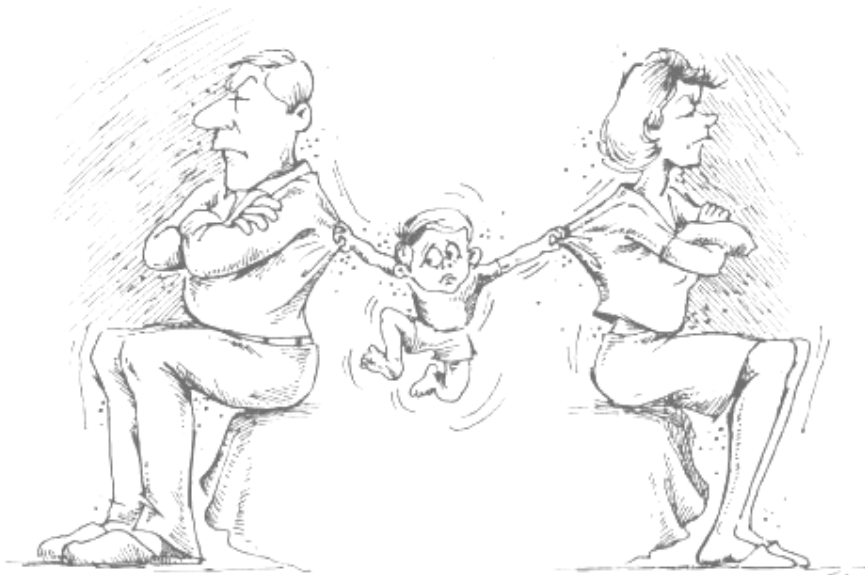


WAT IS DE RECHTSPOSITIE VAN HET MINDERJARIGE KIND BIJ KWESTIES ROND
(ECHT)SCHEIDING, OMGANG EN GEZAG?



Scriptie in het kader van de opleiding Nederlands Recht

Universiteit : Open Universiteit Nederland

Student : Janny de Graaf (studentnummer: 836096898)

Scriptiebegeleidster : mevrouw mr. R.A.M. Quanjel-Schreurs

Examinator : de heer mr. M. Baks

Datum : september 2009

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

Awb	: Algemene wet bestuursrecht
BW	: Burgerlijk Wetboek
EB	: Tijdschrift voor scheidingsrecht
EHRM	: Europese Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	: Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
FJR	: Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
IVRK	: Verdrag inzake de Rechten van het Kind
LJN	: Landelijk JurisprudentieNummer
NJ	: Nederlandse Jurisprudentie
Rv	: Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
Stb	: Staatsblad
Trb	: Tractatenblad
Trema	: Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht
VN	: Verenigde Naties
WPNR	: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk 1: Inleiding	01
Hoofdstuk 2: De rechtspositie van het minderjarige kind in het algemeen en bij (echt)scheiding	04
2.1 Rechtspositie op basis van het IVRK	04
2.1.1 Inleiding	04
2.1.2 Artikel 3 IVRK: belang van het kind	05
2.1.3 Artikel 7 IVRK: recht op naam en nationaliteit	06
2.2 Rechtspositie op basis van het EVRM	08
2.2.1 Inleiding	08
2.2.2 Artikel 8 EVRM: recht op eerbiediging van privé familie- en gezinsleven	09
2.3 Rechtspositie op basis van nationaal recht	10
2.3.1 Inleiding	10
2.3.2 Het belang van het kind in nationaal recht	11
2.3.3 De Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding	12
2.3.3.1 Inleiding	12
2.3.3.2 Ouderschapsplan	12
Hoofdstuk 3: De rechtspositie van het minderjarige kind met betrekking tot het ouderlijk gezag na (echt)scheiding	18
3.1 Rechtspositie op basis van het IVRK	18
3.1.1 Artikel 5 IVRK: de rol van de ouders	18
3.1.2 Artikel 18 IVRK: verantwoordelijkheid van ouders	19
3.2 Rechtspositie op basis van het EVRM	21
3.2.1 Artikel 8 EVRM: recht op eerbiediging van privé familie- en gezinsleven	21
Artikel 5 zevende protocol bij EVRM: gelijke rechten van echtgenoten	21
3.3 Rechtspositie op basis van nationaal recht	23
3.3.1 Inleiding	23
3.3.2 Artikel 1:247 BW	24
3.3.3 Gezag na scheiding	26

Hoofdstuk 4:	De rechtspositie van het minderjarige kind met betrekking tot de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken/omgang en de informatie-/consultatieplicht na (echt)scheiding	28
4.1	Rechtspositie op basis van het IVRK	28
4.1.1	Artikel 9 IVRK: scheiding van het kind van de ouders en recht op omgang	28
4.2	Rechtspositie op basis van het EVRM	29
4.2.1	Artikel 8 EVRM: recht op eerbiediging van privé familie- en gezinsleven	29
4.3	Rechtspositie op basis van nationaal recht	32
4.3.1	Inleiding	32
4.3.2	Artikel 1: 247 leden 4 en 5 BW	32
4.3.3	Artikel 1:253a BW: geschillenregeling	35
4.3.4	Artikel 1:377a BW: recht op omgang	36
4.3.5	Artikel 1:377b BW: informatie- en consultatieplicht	39
Hoofdstuk 5:	De rechtspositie van het minderjarige kind met betrekking tot de vaststelling van kinderalimentatie na (echt)scheiding	41
5.1	Rechtspositie op basis van het IVRK	41
5.1.1	Inleiding	41
5.1.2	Artikel 27 IVRK: levensstandaard	41
5.2	Rechtspositie op basis van het EVRM	42
5.2.1	Artikel 8 EVRM: recht op eerbiediging van privé familie- en gezinsleven	42
5.3	Rechtspositie op basis van nationaal recht	43
5.3.1	Inleiding	43
5.3.2	Afdeling twee titel 17 BW	44
5.3.2.1	Artikel 1:404 BW	44
5.3.2.2	Artikelen 1:406 tot en met 1:408 BW	45
Hoofdstuk 6:	De processuele rechtspositie van het minderjarige kind bij kwesties rond (echt)scheiding, omgang en gezag	47
6.1	Rechtspositie op basis van het IVRK	47
6.1.1	Artikel 12: hoorrecht van kinderen	47
6.2	Rechtspositie op basis van het EVRM	48
6.2.1	Artikel 6 lid 1 EVRM: recht op een eerlijk proces	48
6.3	Rechtspositie op basis van nationaal recht	49
6.3.1	Inleiding	49

6.3.2	Artikel 1:250 BW: bijzondere curator	50
6.3.3	Artikel 809 leden 1 en 4 Rv	51
6.3.4	Informele rechtsingang	52
6.3.4.1	Inleiding	52
6.3.4.2	Artikel 1:251a lid 4 BW	53
6.3.4.3	Artikel 1:377g BW	54
6.3.5	Beroep op bepaling IVRK/EVRM	55
6.3.5.1	Rechtstreekse werking verdragsbepaling	55
6.3.5.2	Toezicht op naleving bepalingen IVRK	56
6.3.5.3	Klachtprocedure EVRM	57
Hoofdstuk 7: Conclusie		58

Hoofdstuk 1: Inleiding

De rechtspositie van het kind is sinds de 19^e eeuw aanzienlijk gewijzigd. Aanvankelijk bleef de aandacht van de wetgever voor het kind beperkt tot regelgeving met betrekking tot de berechting en de opvang van het misdadige kind. De zorg voor het misdeelde kind werd niet als een ‘kerntaak’ van de overheid gezien, maar werd overgelaten aan particulier initiatief. In de 20^e eeuw brak echter een periode aan van toenemende aandacht voor de uitoefening van het ouderlijk gezag en de noodzaak het kind te beschermen tegen misbruik, onwil en onmacht van de ouders. De uitvoering van de ouderlijke macht werd als een sociale functie gezien.

Sinds de jaren '70 hebben de rechten van het kind steeds meer aandacht gekregen. Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in de inwerkingtreding van het Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK) in 1990.¹ Uitgangspunt van het verdrag is dat bij de verwezenlijking van de rechten van het kind de ouders bij de opvoeding van hun kinderen een spilfunctie vervullen. Deze internationale ontwikkeling, waarbij de ouders een belangrijke rol wordt toegekend bij de realisering van kinderrechten is relatief nieuw. Waar daarvoor meer werd gedacht in termen van rechten die ten opzichte van de ouders tot gelding gebracht dienden te worden, en waarbij (meer) rechten van minderjarigen in de eerste plaats een inperking van het ouderlijk gezag betekenden, worden ouders nu juist gezien als de eersten die de rechten van kinderen moeten behartigen. Zij dienen daarbij in het oog te houden dat de minderjarige over een zekere mate van autonomie beschikt en dat zij de minderjarige daarin zoveel mogelijk moeten ondersteunen.²

Wanneer er zich een wijziging in zijn levensomstandigheden voordoet dient de positie van het kind bijzondere aandacht te krijgen. Het uit elkaar gaan van zijn ouders is een dergelijke situatie die diep ingrijpt in het leven van het kind. Een wijziging in zijn verblijfplaats, een omgangsregeling of een eventuele vermindering van de levensstandaard van (een van) zijn ouders zijn praktische zaken waar een kind op dat moment mee te maken krijgt. Wanneer ouders goede afspraken maken bij de scheiding kan worden voorkomen dat er later onnodige conflicten ontstaan. Om dit laatste te bevorderen is onlangs de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding (Wet zorgvuldige scheiding) in werking getreden.³ Het daarin opgenomen ouderschapsplan beoogt dat beide ouders zich bij de scheiding rekenschap geven van de gevolgen van die scheiding voor de kinderen en daadwerkelijk controleerbare afspraken maken over die gevolgen. Het belang van het kind dient daarbij voorop te staan.

¹ Resolutie 44/25; Algemene Vergadering VN, 20 november 1989; *Trb.* 1990, 170.

² Asser & De Boer 2006. Zie ook: J. de Ruiter, ‘Drie treden in het familierecht’, *RM Themis*, 1990-5, pp. 194-209.

³ Wet van 27 november 2008 tot wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met het bevorderen van voortgezet ouderschap na scheiding en het afschaffen van de mogelijkheid tot het omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap, *Stb.* 2008, 500.

Genoemde wet is de aanleiding geweest voor het schrijven van deze scriptie, waarbij als uitgangspunt de rechtspositie van het minderjarige kind is genomen. Dit heeft geleid tot de centrale probleemstelling: ‘*Wat is de rechtspositie van het minderjarige kind bij kwesties rond (echt)scheiding, omgang en gezag?*’⁴. Deze probleemstelling is uitgewerkt in een vijftal onderzoeksvragen dat in de navolgende hoofdstukken wordt besproken. Er is ten aanzien van alle hoofdstukken gekozen voor een vaste structuur, waarbij eerst wordt ingegaan op de rechtspositie van het minderjarige kind op basis van het IVRK. Vervolgens wordt de rechtspositie van het minderjarige kind op basis van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) besproken, om af te sluiten met een beschrijving van de rechtspositie van het minderjarige kind in ons nationale recht.⁵ Ik zal hierna de te behandelen onderwerpen kort bespreken.

In hoofdstuk twee staat de vraag naar de rechtspositie van het minderjarige kind in het algemeen en bij (echt)scheiding centraal. Aandacht wordt besteed aan de artikelen 3 (belang van het kind) en 7 (recht op naam en nationaliteit) IVRK en artikel 8 (family life) EVRM. Ten aanzien van het nationale recht wordt besproken wanneer een kind minderjarig is en welke gevolgen dat heeft voor zijn handelingsbekwaamheid. Daarnaast wordt bekeken hoe het begrip ‘belang van het kind’ in ons recht is uitgewerkt. Het hoofdstuk eindigt met een bespreking van de Wet zorgvuldige scheiding en het sinds die wet geïntroduceerde verplichte ouderschapsplan bij (echt)scheiding.

De rechtspositie van het minderjarige kind met betrekking tot het ouderlijk gezag na (echt)scheiding is onderwerp van het derde hoofdstuk. Uit het IVRK worden de artikelen 5 (de rol van de ouders) en artikel 18 (verantwoordelijkheid van ouders) toegelicht. Vervolgens worden de artikelen 8 EVRM en 5 van het zevende protocol bij het EVRM behandeld. Voor wat betreft het nationale recht worden na een algemene inleiding over het ouderlijk gezag, de leden 1 tot en met 3 van artikel 1:247 BW besproken. Ter afsluiting van het hoofdstuk wordt het ouderlijk gezag na (echt)scheiding uiteengezet.

