A. (2008). Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, 6(3-4), 397-413.
- Walker, L. (2010). The impact of the Hague Abduction Convention on the rights of the family in the case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: the danger of Neulinger. *Journal of private international law*, 6(3), 649-682.

Wayne, R. H. (2008). The Best Interests of the Child: A Silent Standard—Will You Know It When You Hear It?. *Journal of Public Child Welfare*, 2(1), 33-49.

Wylleman, A. (1988). Het gezag van gewijsde: uitdrukking van het rechterlijk gezag. *Tijdschrift voor privaatrecht*, 33-88

Zermatten, J. (2010). The best interests of the child principle: Literal analysis and function. *The International Journal of Children's Rights*, 18(4), 483-499.

Wetgeving en beleidsdocumenten

Artikel 432, Belgisch Strafwetboek, 8 juni 1867

Artikel 28quater, Belgisch Wetboek van Strafvordering, 17 november 1808

Artikel 138, Gerechtelijk wetboek, 10 oktober 1967

Artikel 9 Internationaal verdrag 20 november 1989 inzake de rechten van het kind opgemaakt te New-York, *B.S* 17 januari 1992.

Artikel 3 Internationaal verdrag 20 november 1989 inzake de rechten van het kind opgemaakt te New-York, *B.S* 17 januari 1992.

Artikel 11 Internationaal verdrag 20 november 1989 inzake de rechten van het kind opgemaakt te New-York, *B.S* 17 januari 1992.

Artikel 4 Voorafgaande Titel, Belgisch Wetboek van Strafvordering, 17 november 1808

Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2018)5 of the Committee of Ministers to member States concerning children with imprisoned parents, *Adopted by the Committee of Ministers on 4 April 2018 at the 1312th meeting of the Ministers' Deputies*

Decreet houdende instelling van het kindeffectrapport en de toetsing van het regeringsbeleid aan de naleving van de rechten van het kind, 15 juli 1997, *BS* 7 oktober 1997.

European Union: Council of the European Union, *Council Framework Decision 2002/584 on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States*, 13 June 2002, -002/584/JHA, geraadpleegd op 12 maart 2018, <http://www.refworld.org/docid/3ddcfc495.html>

Europese Commissie (2011). Communicatie van de Europese Commissie, Een EU-agenda voor de rechten van het kind, COM(2011)60.

FRA (2017) *Child-friendly justice, Perspectives and experiences of children involved in judicial proceedings as victims, witnesses or parties in nine EU Member States*, Luxembourg, Publications Office.

Geens, K. (2016). De sprong naar het recht voor morgen, hercodificatie van de basiswetgeving.

Herziening van art. 22bis van de Grondwet, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-0175/001,6 en nr. 52-0175/005, 13 en 31-32; herziening van art. 22bis van de Grondwet, teneinde een lid toe te voegen betreffende de bescherming van aanvullende rechten van het kind, *Parl.St.* Senaat 2004-05, nr. 3-265/3, 5.

Outline Haags Kinderontvoeringsverdrag; art. 1 Haags Kinderontvoeringsverdrag; Raad van Europa (2010). Richtlijnen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa over Kindvriendelijke justitie, 17 November 2010, CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc-app6.

RvS 29 mei 2013, nr. 223.630, 10-11.

UN Committee on the Rights of the Child (CRC) (2003). *General Comment No. 5.(2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, UN Doc. CRC/GC/2003/5, 27 november 2003.

UN Committee on the Rights of the Child (CRC) (2013). *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, UN Doc. CRC /C/GC/14.

Vanobbergen, B. (2017), Jaarverslag Kinderrechtencommissariaat 2016-2017 ‘Waar is mijn thuis?’, Kinderrechtencommissariaat: Brussel.

Verordening 2201/2003/EG van 27 november 2003 van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening nr. 1347/2000/ EG, P.B, L. 338, 23 december 2003.

Wet 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie

Wet 1 augustus 1985 houdende de goedkeuring van het Europees Verdrag van Luxemburg betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen, opgemaakt te Luxemburg op 20 mei 1980, BS 11 december 1985

Wet 10 augustus 1998 houdende instemming met het verdrag betreffende de burgerlijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, opgemaakt te 's-Gravenhage op 25 oktober 1980, tot opheffing van de artikelen 2 en 3 van de wet van 1 augustus 1985 houdende de goedkeuring van het Europees Verdrag van Luxemburg betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen, opgemaakt te Luxemburg op 20 mei 1980, BS 24 april 1999.