In hoofdstuk 4 komt een tweetal onderwerpen aan bod, te weten de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken/omgang na (echt)scheiding en de informatie- en consultatieplicht na (echt)scheiding. Achtereenvolgens worden de artikelen 9 lid 3 IVRK (scheiding van het kind van ouders en recht op omgang) en artikel 8 EVRM belicht. Na een algemene inleiding vindt er met betrekking tot het nationale recht een bespreking plaats van de artikelen 1:247 leden 4 en 5 BW (recht op gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders bij gezamenlijk gezag), 1:253a BW (geschillenregeling), 1:377a BW (recht op omgang) en artikel 1:377b BW (informatie- en consultatieplicht).

⁴ De term (echt)scheiding doelt op de scheiding na huwelijk, de scheiding van tafel en bed, ontbinding van een geregistreerd partnerschap en het uiteengaan van samenwonenden die gezamenlijk het gezag over minderjarige kinderen uitoefenen.

⁵ Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Rome 4 november 1950, *Trb.* 1951, 154.

Hoofdstuk 5, dat ingaat op het vraagstuk van de kinderalimentatie, vormt het sluitstuk van de bespreking van de materiële rechtspositie van het minderjarige kind bij (echt)scheiding. Verdragsrechtelijk worden artikel 27 IVRK (levensstandaard) en artikel 8 EVRM nader beschouwd. Voor wat betreft het nationale recht staat titel 17 BW (levensonderhoud) centraal, en dan met name de tweede afdeling die ziet op de voorziening in de kosten van verzorging en opvoeding van minderjarige kinderen en stiefkinderen.

De processuele rechtspositie van het minderjarige kind bij kwesties rond (echt)scheiding, omgang en gezag wordt tot slot behandeld in hoofdstuk 6. Allereerst wordt ingegaan op artikel 12 IVRK dat ziet op het hoorrecht van het minderjarige kind. Het recht op een eerlijk proces en het daaruit voortvloeiende recht op toegang tot de rechter, zoals vastgelegd in artikel 6 lid 1 EVRM, is onderwerp van de tweede paragraaf van hoofdstuk 6. In de derde paragraaf wordt de processuele rechtspositie van het minderjarige kind in ons recht besproken. Aan de orde komen de bijzondere curator, het hoorrecht en de informele rechtsingang voor minderjarigen bij gezag en omgang. Hoofdstuk 6 wordt afgesloten met een beschouwing van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen, het toezicht op de naleving van de bepalingen uit het IVRK en de klachtprocedure van het EVRM.

In hoofdstuk 7 tot slot passeren de hiervoor genoemde onderwerpen nogmaals kort de revue. Ik zal daarbij tevens mijn oordeel geven over de rechtspositie van het minderjarige kind bij kwesties rond (echt)scheiding, omgang en gezag.

Hoofdstuk 2: De rechtspositie van het minderjarige kind in het algemeen en bij (echt)scheiding

2.1 Rechtspositie op basis van het IVRK

2.1.1 Inleiding

Op 20 november 1959 werd door de Algemene Vergadering van de VN (Algemene Vergadering) de Verklaring van de Rechten van het Kind aanvaard.⁶ Hiermee werd een eerste stap gezet in de richting van de totstandkoming van een internationaal akkoord met betrekking tot de bescherming van de fundamentele rechten van minderjarige kinderen. Het voorstel van Polen om deze niet bindende verklaring tot een juridisch bindend verdrag te maken, resulteerde na jarenlange onderhandelingen in het IVRK dat op 2 september 1990 in werking is getreden. In ons land is het IVRK op 8 maart 1995 in werking getreden. Op twee landen na, Somalië en de Verenigde Staten, is het IVRK door alle landen ondertekend en geratificeerd. Het IVRK is hiermee het meest geratificeerde internationale mensenrechtenverdrag.

Doel van het IVRK is de positie van kinderen in de maatschappij te verbeteren door middel van het toekennen van burgerlijke, politieke, economische, sociale en culturele rechten aan kinderen. Het kind is niet alleen object van bescherming door de overheid, maar ook subject van rechten. De overheid heeft de verplichting te zorgen dat deze rechten worden waargemaakt. Het IVRK introduceert in artikel 3 respectievelijk artikel 5 twee belangrijke concepten, namelijk die van het 'belang van het kind' (*best interest of the child*) en die van de 'zich ontwikkelende vermogens van het kind' (*evolving capacities of the child*).⁷ Het eerste concept wordt in de volgende paragraaf uitvoerig besproken. Het tweede concept geeft ruimte aan de feitelijke ontwikkeling van kinderen, op weg naar volwassenheid. Voor de ouders betekent dit dat zij de belangen van hun kinderen vertegenwoordigen, maar daarbij meer ruimte moeten laten aan hun kind naarmate het meer in staat is zijn eigen belangen te behartigen c.q. naar eigen inzichten zijn rechten uit te oefenen. Doek merkt hieromtrent op dat het spanningsveld tussen de behartiging van de belangen van het kind en de ruimte die geboden moet worden aan de mondige minderjarige zeer complex is en veel aandacht verdient.⁸

Maar niet alleen aan de overheid, ook aan burgers in hun onderlinge relatie kan een verdrag verplichtingen opleggen (horizontale werking). De in het IVRK genoemde rechten van het kind zijn niet absoluut. In het algemeen zijn beperkingen op mensenrechten mogelijk als deze rechten een bedreiging vormen voor de openbare orde, gezondheid, veiligheid van de staat en rechten van anderen. Een andere beperking kan voortvloeien uit de botsing tussen verschillende grondrechten, bijvoorbeeld vrijheid van meningsuiting tegenover vrijheid van godsdienst.⁹ Ook grondrechten van kinderen kunnen strijden met andere grondrechten, met name met die van de andere familieleden, in het bijzonder die van de ouders. Dit is een problematiek waarbij

⁶ Resolutie 1386 (XIV); Algemene Vergadering VN, 20 november 1959.

⁷ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p 1.

⁸ Doek 2004, p. 11.

⁹ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p 4.

behoedzaamheid geboden is en waar een zorgvuldige belangenafweging noodzakelijk is. Van geval tot geval dient te worden nagegaan welk grondrecht in welke mate prevaleert. De met de leeftijd toenemende bekwaamheid van het kind en het daarmee afnemende ouderlijk gezag, zoals het IVRK voorstaat, zijn factoren die bij een dergelijke afweging een belangrijke rol dienen te spelen.¹⁰

In het kader van dit hoofdstuk zal ik een tweetal bepalingen uit het IVRK nader toelichten. De eerste betreft artikel 3 dat het belang van het kind voorop stelt. De tweede bepaling betreft artikel 7 lid 2 dat het recht van het kind zijn ouders te kennen en door hen verzorgd te worden omvat. Dit laatste artikel komt in ons recht onder meer tot uiting in het sinds kort verplichte ouderschapsplan bij echtscheiding.

2.1.2 Artikel 3 IVRK: belang van het kind

- 1. 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.*
- 2. De Staten die partij zijn, verbinden zich ertoe het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn of haar ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk voor het kind zijn, en nemen hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen.*
- 3. De Staten die partij zijn, waarborgen dat de instellingen, diensten en voorzieningen die verantwoordelijk zijn voor de zorg voor of de bescherming van kinderen voldoen aan de door de bevoegde autoriteiten vastgestelde normen, met name ten aanzien van de veiligheid, de gezondheid, het aantal personeelsleden en hun geschiktheid, alsmede bevoegd toezicht.*

Het belang van het kind is één van de algemene beginselen die fundamenteel zijn voor de implementatie en interpretatie van alle andere inhoudelijke artikelen van het IVRK. Zo wordt het belang van het kind als criterium genoemd bij o.a. het omgangsrecht tussen kinderen en ouders, bij uithuisplaatsing, bij adoptie en bij de grondslag voor de zorg van ouders. Het artikel bevat drie verschillende belangrijke elementen die essentieel zijn voor de verwezenlijking van de rechten van kinderen. Het betreft het inhoudelijke beginsel ‘het belang van het kind’, een kernbepaling over bescherming en zorg en de eis om voldoende deskundige mensen te hebben die met en voor kinderen werken.

Het verdrag geeft niet een uitvoerige definitie van het begrip ‘het belang van het kind’, maar geeft alleen aanwijzingen wanneer en hoe dit begrip moet worden toegepast en welk gewicht er aan toegekend dient te worden.¹¹ Met betrekking tot dit laatste bevat de Nederlandse vertaling

¹⁰ *Kamerstukken II 1992/93, 22855, nr. 3, onder 6B.*

¹¹ *Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 60.*

van het eerste lid van artikel 3 IVRK een klein verschil met de oorspronkelijke tekst dat aanleiding kan geven tot misverstanden. In de Engelse tekst staat *'the best interest of the child shall be a primary consideration'*, terwijl in de Nederlandse tekst is gekozen voor *'de belangen van het kind vormen de eerste overweging'*. Dit houdt in dat volgens de Engelse tekst met het belang van het kind rekening dient te worden gehouden, maar dat ook andere factoren een rol spelen. Het belang van het kind is een overweging die prioriteit krijgt boven alle andere overwegingen, maar er is geen sprake van absolute prioriteit. Uit de Nederlandse vertaling *'de eerste overweging'* kan men echter afleiden dat het belang van het kind een overweging is die wel absolute voorrang behoort te krijgen ten opzichte van andere overwegingen. De Nederlandse regering heeft in de Memorie van Toelichting van de Goedkeuringswet echter aangegeven dat deze vertaling niet in strijd is met de doelstelling van het IVRK. Zij stelt dat bij tegengestelde belangen, het belang van het kind *als regel* de doorslag hoort te geven.¹² De Nederlandse regering laat daarmee ruimte voor het meewegen van andere factoren dan het belang van het kind.

Verder dient volgens de tekst van artikel 3 lid 1 IVRK met het belang van het kind rekening te worden gehouden bij *'alle maatregelen betreffende kinderen'*. Het artikel spreekt slechts van het nemen van maatregelen en niet van het nalaten ervan. Het is echter niet houdbaar om het nalaten van actie niet onder artikel 3 lid 1 IVRK te laten vallen. Op deze manier zou de staat niet hoeven op te treden in situaties waarin kinderen mishandeld of verwaarloosd worden, terwijl het in deze gevallen duidelijk is dat het in het belang van het kind is om actie te ondernemen en de kinderen uit deze situatie te halen.¹³ Het onderdeel *'betreffende kinderen'* is minder duidelijk te interpreteren. Opvallend is daarbij het gebruik van het woord *'kinderen'* terwijl het binnen het begrip *'het belang van het kind'* om het enkelvoud gaat. Door het meervoud te gebruiken heeft het begrip een wijder bereik gekregen dan wanneer het zou gaan om *'alle maatregelen betreffende het kind'*.¹⁴ Het woord *'betreffende'* dient dus niet beperkend te worden toegepast. Een directe relatie tussen de maatregelen en een bepaald kind is in die zin niet nodig, ook indirecte maatregelen die niet op een specifiek kind zijn gericht vallen onder het artikel.¹⁵

De invulling van het begrip belang van het kind wordt doorgaans aan de rechtspraak overgelaten. In paragraaf 2.3.2 wordt uiteengezet hoe het concept *'het belang van het kind'* in ons recht is ingevuld.

2.1.3 Artikel 7 IVRK: recht op naam en nationaliteit

1. *Het kind wordt onmiddellijk na de geboorte ingeschreven en heeft vanaf de geboorte het recht op een naam, het recht een nationaliteit te verwerven en, voor zover mogelijk, het recht zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.*

¹² Kamerstukken II, 1992/93, 22855, nr. 3, p. 15.

¹³ Freeman 2007, p. 45.

¹⁴ Alston 1994, p. 13.

¹⁵ Detrick 1999, p 13.

2. *De Staten die partij zijn, waarborgen de verwezenlijking van deze rechten in overeenstemming met hun nationale recht en hun verplichtingen krachtens de desbetreffende internationale akten op dit gebied, in het bijzonder wanneer het kind anders staatloos zou zijn.*

In het eerste lid van artikel 7 IVRK wordt een aantal rechten aan het kind toegekend die onderling samenhangen. In het kader van dit hoofdstuk is slechts het recht van het kind zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd van belang. Het recht op naam en nationaliteit wordt dan ook buiten beschouwing gelaten.

Het recht van het kind zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd werd pas laat in het onderhandelingsproces geïntroduceerd door een amendement van Egypte. Het doel van de introductie van dit recht was de bescherming van de psychologische stabiliteit van het kind. Volgens de indieners van het amendement is dit van even groot belang als de fysieke en mentale groei van kinderen en stimuleert het de vorming van een eigen persoonlijkheid.¹⁶ De woorden ‘voor zover mogelijk’ werden pas later toegevoegd naar aanleiding van protesten van o.a. Duitsland en de Verenigde Staten. Volgens deze landen was het geen absoluut recht van het kind om zijn of haar ouders te kennen. In de nationale wetgeving van Duitsland en de Verenigde Staten bestaat namelijk de mogelijkheid van geheime adoptie, waarbij het kind geen recht heeft de natuurlijke ouders te kennen.¹⁷ Met de inwerkingtreding van de Wet Donorgegevens Kunstmatige Bevruchting heeft in ons land overigens elk kind het recht op kennis van zijn identiteit: het kind mag vernemen dat het een juridische status heeft die niet overeenstemt met de genetische waarheid en het kind mag, indien het daar prijs op stelt, weten van wie het daadwerkelijk afstamt.¹⁸

De woorden ‘voor zover mogelijk’ vormen een beperking op het recht van een kind zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd. Baan is van mening dat een kind dit recht in principe altijd heeft, tenzij de realisatie van het recht absoluut onmogelijk is. Bijvoorbeeld als de ouders zijn overleden.¹⁹ Volgens het tweede lid van artikel 7 IVRK moeten de staten die partij zijn bij het verdrag de in het eerste lid genoemde rechten verzekeren in overeenstemming met hun nationale recht en hun verplichtingen onder de relevante internationale verdragen. Hieruit blijkt dat situaties waarin het ‘onmogelijk’ is te verwezenlijken dat een kind zijn ouders kent en dat het door hen wordt verzorgd in elk geval bij wet geregeld dienen te zijn. Verder geeft het tweede lid in principe aan verdragspartijen een ruime beleidsruimte om de rechten genoemd in het eerste lid te verwezenlijken.²⁰ Het recht van het kind om zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd, vormt een additionele verplichting voor staten omdat dit in andere verdragen niet geregeld is.²¹

¹⁶ Van den Brink 2006, p. 80.

¹⁷ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 86.

¹⁸ Wet Donorgegevens Kunstmatige Bevruchting van 25 april 2002, *Stb.* 2002, 240.

¹⁹ Baan 2002, p. 29.

²⁰ Baan 2002, p. 29.

²¹ Ruitenbergh 2003, p. 29.

Artikel 7 IVRK hangt samen met een aantal andere artikelen uit het IVRK, waaronder artikel 8 (recht op identiteit), artikel 9 (scheiding van het kind van de ouders en recht op omgang) en artikel 18 (verantwoordelijkheid van ouders). Ten aanzien van de samenhang met eerstgenoemd artikel is vermeldenswaardig een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, waarin het hof uit de artikelen 7 en 8 IVRK afleidt *'dat een opvoedende ouder met gezamenlijk ouderlijk gezag die het kind niet vanaf jonge leeftijd voorlicht omtrent zijn ware identiteit maar daarmee -zoals in casu de vrouw- wil wachten totdat de minderjarige 12 of 15 jaar zal zijn, handelt in strijd met de rechten van het kind.'*²² De artikelen 9 en 18 IVRK worden hierna besproken in hoofdstuk 4 respectievelijk hoofdstuk 3.

In de volgende paragraaf wordt de rechtspositie van het minderjarige kind op basis van het EVRM uiteengezet. Het IVRK is relevant voor de interpretatie van de rechten van het kind onder genoemd verdrag, nu het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) steeds vaker naar het IVRK verwijst.²³

2.2 Rechtspositie op basis van het EVRM

2.2.1 Inleiding

Het EVRM is tot stand gekomen door de grote belangstelling die er, na de gruwelen van WO II, bestond voor de internationale bescherming van de rechten van de mens. Het verdrag is op 31 augustus 1954 in ons land in werking getreden en is ongetwijfeld het belangrijkste verdrag voor het Nederlandse personen- en familierecht geworden. In tegenstelling tot het IVRK, dat slechts van toepassing is op minderjarige kinderen, is het EVRM van toepassing op alle personen (waaronder minderjarigen) die zich in de rechtsmacht van de staat bevinden die het verdrag heeft geratificeerd. Aan de bepalingen van het EVRM is rechtstreekse werking toegekend. Het EVRM kenmerkt zich door de effectieve toezichtmechanismen die naleving van het verdrag verzekeren, waaronder een individueel klachtrecht. Het brengen van individuele zaken voor het EHRM is een belangrijk middel om kinderrechten te verwezenlijken in Europa en vormt daarmee een goede aanvulling op het IVRK dat niet over een dergelijk recht beschikt.²⁴ Voor de wijze waarop en de gevallen waarin een minderjarige zich tot het EHRM kan wenden verwijs ik naar paragraaf 6.3.5.3.

Het EVRM verplicht de lidstaten tot het (veelal door wetgeving) mogelijk maken dat 'een ieder' de hem in het verdrag toegekende rechten kan uitoefenen (positieve verplichting) en het zich onthouden van inmenging in de uitoefening van bepaalde rechten, zoals bijvoorbeeld nader omschreven in artikel 8 lid 2 EVRM (negatieve verplichting). Laatstgenoemd artikel is, naast artikel 12 (het recht te huwen en een gezin te stichten) en artikel 14 (verbod van discriminatie) EVRM, een van de meest relevante bepalingen voor het Nederlandse personen- en familierecht.

²² Hof 's-Hertogenbosch, 23 juni 2005, *LJN* AV6603.

²³ Lemmens 2005, p. 45.

²⁴ Kilkelly 2001, p. 309-311.

In de volgende paragraaf zal ik artikel 8 EVRM bespreken, waarbij ik uitvoerig zal ingaan op het in het artikel neergelegde concept ‘family life’.

2.2.2 Artikel 8 EVRM: recht op eerbiediging van privé familie- en gezinsleven

1. *Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.*
2. *Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*

Toen het EVRM in 1954 werking trad, was er nog niet een variatie in relaties zoals nu het geval is. De onstuimige groei van niet in onze wet voorziene relaties en het aldus ontstaan van allerhande vormen van feitelijk of natuurlijk ‘familie- en gezinsleven’ maakte het noodzakelijk een brug te slaan, om de door artikel 8 EVRM beoogde bescherming ook naar deze relaties te kunnen uitbreiden. Het EHRM heeft de weg daartoe geopend door het verdrag op te vatten als ‘*a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions*’.²⁵ In het Marckx-arrest heeft het EHRM met toepassing van deze dynamische interpretatiemethode een belangrijke stap gezet op de weg naar erkenning van familie- of gezinsleven buiten de in de wet uitdrukkelijk geregelde rechtsfiguren.²⁶ Dit heeft geleid tot een autonoom begrip familie- en gezinsleven, waarin tal van betrekkingen van juridische, biologische en feitelijke aard hun plaats vinden. In genoemd arrest maakt het EHRM duidelijk dat artikel 8 geen onderscheid maakt tussen de op huwelijk gebaseerde familie en de buitenhuwelijkse of natuurlijke familie. Daarnaast breidt het EHRM het door artikel 8 bestreken familie- of gezinsleven nog verder uit door er ook de betrekkingen tussen andere verwanten onder te brengen, waarbij zij met name noemt die tussen kleinkinderen en hun grootouders, die in het familieleven een belangrijke rol kunnen spelen.²⁷ Anders dan bij de familierechtelijke betrekking tussen ouders en kind, waarvan zonder meer kan worden aangenomen dat deze ‘family life’ in de zin van artikel 8 oplevert, zal bij die andere betrekkingen steeds aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld of van familie- en gezinsleven kan worden gesproken. Het komt dan veelal aan op het effectieve familie- of gezinsleven, tot uitdrukking komend in verzorging en verantwoordelijkheid, regelmatige contacten, affectieve banden, correspondentie, belangstelling en dergelijke.²⁸

Het recht op bescherming van ‘family life’ geldt niet absoluut en onbeperkt. Enerzijds omdat het nauw verweven is met in een bepaalde samenleving heersende inzichten, anderzijds omdat

²⁵ EHRM 25 april 1978, Tyrer v The United Kingdom, Application no. 5856/72, § 31.

²⁶ EHRM 13 juni 1979, Marckx v Belgium, Application no. 6833/74, § 31.

²⁷ EHRM 13 juni 1979, Marckx v Belgium, Application no. 6833/74, § 45.

²⁸ Asser & De Boer 2006.

het recht van de een mede wordt bepaald door het recht van de ander. Nadat ‘family life’ aanwezig is gebleken en een inmenging daarin is vastgesteld, moet langs de in artikel 8 EVRM aangegeven lijnen worden beoordeeld of deze inmenging gerechtvaardigd is. Dit is het geval indien zij bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is ter bescherming van een aantal in artikel 8 lid 2 EVRM opgesomde belangen, waaronder de rechten of vrijheden van anderen. Nooit mag een inmenging echter zover gaan, dat het in artikel 8 lid 1 EVRM gegarandeerde recht geheel ten onder gaat. In essentie moet het recht aanwezig blijven, al was het maar in de mogelijkheid van bijvoorbeeld een verzoek tot herstel in het gezag of tot vaststelling van een omgangsregeling.

Onder ‘een ieder’ zoals genoemd in het eerste lid van artikel 8 EVRM en ‘anderen’ zoals genoemd in het tweede lid van artikel 8 EVRM, is nadrukkelijk ook het minderjarige kind begrepen. Artikel 8 EVRM geeft daarmee de grondslag (en tevens de beperkingen) voor de erkenning van de rechten van het kind en in het algemeen tot het steeds in de overwegingen betrekken van het ‘belang van het kind’. Zoals we nog zullen zien, is dit in het bijzonder van belang bij de toedeling van het gezag na echtscheiding en bij de vaststelling van een omgangsregeling. Eerst zal ik echter een toelichting geven op de rechtspositie van het minderjarige kind in ons recht in het algemeen en meer specifiek bij echtscheiding.

2.3 Rechtspositie op basis van nationaal recht

2.3.1 Inleiding

Om de rechtspositie van het minderjarige kind te kunnen bepalen, is het allereerst noodzakelijk te weten wanneer een kind minderjarig is. Uit artikel 1 IVRK volgt dat een kind iedere persoon onder de achttien jaar is, tenzij de meerderjarigheid volgens de nationale wetgeving op eerdere leeftijd dan achttien jaar wordt bereikt. Hanteert de nationale wetgeving een hogere meerderjarigheidsleeftijd, dan blijven de beginselen en voorzieningen van het IVRK van toepassing op iedereen tot achttien jaar. Zoals hiervoor vermeld, hanteert het EVRM geen leeftijdsgrens.

Op grond van artikel 1:233 BW is in ons recht minderjarig degene die nog geen achttien jaren is, en niet gehuwd is (geweest) danwel meerderjarig is verklaard. Het gevolg van minderjarigheid is handelingsonbekwaamheid. Dit laatste wil zeggen dat de minderjarige in het algemeen onbekwaam is zichzelf bindende rechtshandelingen te verrichten. Een uitzondering op dit algemene uitgangspunt vindt men in artikel 1:234 BW. Dit artikel bepaalt dat een minderjarige bekwaam is rechtshandelingen te verrichten met toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger, voor zover de wet niet anders bepaalt. Gaat het om een rechtshandeling waarvan het in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is dat een minderjarige van zekere leeftijd die verricht, dan mag de toestemming verondersteld worden te zijn gegeven.

De handelingsonbekwaamheid brengt ook mee dat de minderjarige in beginsel niet zelf in rechte kan optreden. Hij moet daartoe worden vertegenwoordigd door degenen die het gezag over hem

uitoefenen danwel, in geval van tegenstrijdig belang, door een bijzondere curator. De wet kent echter een aantal uitzonderingen op de procesrechtelijke onbekwaamheid. Zo is de minderjarige ouder bekwaam op te treden in een adoptieprocedure, kan een minderjarige in bepaalde procedures in het kader van een ondertoezichtstelling zelfstandig in rechte optreden in zaken van machtigingen tot gesloten jeugdzorg en is een minderjarige vrouw bekwaam in rechte op te treden ter zake van een verzoek tot meerderjarigverklaring.²⁹

2.3.2 Het belang van het kind in nationaal recht

In de hoofdstukken betreffende de rechtspositie van het minderjarige kind bij gezag en omgang zal meer specifiek worden ingegaan op de wijze hoe het belang van het kind in onze wetgeving en rechtspraak is ingevuld. In deze paragraaf beperk ik mij tot een aantal algemene opmerkingen.