Wet van 21 februari 2014 houdende instemming met het Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de Rechten van het Kind betreffende een mededelingsprocedure, aangenomen te New York op 19 december 2011, BS 20 augustus 2014, 60.987

Wet van 10 april 2014 tot invoering van de probatie als autonome straf in het Strafwetboek en tot wijziging van het Wetboek van strafvordering en de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, BS 19 juni 2014, 46200.

Wet van 6 juli 2017 houdende vereenvoudiging, harmonisering, informatisering en modernisering van bepalingen van burgerlijke recht en van burgerlijk procesrecht alsook van het notariaat, en houdende diverse bepalingen inzake justitie (1), *BS* 24 juli 2017

Wetsontwerp tot invoering van de probatie als autonome straf in het Strafwetboek, tot wijziging van het Wetboek van strafvordering, het Gerechtelijk Wetboek en de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, *Parl.St.* Kamer 8 januari 2014, nr. 3274/001

Rechtspraak

Cassatie, 13 februari 1978, 701

Cass. 4 november 1999, AR. C.99.0048.N

Cass. 10 november 1999, AR P.99.0689.F

Cass. 2 maart 2012, AR. C.10.0685.F.

Cass. 14 oktober 2003, AR P.03.0591.N, RTDF 2005, 631-633.

Grondwettelijk Hof, Brno, TZ 90/2017, 7 augustus 2017

Juan Asensi Martínez v. Paraguay, Nr. 1407/2005, Menrechtencomité, 24 april 2009

Léopold Dumont de Chassart v. Italy, Nr. 1229/2003, Mensenrechtencomité, 14 september 2006

Maumousseau and Washington v. France, nr. 39388/05, EHRM, 6 december 2007

Neulinger and Shuruk v. Switzerland, nr. 41615/07, EHRM, 6 juli 2010

X v. Latvia nr.27853/09, EHRM, 26 november 2013

Zoltowski v. Australia, Nr. 2279/2013, Mensenrechtencomité, 7 december 2015

Andere:

Blondeel E., De Bondt, W. (2017) *Verblijfsco-ouderschap: komt het welzijn van het kind tot zijn recht? Een kritische benadering van het huid juridisch kader.*

Child focus. *Jaarverslag 2016*. Brussel: Europees centrum voor vermiste en seksueel uitgebuite kinderen.

Child focus. *Jaarverslag 2017*. Brussel: Europees centrum voor vermiste en seksueel uitgebuite kinderen.

Child Focus (2017). Bemiddeling in internationale kinderontvoeringen: een proefproject, geraadpleegd op 23 april 2018, van <http://www.childfocus.be/nl/nieuws/bemiddeling-in-internationale-kinderontvoeringen-een-proefproject>

Europese Commissie, Europees Aanhoudingsbevel, geraadpleegd op 23 maart 2018, https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-nl.do

FOD Justitie (2018), Brochure: het Openbaar Ministerie, geraadpleegd op 30 maart 2018, http://www.om-mp.be/om_mp/files/en-savoir-plus/brochures/NL/15a-Het%20OM_NL.pdf

Geens, K. (2017) Potpourri V, geraadpleegd op 25 april 2018 van <https://www.koengeens.be/policy/potpourri-v>

Kinderrechtencomité, (2017), “Kinderrechtencomité”, geraadpleegd op 2 november 2017, <https://www.kinderrechten.nl/professionals/kinderrechtencomite/>

Kinderrechtencommissariaat (2013), VN-Kinderrechtencomité verduidelijkt ‘belang van het kind’, geraadpleegd op 16 februari 2018, van <https://www.kinderrechtencommissariaat.be/actueel/vn-kinderrechtencomité-verduidelijkt-belang-van-het-kind>

Kinderrechtencommissariaat (2018), Rapporten en slotbeschouwingen, geraadpleegd op 23 april 2018, van <https://www.kinderrechtencommissariaat.be/rapporten-en-slotbeschouwingen>

Kinderrechtencommissariaat (2018), Alternatieve rapporten werpen kritische blik op naleving kinderrechten in België, geraadpleegd op 23 april 2018, van <https://www.kinderrechtencommissariaat.be/actueel/alternatieve-rapporten-werpen-kritische-blik-op-naleving-kinderrechten-belgië>