Het begrip ‘het belang van het kind’ komt als criterium veelvuldig voor in het Nederlandse personen- en familierecht. Op veel plaatsen in de wet wordt aan het begrip een verschillende betekenis gegeven. Zo kan het fungeren als een ondergrens, een soort minimumniveau van bescherming. Het kan ook als een positief criterium gelden, bijvoorbeeld bij het uitspreken van een kindbeschermingsmaatregel als een ontheffing of een ontzetting. De exacte invulling van het begrip belang van het kind wordt overgelaten aan de rechter en daarmee kan de rechter inspelen op de specifieke kenmerken in een bepaalde zaak en per geval invulling geven aan wat onder het belang van het kind wordt verstaan.³⁰

Het belang van het kind als een eerste overweging is uit alle artikelen van het IVRK in ons land het meest in rechtsprocedures aan de orde gesteld in een grote verscheidenheid van zaken. In zaken betreffende ondertoezichtstelling, uithuisplaatsing en ontheffing uit het ouderlijk gezag wordt in verschillende rechterlijke uitspraken geoordeeld dat het belang van het kind op duidelijkheid en/of continuïteit in het opvoedingsperspectief en een ongestoorde hechting zwaarder weegt dan het recht op hereniging van de ouder met het kind.³¹

Het tweede lid van artikel 3 IVRK geeft volgens de Memorie van Toelichting van de Goedkeuringswet de norm aan voor de verplichtingen van de staten die partij zijn om het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor het welzijn van het kind. Zij dienen daarbij rekening te houden met de rechten en de plichten van de ouders of anderen die wettelijk verantwoordelijk zijn voor het kind.³² De bepaling geeft daarmee uitdrukking aan de gedachte dat de rechten van kinderen primair door de ondersteuning van zijn ouders of voogd gewaarborgd worden.³³

²⁹ Wortman & Van Duijvendijk-Brand 2009, pp. 198-199.

³⁰ Kalverboer & Zijlstra 2006, p. 68.

³¹ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 56.

³² *Kamerstukken II*, 1992/93, 22855, nr. 3, p. 15.

³³ Kalverboer & Zijlstra 2006, pp. 59-60.

Op grond van het derde lid van artikel 3 IVRK moet de Nederlandse overheid ervoor zorgdragen dat aan de wettelijke normen die tot bescherming van het kind dienen, ook daadwerkelijk door daarvoor verantwoordelijke instellingen, diensten en voorzieningen wordt voldaan. Het gaat daarbij in het bijzonder om die normen die de veiligheid, de gezondheid, het aantal personeelsleden en de geschiktheid voor hun werkzaamheden alsmede het bevoegde toezicht betreffen. Dergelijke waarborgen geschieden bij of krachtens de Wet op de Jeugdzorg.³⁴ De Inspectie Jeugdzorg heeft een toezichthoudende functie met betrekking tot de kwaliteit van de verantwoordelijke instellingen, diensten en voorzieningen. Wanneer kinderen te maken krijgen met scheidings- en omgangsproblemen, moet voorkomen worden dat zij in de knel komen en in hun ontwikkeling worden bedreigd. Kinderen en hun ouders kunnen in dat geval een beroep doen op de lokale voorzieningen of de jeugdzorg. Het realiseren van adequate jeugdzorg is een belangrijke ontwikkeling die niet los kan worden gezien van de hierna te bespreken Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding.³⁵

2.3.3 De Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding

2.3.3.1 Inleiding

Op 1 maart 2009 is de Wet zorgvuldige scheiding in werking getreden. Uitgangspunt bij de huidige aanpak van de scheidings- en omgangsproblematiek is dat de ouders zich gezamenlijk verantwoordelijk voelen voor de verzorging, opvoeding en ontwikkeling van hun kinderen voor en na de scheiding. Evenals de ouders ten tijde van hun relatie afspraken maken over hun kinderen, dienen zij dit ook na de scheiding te doen. Het opstellen van een ouderschapsplan, al dan niet met behulp van een mediator, past binnen deze verantwoordelijkheid. De regering hoopt met het verplicht stellen van een ouderschapsplan bij het echtscheidingsverzoek te bewerkstelligen dat ouders voorafgaand aan de scheiding nadenken over de gevolgen daarvan voor hun minderjarige kinderen. Het komt immers nog te vaak voor dat ouders bij scheiding te veel met zichzelf bezig zijn en de belangen van hun kinderen uit het oog dreigen te verliezen. In de volgende paragraaf zal ik uiteenzetten voor wie het opstellen van een ouderschapsplan verplicht is gesteld en aan welke eisen het plan dient te voldoen.

2.3.3.2 Ouderschapsplan

Alle ouders van minderjarige kinderen, die niet meer samenwonen, maar dat wel hebben gedaan en gezag hebben, zijn verplicht om bij scheiding een ouderschapsplan op te stellen. Deze verplichting geldt dus niet alleen voor echtgenoten en geregistreerde partners die gezamenlijke minderjarige kinderen hebben over wie zij (al dan niet gezamenlijk) het gezag uitoefenen, maar ook voor ongehuwde ouders.

³⁴ Wet van 22 april 2004, houdende regeling van de aanspraak op, de toegang tot en de bekostiging van jeugdzorg (Wet op de jeugdzorg), *Stb.* 2004, 306.

³⁵ *Kamerstukken II*, 2004/05, 30135, nr. 3, p. 3.

De verplichting ten aanzien van deze laatste groep ouders is tot stand gekomen naar aanleiding van een amendement van De Pater-van der Meer c.s. De toelichting op het amendement vermeldt dat ook ouders die niet gehuwd zijn en geen geregistreerd partnerschap zijn aangegaan de plicht hebben zich rekenschap te geven over de toekomst van hun kinderen na het verbreken van de relatie. Niet de vorm van de relatie, maar het belang van het kind moet leidend zijn. Dit amendement verplicht de ouders, die het gezamenlijk gezag hebben laten aantekenen (artikel 1:252 BW), tot het opstellen van een ouderschapsplan indien zij hun samenleving beëindigen. Indien er geen ouderschapsplan is opgesteld, zal de rechtbank het verzoek om een beslissing als bedoeld in artikel 1:253a lid 2 BW (geschillen omtrent gezamenlijk gezag) moeten aanhouden, totdat een ouderschapsplan is opgesteld. Ook daarbij blijft het belang van het kind leidend: indien het belang van het kind dit vergt, blijft aanhouding achterwege. De ouders houden dan wel de plicht tot het opstellen van een ouderschapsplan. Noodzakelijke maatregelen kunnen echter dan toch in het belang van het kind worden genomen.³⁶ Overigens geldt de verplichting tot het opstellen van een ouderschapsplan alleen voor samenwonende ouders die vanaf 1 maart 2009 feitelijk uit elkaar zijn gegaan. Een opvallend verschil met het hierna te bespreken ouderschapsplan bij scheiding is, dat er in het verzoekschrift niets hoeft te worden vermeld over de wijze waarop de kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan. Dit leidt tot een ongelijke rechtssituatie tussen kinderen van ex-samenwoners en kinderen van ex-gehuwden c.q. ex-geregistreerde partners.

De gedachte van een verplicht ouderschapsplan voor samenwonenden wordt ondersteund door een rechtsvergelijkend onderzoek van Antokolskaia en Coenraad naar afspraken met betrekking tot kinderen bij scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders. Zij concluderen dat er vier belangrijke redenen zijn aan te wijzen voor de invoering van een verplichting tot het sluiten van een overeenkomst over kinderen in het geval van het verbreken van informele relaties:

- a. voorwaarde voor voortzetting van het gezamenlijk gezag na scheiding;
- b. het streven naar volledig gelijke behandeling van de binnen en buiten huwelijk geboren kinderen;
- c. verdere gelijkstelling van het huwelijk en de buiten-huwelijkse relatie als instituten;
- d. bevordering van een goede verstandshouding tussen de partners.³⁷

Hierbij moet wel de kanttekening worden gemaakt dat in tegenstelling tot Nederland, in een aantal onderzochte landen een overeenkomst over kinderen een voorwaarde is voor voortzetting van het gezamenlijk gezag na verbreking van de samenwoning.³⁸

Zwakke plek in de verplichting tot het opstellen van een ouderschapsplan voor samenwonenden die uit elkaar gaan, blijft het feit dat er niet een formeel moment van het aanvragen van een echtscheiding of ontbinding van een geregistreerd partnerschap is. Het ontbreken van een ouderschapsplan zal dan ook pas naar voren komen op het moment dat er tussen beide ouders geschillen ontstaan omtrent de uitoefening van het gezamenlijke gezag. Het is maar zeer de vraag of het dan nog mogelijk is een dergelijk plan in goed overleg op te stellen.

³⁶ *Kamerstukken II*, 2006/07, 30145, nr. 24.

³⁷ Antokolskaia & Coenraad 2006, p. VII.

³⁸ Het betreft hier de landen Oostenrijk, Portugal, Servië en Slovenië.

In geval van echtscheiding dient zowel een eenzijdig als een gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding een ouderschapsplan te bevatten. Hoewel de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel vermeldt dat het ouderschapsplan door beide ouders ondertekend dient te worden, is dit niet in de wet zelf opgenomen.³⁹ Ouders kunnen ervoor kiezen om het ouderschapsplan in het echtscheidingsconvenant of in het echtscheidingsverzoek op te nemen. Ook is het mogelijk om het als afzonderlijk document bij het verzoekschrift te voegen. Indien het niet lukt om binnen een redelijke termijn een ouderschapsplan op te stellen dat door beide ouders is ondertekend, kunnen de ouders op andere wijze aan de wettelijke eis van het ouderschapsplan voldoen, opdat het verzoekschrift wel ontvankelijk zal worden verklaard. Een ouder moet dan gemotiveerd aangeven waarom geen ouderschapsplan gezamenlijk is op te maken en kan vervolgens eenzijdig aangeven hoe hij of zij vindt dat het voortgezet ouderschap moet worden vormgegeven. De andere ouder zal zich vervolgens refereren aan het verzoekschrift of verweer voeren en daarbij aangeven hoe hij of zij vindt dat de ouderlijke verantwoordelijkheid na de scheiding moet worden ingevuld. Uiteindelijk zal de rechter, al dan niet na verwijzing naar een mediator, een regeling vaststellen. Artikel 818 lid 2 Rv geeft de rechter uitdrukkelijk de bevoegdheid partijen naar een mediator te verwijzen indien het verzoekschrift of de behandeling ter zitting daartoe aanleiding geven. Partijen zijn echter niet verplicht hierop in te gaan. Het weigeren van mediation is geen zelfstandige grond voor niet-ontvankelijkheid.⁴⁰ Chin-A-Fat vindt het een gemiste kans dat er in de Wet zorgvuldige scheiding niet is gekozen voor een (verplichte) koppeling tussen mediation en het ouderschapsplan. Zij stelt dat uit onderzoek blijkt dat mediation mogelijkheden voor partners en hun kinderen biedt om effectief met conflicten om te gaan en om duurzame afspraken te maken. Scheidingsbemiddeling dient derhalve in een zo vroeg mogelijk stadium dat partijen uit elkaar gaan te worden gestimuleerd. Chin-A-Fat is dan ook van oordeel dat de wet praktisch gezien niet aanzet tot verandering in de praktijk, nu er niet wordt ingezet op mediation. De nadruk ligt te veel op het bereiken van overeenstemming, niet op de wijze waarop afspraken worden gemaakt.⁴¹ Naar mijn mening is dit laatste een terecht punt van kritiek.

Het ouderschapsplan als ontvankelijkheidsvereiste voor een verzoek tot echtscheiding roept een aantal procedurele kwesties op. Want wat kan nu als een geldige reden worden aangevoerd om geen ouderschapsplan bij het verzoekschrift te overleggen? De Memorie van Toelichting noemt als voorbeelden de situaties waarin er geen communicatie tussen de ouders (meer) mogelijk is, de moeder in een blijf-van- mijn- lijfhuis zit, of een ouder wegens een psychiatrische stoornis in een inrichting verblijft, en wanneer het niet lukt om binnen een redelijke termijn afspraken omtrent het voortgezet ouderschap te maken.⁴² Ten aanzien van dit laatste punt wordt de invulling van het begrip ‘redelijke termijn’ aan de rechter overgelaten. Hierbij komen de vragen naar voren wat als redelijke termijn moet worden aangemerkt en vanaf welk moment deze termijn begint te lopen. Is dit vanaf het moment waarop de scheidingsmededeling is gedaan, het

³⁹ *Kamerstukken II*, 2004/05, 30145, nr. 3, p. 4.

⁴⁰ *Kamerstukken II*, 2004/05, 30145, nr. 3, p. 18.

⁴¹ Chin-A-Fat 2006, pp. 102-103.

⁴² *Kamerstukken II*, 2004/05, 30145, nr. 3, p. 5.

moment waarop de advocaat is ingeschakeld, het moment waarop het verzoekschrift bij de rechtbank is ingediend of een ander moment? Wanneer er nog geen ‘redelijke termijn’ is verstreken, zal de rechter de zaak moeten aanhouden om partijen de kans te geven het ouderschapsplan alsnog tot stand te brengen. Als er sprake is van een zogenaamde ‘vechtscheiding’ is een lange termijn voor zowel ouders als kinderen erg schadelijk. De ruzies duren maar voort, de financiële onzekerheid blijft bestaan en aan emotionele verwerking en het opbouwen van een nieuw leven komen de betrokkenen niet toe. De rechter komt hiermee in een lastige situatie terecht. Gaat hij soepel met de ontsnappingsmogelijkheid om, dan komt er minder terecht van de vooraf gestelde eis van het ouderschapsplan. Gaat de rechter strenger met de ontsnappingsmogelijkheid om, dan wordt de toegang tot de rechter meer geblokkeerd.⁴³

Verder speelt tevens een rol dat het ouderschapsplan als ontvankelijkheidsvereiste veel beslissingen blokkeert die voorheen wel konden worden afgedaan. Wanneer partijen het voor de invoering van de Wet zorgvuldige scheiding niet eens waren over de hoofdverblijfplaats van de kinderen, de omgangsregeling en de kinderalimentatie (punten die thans in het ouderschapsplan moeten worden geregeld), maar het wel eens zijn over de verzochte echtscheiding, het voorlopig gebruik van de echtelijke woning en het bevel verdeling, kon de rechter bij tussenbeschikking de echtscheiding reeds uitspreken. De niet ter discussie staande nevenvoorzieningen konden worden toegewezen en de overige zaken werden aangehouden. Met de invoering van de Wet zorgvuldige scheiding is dit niet meer mogelijk als niet eerst aan de ontvankelijkheidseis is voldaan. Dit houdt in, dat als verzoeker niet aantoont dat hij in redelijkheid geen ouderschapsplan kan overleggen, de rechter niet mag kennisnemen van en geen beslissing mag nemen over het echtscheidingsverzoek en eventuele verzochte nevenvoorzieningen die geen verband met het kind houden.⁴⁴ Naar mijn mening is dit een verslechtering van de positie van het kind ten opzichte van de situatie zoals die voor de invoering van de Wet zorgvuldige scheiding bestond.

Het is aan de ouders om te bepalen welke afspraken zij in het ouderschapsplan vastleggen. Wel stelt de wet een aantal minimumeisen. De onderwerpen waarover de ouders afspraken moeten maken, zijn de meest essentiële punten bij de uitoefening van het gezamenlijk gezag. Dit zijn bovendien de onderwerpen, die in de praktijk kunnen leiden tot een conflict dat voor de rechter moet worden beslecht. Artikel 815 lid 3 Rv vermeldt welke afspraken in ieder geval in het ouderschapsplan moeten worden opgenomen:

- a) de wijze waarop de ouders de zorg- en opvoedingstaken, bedoeld in artikel 247 BW, verdelen of het recht en de verplichting tot omgang, bedoeld in artikel 377a BW, eerste lid vormgeven;
- b) de wijze waarop de ouders elkaar informatie verschaffen en raadplegen omtrent gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van hun minderjarige kinderen;
- c) de kosten van de verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen (kinderalimentatie).

In de volgende hoofdstukken komen deze onderwerpen uitgebreid aan bod.

⁴³ Ackermans-Wijn & Brands-Bottema 2009, pp. 47.

⁴⁴ Ackermans-Wijn & Brands-Bottema 2009, pp. 48.

Daarnaast bepaalt artikel 815 lid 4 Rv dat het verzoekschrift vermeldt over welke van de gevraagde voorzieningen overeenstemming is bereikt en over welke van de gevraagde voorzieningen een verschil van mening bestaat met de gronden daarvoor. Tot slot vermeldt het verzoekschrift hoe de kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan. De mate waarin dit laatste mogelijk is, is afhankelijk van de leeftijd en het ontwikkelingsniveau van het kind. Niet duidelijk is hoe de rechter de betrokkenheid van het kind bij het opstellen van het ouderschapsplan dient te toetsen. Loeb is van mening dat ouders er in bepaalde gevallen (bijvoorbeeld bij zeer jonge kinderen) zonder meer mee kunnen volstaan bij het echtscheidingsverzoek te vermelden dat hun kind daar niet bij is betrokken. Zij stelt dat er nog veel vragen zijn, namelijk in hoeverre een kind betrokken moet worden bij het opstellen van een ouderschapsplan, en op welke leeftijd, maar ook wie de betrokkenheid van de kinderen bij het opstellen van het ouderschapsplan moet garanderen en op welke wijze dit moet gebeuren. Ook als een kind zijn of haar mening over het ouderschapsplan aan de rechter kenbaar heeft gemaakt, is het de vraag wat de rechter met die mening kan en zal doen. Strookt volgens de rechter de mening van het kind niet met het belang van het kind (zoals de rechter dat ziet), dan dient het belang van het kind te prevaleren.⁴⁵ Zo oordeelde de rechtbank Roermond onlangs dat de mening van het kind sterk gekleurd was door de invloed van één van de ouders. In een dergelijk geval is het zeer de vraag of het kind zijn eigen mening of die van de ouder weergeeft.

De Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht (FJR) heeft op 18 juni 2009 in samenwerking met het Nederlands Instituut van Psychologen (NIP) een studiemiddag georganiseerd om in breder verband te discussiëren over de eerste praktijkervaringen met de Wet zorgvuldige scheiding. Zij heeft daartoe meerdere vraagpunten opgesteld die onder andere betrekking hebben op het gelijkwaardig ouderschap, procedurele perikelen, de rol van de familierechter, echtscheiding en daarbij betrokken kinderen en de kosten van de procedure.⁴⁶ Over de procedurele perikelen heb ik hiervoor al het een en ander opgemerkt. Ten aanzien van het betrekken van de kinderen bij het opstellen van het ouderschapsplan zijn als vraagpunten naar voren gekomen op welke wijze kinderen daarbij het beste kunnen worden betrokken met zo min mogelijk risico op een loyaliteitsconflict, wat te doen, als ouders weloverwogen besluiten, dat zij niet willen, dat de kinderen bij het opstellen van ouderschapsplan betrokken worden en waar ligt qua leeftijd van de kinderen een redelijke grens om kinderen te betrekken.

De toekomst zal moeten uitwijzen wat de toegevoegde waarde van het verplichte ouderschapsplan is. De meerwaarde van het plan is dat ouders worden gestimuleerd om zelf tot afspraken te komen. Wel plaats ik daarbij de kanttekening dat ik in die gevallen, waarin het voor de ouders moeilijk blijkt om ook na de scheiding een goede relatie met elkaar te onderhouden, problemen voorzie bij de uitvoering van het plan in de praktijk. Daarenboven is het plan met het opgroeien van het kind en daarmee gepaard gaande veranderingen in zijn leefpatroon aan veranderingen onderhevig. Het plan is daarmee een momentopname. Aanpassing daarvan staat

⁴⁵ E. Loeb, 'Het ouderschapsplan', in: Boele-Woelki e.a. 2009, p. 23.

⁴⁶ FJR 2009, 5, pp. 136 e.v.

of valt met de onderlinge verhouding tussen beide ouders. Het is nog maar de vraag of de ouders daarbij altijd in staat zijn het belang van het kind voorop te stellen.

Aan de koppeling van het ouderschapsplan aan het indienen van het verzoek tot scheiding zitten nog veel haken en ogen die in de praktijk moeten worden uitgewerkt. Ik signaleerde hiervoor al dat het voor de rechter niet meer mogelijk is om direct de echtscheiding uit te spreken en in een later stadium afzonderlijk te oordelen over eventuele nevenverzoeken die het kind betreffen. De wetgever heeft met het verplichte ouderschapsplan gekozen voor een juridische oplossing van de gezags- en omgangsproblematiek. Mijns inziens valt het echter te betwijfelen of een dergelijke juridische oplossing een blijvend goed contact tussen het kind en beide ouders kan bevorderen. Voor ouders die voorheen in goed overleg tot afspraken konden komen, verandert er met het verplichte ouderschapsplan niets. Ten aanzien van de zogenaamde 'vechtscheidingen' zal het verplichte ouderschapsplan niet tot een verbetering leiden. Waar ouders niet vrijwillig tot een onderlinge regeling kunnen komen, zal een verplichting daartoe geen uitkomst kunnen bieden. Hoezeer ook de beoogde preventieve werking van het ouderschapsplan (het verminderen van conflicten na scheiding) valt toe te juichen, naar mijn mening dient dit niet ten koste te gaan van het stimuleren van echtscheidingsbemiddeling, het verbeteren van de omgangsbegeleiding en het uitbreiden van het aantal omgangshuizen. Deze laatste bieden de niet verzorgende ouder en het kind een neutrale plaats waar zij elkaar kunnen ontmoeten. Immers, ook aan dergelijke voorzieningen zal na het verplichte ouderschapsplan behoefte blijven bestaan om de omgangsproblematiek te lijf te gaan.

Een aanzet tot de bevordering van een blijvend contact tussen het kind en zijn beide ouders is overigens al in 1998 gegeven met de invoering van de voortzetting van het gezamenlijk gezag na echtscheiding.⁴⁷ In het volgende hoofdstuk wordt bekeken wat de rechtspositie van het minderjarige kind ten aanzien van het ouderlijk gezag na (echt)scheiding is.

⁴⁷ Wet van 30 oktober 1997, *Stb.* 1997, 506.

Hoofdstuk 3: De rechtspositie van het minderjarige kind met betrekking tot het ouderlijk gezag na (echt)scheiding.

3.1 Rechtspositie op basis van het IVRK

3.1.1 Artikel 5 IVRK: de rol van de ouders

De Staten die partij zijn, eerbiedigen de verantwoordelijkheden, rechten en plichten van de ouders of, indien van toepassing, van de leden van de familie in ruimere zin of de gemeenschap al naar gelang het plaatselijk gebruik, van wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk zijn voor het kind, voor het voorzien in passende leiding en begeleiding bij de uitoefening door het kind van de in dit Verdrag erkende rechten, op een wijze die verenigbaar is met de zich ontwikkelende vermogens van het kind.

In veel bepalingen van het IVRK wordt verwezen naar ouders of verzorgers van het kind, maar er is geen sprake van consequent taalgebruik. Soms wordt gesproken van ‘ouders’, soms van ‘ouders, wettige voogden of verzorgers’, soms van ‘gezin’. Artikel 5 IVRK is in dit opzicht de ‘paraplubepaling’, want het artikel is van toepassing voor een ieder die het kind verzorgt en opvoedt.⁴⁸

Artikel 5 IVRK kent de ouders zowel de verantwoordelijkheid voor de opvoeding van hun kinderen toe als het recht om deze opvoeding zelf vorm te geven. Wel moeten de ouders daarbij rekening houden met de zich ontwikkelende vermogens van het kind. Dit houdt in dat een kind in zijn ontwikkeling naar volwassenheid in toenemende mate zelfstandig, zonder de inmenging of begeleiding van ouders, zijn of haar rechten kan en mag uitoefenen. In artikel 12 IVRK wordt bepaald dat de mening van het kind belangrijk is en dat naar deze mening moet worden geluisterd. Artikel 5 IVRK gaat nog een stap verder: niet alleen moet rekening worden gehouden met de mening van het kind, maar het kind moet worden bijgestaan bij het uitoefenen van zijn rechten. Dit impliceert dan ook een verschuiving van verantwoordelijkheid ten aanzien van het nemen van beslissingen van ouders naar kind, als het kind hiertoe in staat is.⁴⁹

Het Comité heeft erop gewezen dat het garanderen van rechten voor kinderen binnen de familie niet ten koste van anderen dient te gaan, in het bijzonder van ouders, maar integendeel juist leidt tot een versterking van de rechten van de gehele familie. Daarbij is het wel belangrijk dat de juiste balans wordt gevonden tussen ouderlijk gezag en ouderlijke zeggenschap en de verwezenlijking van de rechten van kinderen. Verder heeft het Comité een aantal concrete positieve verplichtingen van verdragspartijen ten aanzien van artikel 5 IVRM geformuleerd. Het betreft hier o.a. de verplichting van verdragspartijen om ouders en kinderen bewust te maken van de rechten van het kind in gezinsverband, bijvoorbeeld door middel van scholing voor relevante beroepsgroepen over dit thema en het overbrengen van kennis en informatie over de

⁴⁸ Hodgkin & Newell 2002, p. 121.

⁴⁹ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 70.

ontwikkeling van het kind en de zich ontwikkelende vermogens van het kind aan ouders of verzorgers.⁵⁰

Artikel 5 IVRK geeft samen met het hierna te bespreken artikel 18 IVRK het kader voor de verhouding tussen ouders, kinderen en samenleving. Zoals we in de volgende paragraaf zullen lezen, geeft artikel 18 IVRK een uitwerking van de bescherming van de ouderlijke verantwoordelijkheid ten opzichte van het kind. Tot slot is artikel 19 IVRK nog van belang, waarin de verdragspartijen wordt opgedragen om kinderen binnen het gezin te beschermen tegen mishandeling, verwaarlozing en geweld. Laatstgenoemd artikel, dat in deze scriptie verder buiten beschouwing blijft, geeft de grenzen aan van het familieleven van ouders of verzorgers en kinderen zonder overheidsinterventie.

3.1.2 Artikel 18 IVRK: verantwoordelijkheid van ouders

- 1. De Staten die partij zijn, doen alles wat in hun vermogen ligt om de erkenning te verzekeren van het beginsel dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Ouders of, al naar gelang het geval, wettige voogden, hebben de eerste verantwoordelijkheid voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Het belang van het kind is hun allereerste zorg.*
- 2. Om de toepassing van de in dit Verdrag genoemde rechten te waarborgen en te bevorderen, verlenen de Staten die partij zijn passende bijstand aan ouders en wettige voogden bij de uitoefening van hun verantwoordelijkheden die de opvoeding van het kind betreffen, en waarborgen zij de ontwikkeling van instellingen, voorzieningen en diensten voor kinderopvang.*
- 3. De Staten die partij zijn, nemen alle passende maatregelen om te waarborgen dat kinderen van werkende ouders recht hebben op gebruikmaking van diensten en voorzieningen voor kinderopvang waarvoor zij in aanmerking komen.*

Artikel 18 IVRK betreft de gezamenlijke verantwoordelijkheid van ouders om hun kinderen te verzorgen en op te voeden en de rol van de overheid daarbij. Er wordt niet gesproken van een gelijke verantwoordelijkheid. Volgens Detrick lijkt dit er op te wijzen dat het meer gaat over de ouderlijke verantwoordelijkheden in de praktijk dan om gelijkheid in de wet tussen ouders.⁵¹ Artikel 18 IVRK, tezamen met de hiervoor behandelde artikelen 5 en artikel 3 lid 2, en tezamen met artikel 27 (het recht op een toereikende levensstandaard) IVRK geeft aan dat ouders de eerst verantwoordelijken zijn voor de verzorging en opvoeding van hun kinderen en dat zij daarbij recht hebben op ondersteuning door de overheid. Deze laatste moet alles doen wat in haar vermogen ligt om de erkenning van het beginsel, dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dienen te dragen voor de opvoeding en ontwikkeling van hun kinderen te verzekeren. Het belang van het kind is hun eerste zorg. Deze ouderlijke verantwoordelijkheid

⁵⁰ General guidelines for periodic reports, 20 november 1996, CRC/C/58, § 62.

⁵¹ Detrick 1999, p. 301.

gaat verder dan financiële steun na scheiding; het doel van dit artikel is dat beide ouders een actieve rol spelen in de opvoeding van hun kind.⁵²

De overheid dient zowel het kind te beschermen als voldoende voorzieningen te bieden ter ondersteuning van de opvoeding van het kind door de ouders. Dit laatste is als een positieve verplichting neergelegd in het tweede lid van artikel 18 IVRK. De discussie over deze bepaling betrof vooral de vraag wat het karakter van de bijstand van de staat aan ouders was ter ondersteuning bij de opvoeding. Moest de staat tussen beide komen, ook als dat door de ouders niet was gewenst? Uiteindelijk is er besloten dat het ging om het verschaffen van financiële of andere materiële ondersteuning, waaronder in de eerste plaats voorzieningen voor kinderopvang en naschoolse opvang (lid 3). Maar ook consultatiebureaus, peuterspeelzalen, jongerenclubs en uitleencentra voor speelgoed kunnen daartoe behoren.⁵³ Daarbij moeten de bestaande voorzieningen voortdurend worden geëvalueerd en moet de noodzaak tot nieuwe voorzieningen worden bestudeerd (lid 2).

Wanneer ouders gaan scheiden komt de gezamenlijke verantwoordelijkheid van ouders voor de verzorging en ontwikkeling van hun kind onder druk te staan. In een dergelijke situatie is het wenselijk dat ouders het gezamenlijk gezag blijven uitoefenen, tenzij dit niet in het belang van het kind is. Verdragspartijen moeten maatregelen nemen om de mogelijkheid van gezamenlijk gezag na scheiding te stimuleren en te ondersteunen. In elk geval is het belangrijk dat beide ouders na scheiding een substantiële rol blijven vervullen met betrekking tot de verzorging en opvoeding van het kind.⁵⁴ Dit laatste komt ook tot uiting in artikel 9 IVRK (scheiding van het kind van de ouders en het recht op omgang) dat in hoofdstuk 4 wordt besproken. Het komt echter vaak voor dat ouders het niet eens kunnen worden over de invulling van het gezamenlijk gezag en dat een van de ouders het eenhoofdig gezag over het kind wenst. Volgens het Comité dient het recht geen ‘inflexible presumptions’ te maken over welke ouder voorrang krijgt boven de ander bij gezagskwesties. Een dergelijke beslissing dient altijd gericht te zijn op het belang van het kind.⁵⁵

In de volgende paragraaf ga ik in op de artikelen 8 en 5 van het zevende protocol van het EVRM, waarin het recht van ouders om gezag over hun kinderen uit te oefenen respectievelijk de gelijke rechten en verantwoordelijkheden van ouders in hun betrekking tot hun kinderen zijn vastgelegd.

⁵² Hodgkin & Newell 2002, p. 229.

⁵³ Hodgkin & Newell 2002, p. 252.

⁵⁴ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 151.

⁵⁵ Hodgkin & Newell 1998, p. 231.

3.2 Rechtspositie op basis van het EVRM

3.2.1 Artikel 8 EVRM: recht op eerbiediging van privé familie- en gezinsleven

1. *Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.*
2. *Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*

Artikel 5 zevende protocol bij EVRM: gelijke rechten van echtgenoten

*Echtgenoten hebben gelijk rechten en verantwoordelijkheden van civielrechtelijke aard, zowel onderling als in hun betrekkingen met hun kinderen, wat betreft het huwelijk, tijdens het huwelijk en bij de ontbinding ervan. Dit artikel belet de Staten niet de in het belang van de kinderen noodzakelijke maatregelen te nemen.*⁵⁶

Het EHRM heeft al in 1987 beslist dat het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven de uitoefening van ouderlijk gezag omvat.⁵⁷ De vrijheid van de ouders om hun kind naar eigen inzicht en overtuiging op te voeden staat centraal. Dit recht is echter gegeven in het belang van het kind en kan daarom niet los worden gezien van de verplichting dat belang te dienen.⁵⁸ In artikel 8 EVRM valt niets te lezen over ‘de zich ontwikkelende vermogens van het kind’ waar artikel 5 IVRK over spreekt. Wel heeft het EHRM zich in dat kader uitgelaten en gesteld dat bij de beoordeling van hetgeen het belang van het kind meebrengt, de vraag wat het kind dienaangaande zelf vindt en wenst naarmate het ouder en rijper wordt steeds meer gewicht in de schaal gaat leggen.⁵⁹

Waar het IVRK de nadruk legt op het belang van het kind bij een stabiele en veilige opvoedingssituatie heeft de jurisprudentie van het EHRM lange tijd vooral oog voor de rechten van de ouders gehad. Dit is niet verbazingwekkend als bedacht wordt dat artikel 8 EVRM juist diende om gezinnen te behoeden voor al te veel staatsinterventie (negatieve verplichtingen).⁶⁰ Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw zijn er uit dit artikel echter positieve verplichtingen af te leiden voor de verdragspartijen. Het gaat er dan bijvoorbeeld om dat in het geval dat een kind uit huis wordt geplaatst, er zoveel mogelijk rekening wordt gehouden met de

⁵⁶ Protocol van 22 november 1984, *Trb.* 1985, 2, Herziane versie *Trb.* 1990, 161, gewijzigd 11 mei 1994, *Trb.* 1994, 165.

⁵⁷ EHRM 8 juli 1987, *B v the United Kingdom*, Application no. 9840/82, § 64.

⁵⁸ EHRM 28 november 1988, *Nielsen v Denmark*, Application no. 10929/84, § 61.

⁵⁹ EHRM 9 juni 1998, *Bronda v Italy*, nr. 40/1997/824/1030, § 62.

⁶⁰ De Bruijn-Lückers, *De huidige jeugdbescherming in overeenstemming met het IVRK?*, in Bruning & Ruitenbergh 2005, p. 61.

verantwoordelijkheid van ouders en alles in het werk wordt gesteld om ouders en kind te herenigen.⁶¹ Maatregelen in strijd met het doel van de hereniging van ouders en kind mogen slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden genomen en alleen dan, indien het belang van het kind zich hiertegen verzet.⁶² Het belang van het kind weegt echter niet zwaarder dan de belangen van ouders of pleegouders.⁶³

Artikel 8 EVRM bevat geen specifieke regeling met betrekking tot de vraag aan wie van beide ouders in geval van scheiding de uitoefening van het ouderlijk gezag moet worden toegekend.⁶⁴ Dit geldt ook voor de vraag of er wel een keuze tussen beide ouders moet worden gemaakt.⁶⁵ Dit wordt in beginsel overgelaten aan de nationale overheden. In de meeste Westerse landen bestaat er nu een zekere culturele consensus dat de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag na (echt)scheiding het best beantwoordt aan het belang van het kind.⁶⁶ In de volgende paragraaf komt naar voren dat dit ook in ons land de huidige opvatting is.

Een aantasting van het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven van de ene ouder ingevolge de toekenning van (de uitoefening van) het ouderlijk gezag aan de andere ouder moet voldoen aan de vereisten van het tweede lid van artikel 8 EVRM. Het EHRM heeft consistent aanvaard dat daaraan is voldaan indien verwezen wordt naar het belang van het kind dat in deze materie doorslaggevend moet zijn.⁶⁷ Daarmee wordt een hogere standaard opgelegd dan in het IVRK, waarin het belang van het kind, bij alle maatregelen betreffende kinderen (waaronder de toekenning van de uitoefening van het ouderlijk gezag) slechts een eerste overweging is. Lemmens is kritisch en stelt dat het EHRM nogal gemakkelijk aanvaardt dat het belang van het kind op een gepaste wijze wordt afgewogen door de nationale rechter. De staten lijken een vrij ruime beoordelingsvrijheid te hebben bij het inschatten van het belang van het kind en bij het aangeven van de factoren die belangrijk zijn voor de bescherming van het kind.⁶⁸

In artikel 5 van het zevende protocol bij het EVRM is tot slot benadrukt dat echtgenoten gelijke rechten en verantwoordelijkheden van civielrechtelijke aard hebben, zowel onderling als in hun betrekkingen met hun kinderen, wat betreft het huwelijk, tijdens het huwelijk en bij de ontbinding ervan. Zoals we hiervoor in paragraaf 2.3.3 hebben gelezen, is dit ook de insteek van de Wet zorgvuldige scheiding. In de volgende paragraaf zal ik ingaan op de rechtspositie van het minderjarige kind in ons recht.

⁶¹ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 72.

⁶² EHRM 7 augustus 1996, *NJ* 1998, p. 324.

⁶³ EHRM 16 september 1999, *NJCM* 1999, p. 1111.

⁶⁴ ECRM 20 december 1957, *X v Sweden*, no. 172/56.

⁶⁵ ECRM 16 januari 1963, *X v the Netherlands*, no. 1449/62.

⁶⁶ K. Kurkisuonio 2000, pp. 183-205.

⁶⁷ EHRM 23 juni 1993, *Hoffman v Austria*, Application no. 12875/87, § 35.

⁶⁸ Lemmens, 2005, p. 33.

3.3 Rechtspositie op basis van nationaal recht

3.3.1 Inleiding

Om het begrip ‘ouderlijk gezag’ te verduidelijken, maak ik eerst een kort uitstapje naar het afstammingsrecht. De afstamming is de in beginsel biologische betrekking die door de geboorte uit bepaalde ouders ontstaat. De door de afstamming ontstane juridische betrekking wordt ook wel familierechtelijke betrekking genoemd. Kinderen staan altijd in familierechtelijke betrekking tot de moeder, dat is de vrouw uit wie het kind is geboren (art. 1:198 BW). De vader in juridisch opzicht is de man met wie de moeder is gehuwd. Als het huwelijk is ontbonden door zijn dood moet het kind voor de 307^e dag na zijn overlijden zijn geboren, wil de vroegere echtgenoot als de vader van het kind gelden. Vader van het kind is ook de man die het kind heeft erkend of wiens vaderschap gerechtelijk is vastgesteld (art. 1:199 BW). Het kind dat tijdens een geregistreerd partnerschap wordt geboren, heeft van rechtswege geen andere ouder dan de vrouw uit wie het is geboren, tenzij de vader heeft kind heeft erkend of het vaderschap gerechtelijk is vastgesteld. Het begrip ‘ouder’ is in het afstammingsrecht niet gedefinieerd. Een kind heeft ten hoogste twee juridische ouders. Dat zijn de hiervoor omschreven vader en de moeder, of twee moeders dan wel twee vaders. Heeft het kind twee vaders of twee moeders, dan heeft een van hen of hebben beiden het kind geadopteerd.

Gedurende het huwelijk of het geregistreerd partnerschap oefenen de ouders in beginsel gezamenlijk het gezag over hun minderjarige kinderen uit (art. 1:251 lid 1, 1:253aa BW). Over een buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kind oefent de moeder in beginsel alleen het gezag uit; de man die het kind heeft erkend of wiens vaderschap gerechtelijk is vastgesteld (de vader) kan de rechtbank verzoeken in plaats van of samen met de moeder met het gezag te worden bekleed (art. 1:253b en 253c BW). De ouders kunnen als ze ongehuwd zijn en nimmer met elkaar gehuwd zijn geweest, het gezag gezamenlijk uitoefenen, indien het voornemen daartoe op verzoek van hun beiden is aangetekend in het gezagsregister (art. 1:252 BW).⁶⁹

Het gezag heeft betrekking op drie aspecten:

- a. het gezag over de persoon van de minderjarige;
- b. het bewind over het vermogen van de minderjarige;
- c. de vertegenwoordiging van de minderjarige in en buiten rechte.⁷⁰

In deze paragraaf wordt alleen ingegaan op het gezag over de persoon van de minderjarige. Het bewind over het vermogen van de minderjarige blijft in deze scriptie geheel buiten beschouwing. De vertegenwoordiging van de minderjarige in en buiten rechte is in hoofdstuk 2 reeds kort aangestipt. In hoofdstuk 6 wordt nog nader ingegaan op de processuele rechtspositie van de minderjarige.

⁶⁹ Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2009, p. 173-175.

⁷⁰ Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2009, p. 201-202.

De inhoud en omvang van het ouderlijk gezag is in ons recht neergelegd in artikel 1:247 BW. Genoemd artikel heeft met de invoering van de Wet zorgvuldige scheiding een aantal wijzigingen ondergaan. Zo zijn de leden 3 tot en met 5 toegevoegd om de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de ouders voor de opvoeding en verzorging van hun minderjarige kinderen te benadrukken. In de volgende paragraaf worden de eerste drie leden van artikel 1:247 BW besproken. De leden vier en vijf, die de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken na scheiding betreffen, worden in het volgende hoofdstuk behandeld.

3.3.2 Artikel 1:247 BW

1. *Het ouderlijk gezag omvat de plicht en het recht van de ouder zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden.*
2. *Onder verzorging en opvoeding worden mede verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind en het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid.*
3. *Het ouderlijk gezag omvat mede de verplichting van de ouder om de ontwikkeling van de banden van zijn kind met de andere ouder te bevorderen.*
4. *Een kind over wie de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen, behoudt na ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed, na het beëindigen van het geregistreerd partnerschap, of na het beëindigen van de samenleving indien een aantekening als bedoeld in artikel 252, eerste lid, is geplaatst, recht op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders.*
5. *Ouders kunnen ter uitvoering van het vierde lid in een overeenkomst of ouderschapsplan rekening houden met praktische belemmeringen die ontstaan in verband met de ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed, het beëindigen van het geregistreerd partnerschap, of het beëindigen van de samenleving indien een aantekening als bedoeld in artikel 252, eerste lid, is geplaatst, echter uitsluitend voor zover en zolang de desbetreffende belemmeringen bestaan.*

Op grond van artikel 1:247 lid 1 BW omvat het ouderlijk gezag de plicht en het recht van ouders om hun minderjarig kind te verzorgen en op te voeden. Het begrip verzorging en opvoeding omvat behalve kleding, voeding en onderdak ook de zorg voor onderwijs, medische behandeling e.d.⁷¹ Ouders hebben het recht, de vrijheid, om deze taak naar eigen inzicht te vervullen. Een eerste beperking op het recht van de ouders op uitoefening van het ouderlijk gezag is het uitgangspunt dat het gezag wordt uitgeoefend in het belang van het kind. In het geval de ouders in de uitoefening van het gezag tekortschieten, kan de overheid maatregelen nemen in de vorm van een ondertoezichtstelling, een ontheffing van het gezag tot zelfs een ontzetting uit het gezag.

⁷¹ Broekhuijsen-Molenaar 'Titel 14 Het gezag over minderjarige kinderen', in: Nieuwenhuis e.a., 2004, p. 293.

Het tweede lid van artikel 1:247 BW omvat de verantwoordelijkheid van ouders voor de veiligheid van het kind zowel binnen als buiten het gezin. Het ouderlijk gezag bevat de bevoegdheid om te beslissen over de vraag waar het kind verblijf moet houden. Ouders behoren hun kind niet in een onveilige situatie te brengen of te laten zitten. Daarnaast mogen de ouders geen geestelijk of lichamelijk geweld dan wel een andere vernederende behandeling toepassen en dienen zij de ontwikkeling van de persoonlijkheid van het kind te bevorderen. Hiermee stuiten wij op een tweede beperking op het recht van de ouders op uitoefening van het ouderlijk gezag. Ouders dienen rekening te houden met de toenemende mondigheid van het kind en diens behoefte zich naar eigen inzicht te ontwikkelen. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat bij de beoordeling van hetgeen het belang van het kind meebrengt, de vraag wat het kind dienaangaande zelf vindt en wenst, naarmate het ouder en rijper wordt, steeds meer gewicht in de schaal gaat leggen.⁷² Het kind dient op zijn beurt rekening te houden met de uit het ouderlijk gezag voortvloeiende bevoegdheden van de ouders en met de belangen van de andere gezinsleden (art. 1:249 BW).

Artikel 1:247 lid 3 BW expliciteert de norm dat het ouderlijk gezag mede de verplichting van de ouder omvat om de ontwikkeling van de band van zijn minderjarig kind met de andere ouder te bevorderen. De Memorie van Toelichting van de Wet zorgvuldige scheiding geeft aan dat de ouders die afspraken maken over de opvoeding van het kind rekening met deze norm dienen te houden. Er kan niet worden vastgelegd dat een van de ouders geen enkel contact met het kind zal hebben.⁷³ Daarmee wordt geprobeerd te voorkomen dat een ouder na scheiding zijn kind niet meer ziet. Volgens Wortmann is de plicht van de ouders om de band met het kind te bevorderen geen absolute plicht. Zij stelt dat in situaties waarbij de ouder de omgang met het kind wordt ontzegd, het belang van het kind mee kan brengen dat de bevordering van de band met de andere ouder geen verdere invulling krijgt.⁷⁴

Rietbergen stelt dat in het licht van artikel 5 IVRK gezegd kan worden dat het in stand houden van de band tussen ouder en kind bijdraagt aan de persoonlijke ontwikkeling van het kind en zeker bijdraagt aan de uitoefening van de rechten die het kind heeft onder het IVRK. Bovendien is het, uitzonderingen daargelaten, in het belang van het kind. Ouders dienen de ‘evolving capacities’ van het kind te bevorderen en dit kan zeker door contact na de scheiding te laten plaatsvinden. Op deze wijze blijven beide ouders een rol spelen in het leven van het kind. Het derde lid van artikel 1:247 BW sluit aan bij de norm van artikel 5 IVRK dat de lidstaten de verantwoordelijkheden, rechten en plichten van de ouders dienen te eerbiedigen en bij artikel 7 IVRK dat het kind het recht geeft zijn ouders te kennen en door hen verzorgd te worden.⁷⁵

⁷² HR 25 september 1998, *NJ 1999*, 379.

⁷³ *Kamerstukken II*, 2004/05, 30135, nr. 3, p. 6.

⁷⁴ Wortmann 2006, p. 160.

⁷⁵ L. Rietbergen, ‘Het ouderschapsplan en het IVRK’, in: De Graaf, Mak & Van Wijk 2008, p. 111.

3.3.3 Gezag na scheiding

Ouders die tijdens het huwelijk of geregistreerd partnerschap samen het gezag uitoefenen, zetten dit gezag na ontbinding daarvan gezamenlijk voort. Dit laatste geldt ook voor samenwonenden die gezamenlijk het gezag hebben en hun relatie verbreken.

Op verzoek van (een van) de ouders kan de rechter echter bepalen dat het gezag over een kind voortaan aan een van hen alleen toekomt. Het criterium voor de toewijzing van het gezag aan een van de ouders is dat dit in het belang van het kind is. In de jurisprudentie is dit criterium uitgewerkt: er moet sprake zijn van zodanig ernstige communicatieproblemen tussen de ouders dat bij voortdurend van het gezamenlijk gezag er een onaanvaardbaar risico bestaat dat het kind klem of verloren dreigt te geraken tussen de ouders en niet te verwachten is dat daarin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering komt.⁷⁶ Het 'klemcriterium' is met de inwerkingtreding van de Wet zorgvuldige scheiding in artikel 1:251a lid 1 BW opgenomen. Genoemd artikel bepaalt dat na scheiding het gezag slechts aan een van beide ouders kan toekomen indien:

- a. daartoe door (een van) beide ouders een verzoek is gedaan en
- b. de rechter tot het oordeel komt dat, als het gezamenlijk gezag gehandhaafd blijft, er een onaanvaardbaar risico voor het kind is dat het tussen de ouders klem of verloren zal raken en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare termijn verbetering komt of toedeling van het gezag aan een van de ouders anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

Voor een voortzetting van het gezamenlijk gezag na scheiding is vereist dat de ouders in feite in staat zijn tot een behoorlijke gezamenlijke gezagsuitoefening en dat zij beslissingen van enig belang over hun kinderen in gezamenlijk overleg kunnen nemen. Ouders moeten ten minste in staat zijn vooraf afspraken te maken over situaties die zich rond het kind kunnen voordoen, zodanig dat het kind niet klem of verloren raakt tussen de ouders. Het ontbreken van een goede communicatie tussen de ouders, in het bijzonder in de periode waarin de scheiding en de daarmee verband houdende kwesties nog niet zijn afgewikkeld, brengt niet zonder meer met zich mee dat in het belang van het kind het ouderlijk gezag aan een van de ouders moet worden toegekend. Er kunnen zich echter omstandigheden voordoen die op zichzelf nog niet een onaanvaardbaar risico meebrengen dat het kind tussen de ouders klem of verloren zal raken, maar die tot zodanige spanningen leiden in het gezin waar het kind verblijft dat om die reden het belang van het kind ertoe noodzaakt om het gezag aan een van beide ouders op te dragen.⁷⁷ Hierbij kan gedacht worden aan de situatie dat een ouder voortdurend de verblijfplaats van het kind ter discussie stelt.

Het oordeel over het belang van het kind zal in hoge mate door de feitelijke omstandigheden worden bepaald. Uit de jurisprudentie blijkt dat er uiterst terughoudend wordt omgegaan met het toekennen van verzoeken om eenhoofdig gezag. Zo is de enkele wens van een ouder om alleen met het gezag belast te worden niet voldoende om die ouder alleen het gezag op te dragen. Maar ook als beide ouders verzoeken om alleen met het gezag over het kind belast te

⁷⁶ HR 10 september 1999, *NJ* 2000, 20.

⁷⁷ HR 24 oktober 2008, *LJN* BF0237.

worden is de rechter niet gehouden het gezag aan een van hen beiden op te dragen. De rechter kan beide verzoeken afwijzen en het gezamenlijk gezag in stand laten.⁷⁸ Indien een van beide ouders verzoekt om het gezag aan de andere ouder alleen op te dragen, kan de rechter dit verzoek afwijzen en het gezamenlijk gezag in stand laten, maar hij kan niet het eenhoofdige gezag opdragen aan de ouder die heeft verzocht om het gezag aan de ander te laten.⁷⁹

Een procedure waarin het eenhoofdige gezag wel is toegewezen, betrof een situatie waarin de vader drugsverslaafd, agressief en opvliegend was, de moeder sloeg en stemmen hoorde. Hij leidde een zwervend bestaan. Het Hof Leeuwarden zag in de geestelijke toestand van de vader geen belemmering voor de uitoefening van het gezamenlijk gezag, nu de zoon bij de moeder woonde en zij de aangewezen persoon is om het kind te verzorgen en de dagelijkse beslissingen te nemen. De Hoge Raad vond dat oordeel van het hof onbegrijpelijk.⁸⁰ Ook in de beslissing van het Hof 's-Hertogenbosch van 30 maart 2006 is het eenhoofdige gezag aan de moeder toegewezen, nu de vader tijdenlang in het buitenland verblijft, Thailand en China, en daar niet te bereiken is. Het hof oordeelde gezamenlijk gezag in dit geval niet in het belang van het kind. Daarbij nam het hof mede in aanmerking dat het de uitdrukkelijke wens van partijen was, ingegeven door de feitelijke situatie, dat de vrouw alleen belast zou worden met het gezag.⁸¹ Het Hof 's-Gravenhage beëindigde op 18 april 2007 het gezamenlijk gezag na echtscheiding, nu er geen enkele vorm van communicatie tussen de ouders was. De kinderen zijn, mede door de lange tijd waarin zij de vader niet meer hebben ontmoet, bang voor hem geworden. De basis voor de gezamenlijke gezagsuitoefening is niet langer aanwezig en het risico dat de kinderen door de situatie bij voortzetting van gezamenlijk gezag klem raken is aannemelijk.^{82,83}

Na scheiding houdt het kind waarover de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen recht op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders. In het volgende hoofdstuk zal ik ingaan op de vragen wat in dit kader onder 'gelijkwaardig' dient te worden verstaan en hoe ouders daaraan invulling kunnen geven. Verder zal ik het omgangsrecht tussen het minderjarige kind en de niet met het gezag belaste ouder behandelen.

⁷⁸ HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 123.

⁷⁹ Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2009, p. 206.

⁸⁰ HR 18 maart 2005, *LJN* AS 8525.

⁸¹ Hof 's-Hertogenbosch 30 maart 2006, *LJN* AX9618.

⁸² Hof 's-Gravenhage 18 april 2007, *LJN* BA4837.

⁸³ De Boorder & Heida 2007.

Hoofdstuk 4: De rechtspositie van het minderjarige kind met betrekking tot de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken/omgang en de informatie-/consultatieplicht na (echt)scheiding.

4.1 Rechtspositie op basis van het IVRK

4.1.1 Artikel 9 IVRK: Scheiding van het kind van de ouders en recht op omgang

1. *De Staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of haar ouders tegen hun wil, tenzij de bevoegde autoriteiten, onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing, in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat deze scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind. Een dergelijke beslissing kan noodzakelijk zijn in een bepaald geval, zoals wanneer er sprake is van misbruik of verwaarlozing van het kind door de ouders, of wanneer de ouders gescheiden leven en er een beslissing moet worden genomen ten aanzien van de verblijfplaats van het kind.*
2. *In procedures ingevolge het eerste lid van dit artikel dienen alle betrokken partijen de gelegenheid te krijgen aan de procedures deel te nemen en hun standpunten naar voren te brengen.*
3. *De Staten die partij zijn, eerbiedigen het recht van het kind dat van een ouder of beide ouders is gescheiden, op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden, tenzij dit in strijd is met het belang van het kind.*

Bovenstaand artikel bepaalt dat ieder kind het recht heeft om bij zijn ouders te leven en dat het in geval van echtscheiding of verbreking van de relatie van de ouders het recht heeft om contact te houden met beide ouders, tenzij dit strijdig is met zijn belang. Artikel 9 IVRK ziet op binnenlandse situaties. Betreft het een gezinshereniging tussen gezinsleden in verschillende landen, dan is artikel 10 IVRK van toepassing.⁸⁴ Laatstgenoemd artikel blijft in deze scriptie buiten beschouwing.

Artikel 9 IVRK waarborgt twee belangrijke principes van kinderrechten. Het eerste principe is dat kinderen niet worden gescheiden van hun ouders tegen hun wil, tenzij dat in het belang van het kind noodzakelijk is. De formulering ‘tegen hun wil’ betreft zowel de mening van de ouder(s) als die van de ouder(s) en het kind samen. Het gaat echter niet om de wil van het kind alleen. Het recht van kinderen op ouderlijke zorg is onlosmakelijk verbonden met de ‘wil’ van de ouders. Kinderen kunnen niet hun eigen verzorger kiezen. De ouders moeten daarin gehoord worden.⁸⁵ Daarnaast heeft het kind op grond van het tweede lid een procedureel recht op deelname aan alle procedures die het of andere betrokkenen aangaan. In hoofdstuk 6 wordt op dit recht nader ingegaan.

⁸⁴ Dettrick 1999, p. 170.

⁸⁵ Hodgkin & Newell 2002, p. 133.

Ten tweede bepaalt artikel 9 IVRK dat alle procedures om kinderen te scheiden van hun ouders eerlijk en rechtvaardig moeten verlopen. Alleen de bevoegde autoriteiten kunnen het besluit nemen dat de scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind. Dit besluit kan eveneens alleen onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing, in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures worden genomen. Landen die partij zijn bij het verdrag dienen over specifieke wetten of procedures te beschikken die de beslissingen door de aangewezen autoriteiten over scheiding van kind en ouders regelen.

Tot slot bepaalt het derde lid dat ieder kind recht heeft op persoonlijk contact en omgang met beide ouders als er sprake is van scheiding van een van de ouders, tenzij dit strijdig is met het belang van het kind. Het artikel verwijst naar een van de algemene beginselen van het IVRK neergelegd in artikel 3 IVRK. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat alle maatregelen betreffende kinderen moeten worden genomen in het belang van het kind.⁸⁶ Artikel 9 IVRK spreekt niet van een informatie- en consultatierecht. Mijns inziens kan een dergelijk recht wel worden afgeleid uit artikel 7 lid 2 IVRK, waaruit volgt dat het kind het recht heeft zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.

Als men artikel 9 IVRK in een internationale context plaatst, dan treft men het expliciete recht van het kind om niet van zijn ouders gescheiden te worden, alleen in dit artikel aan. Wel is er een relatie met artikel 8 EVRM dat het gezinsleven beschermt. Het recht van het kind op contact met de ouder(s) van wie het is gescheiden, is in artikel 9 IVRK echter verdergaand beschermd, omdat het meer dan alleen de bestaande situatie handhaaft en beschermt. Artikel 9 lid 1 IVRK vermeldt ook uitdrukkelijk dat de overheid maatregelen kan nemen in geval van misbruik of verwaarlozing van het kind.⁸⁷

In de volgende paragraaf zal ik bekijken hoe het omgangsrecht en de informatie- en consultatieplicht in het EVRM is geregeld.

4.2 Rechtspositie op basis van EVRM

4.2.1 Artikel 8 EVRM: recht op eerbiediging van privé familie- en gezinsleven

1. *Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.*
2. *Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*

⁸⁶ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, pp. 97-98.

⁸⁷ Ruitenberg 2003, p. 36.

In paragraaf 2.2.2 is de betekenis van het begrip ‘family life’ omschreven. Uit de rechtspraak van het EHRM komt naar voren dat uit het bestaan van ‘family life’ het recht op omgang voortvloeit.⁸⁸ Inmiddels heeft het EHRM o.a. de volgende betrekkingen erkend als ‘family life’:⁸⁹

- a. tussen echtgenoten, ook al wonen zij niet samen, mits er sprake is van een ‘lawful and genuine marriage’;⁹⁰
- b. tussen de ouders en hun uit huwelijk geboren minderjarige kind van rechtswege, ook al wonen de ouders op het moment van de geboorte niet samen, mits er sprake is van een ‘lawful and genuine marriage’;⁹¹
- c. tussen man en vrouw buiten huwelijk indien de relatie in voldoende mate met een huwelijk op één lijn valt te stellen.⁹² Hiervoor is samenwonen in de regel nodig, maar niet absoluut vereist;⁹³
- d. tussen moeder en haar kind, zowel binnen als buiten huwelijk geboren, louter door de geboorte;⁹⁴
- e. tussen langdurig ongehuwd samenwonende man en vrouw en hun kind;⁹⁵
- f. tussen de biologische vader en zijn kind, mits er ‘bijkomende omstandigheden’ zijn;⁹⁶
- g. onder omstandigheden tussen naaste verwanten, zoals tussen grootouders en kleinkind;⁹⁷

De ‘bijkomende omstandigheden’ zoals genoemd onder f. kunnen worden onderverdeeld in drie categorieën, waarbij, althans bij verwekking en inschakeling van een bekende donor, strikt genomen categorie 2 bij categorie 3 thuishoort omdat de omstandigheden rondom de bevruchting een prenatale factor van betekenis vormen:

1. een relatie met de moeder welke in voldoende mate met die van een huwelijk op één lijn valt te stellen, ook als de geboorte plaatsvindt nadat de samenleving tussen de ouders is verbroken of hun relatie is geëindigd. Samenleven is nodig, maar bij uitzondering kunnen andere factoren wijzen op voldoende bestendigheid van de relatie; een aantal factoren is hier relevant, waaronder of het paar samenleeft, de lengte van hun relatie en of zij van hun betrokkenheid op elkaar hebben blijk gegeven door het samen krijgen van kinderen of op enige andere wijze;⁹⁸

⁸⁸ EHRM 8 juli 1987, *W. v. The UK*, Application no. 9749/82, § 59.

⁸⁹ Asser & De Boer 2006.

⁹⁰ EHRM 28 mei 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v The UK*, Application no. 9214/80, 9473/81, 9474/81, § 62.

⁹¹ EHRM 21 juni 1998, *Berrehab v The Netherlands*, Application no. 10730/84, § 21.

⁹² EHRM 26 mei 1994, *Keegan v Ireland*, Application no. 16969/90, § 44.

⁹³ EHRM 27 oktober 1994, *Kroon and others v The Netherlands*, Application no. 18535/91, § 30.

⁹⁴ EHRM 13 juni 1979, *Marckx v Belgium*, Application no. 6833/74, § 31.

⁹⁵ EHRM 18 december 1986, *Johnston and others v Ireland*, Application no. 9697/82, § 56.

⁹⁶ EHRM 1 juni 2004, *Lebbink v The Netherlands*, Application no. 45582/99, § 37.

⁹⁷ EHRM 13 juni 1979, *Marckx v Belgium*, Application no. 6833/74, § 31; specifiek voor grootouders: EHRM 9 juni 1998, *Bronda v Italy*, Application no. 40/1997/824/1030, § 51.

⁹⁸ EHRM 27 oktober 1994, *Kroon and others v The Netherlands*, Application no. 18535/91, § 30.

2. feitelijke contacten met het kind na de geboorte, waarbij valt te denken aan samenleving, (financiële) verzorging of omgang;^{99,100}
3. of feiten en omstandigheden die deels betrekking hebben op de periode voor de geboorte (zie onder 1) en deels op de tijd na de geboorte (zie onder 2), beschouwd in onderling verband en samenhang.¹⁰¹ In dit verband is van belang dat ook de potentiële relatie tussen natuurlijke vader en kind onder omstandigheden bescherming verdient.¹⁰²

Is er eenmaal ‘family life’ vastgesteld, dan dient bij de beoordeling van het verzoek tot omgang uiteraard het belang van het kind te worden betrokken. Over de verplichtingen van de overheid bij de effectuering van de omgang heeft het EHRM een aantal uitspraken gedaan.¹⁰³ In deze uitspraken komt naar voren dat de overheid enerzijds maatregelen moet treffen om de medewerking aan de omgang tot stand te brengen, anderzijds kunnen deze maatregelen niet steeds worden afgedwongen. De toepassing van dwang wordt begrensd door de rechten en belangen van betrokkenen, waarbij de belangen van het kind kunnen voorgaan boven de belangen van de ouders. Het EHRM heeft voorts aangegeven dat de verantwoordelijkheid voor de effectuering van de omgangsregeling niet op een staat alleen berust, maar dat ook de medewerking van de betrokkenen van belang is.¹⁰⁴

Hoewel dit niet expliciet in artikel 8 EVRM is opgenomen, is in onze rechtspraak aangenomen dat het recht op informatie ook onderdeel uitmaakt van het recht van ouders op eerbiediging van het familie- en gezinsleven als bedoeld in genoemd artikel.¹⁰⁵ Op grond van artikel 8 EVRM komt het informatierecht ook toe aan de vader die het kind niet erkend heeft, maar die wel in een betrekking tot het kind staat die aangemerkt moet worden als family life.¹⁰⁶ Ook werd in de lagere rechtspraak dit recht toegekend aan grootouders die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind stonden.¹⁰⁷

Zoals we in paragraaf 4.3.5 zullen zien, kent onze wet aan het kind niet een recht toe op informatie over belangrijke aangelegenheden met betrekking tot de persoon van de ouder, broers, zussen, grootouders en andere personen met wie het in een nauwe persoonlijke

⁹⁹ EHRM 5 november 2002, *Yousef v The Netherlands*, Application no. 33711/96, § 51.

¹⁰⁰ EHRM 13 januari 2004, *Haas v The Netherlands*, Application no. 36983/97, § 42-43.

¹⁰¹ EHRM 1 juni 2004, *Lebbink v The Netherlands*, Application no. 45582/99, § 37-39.

¹⁰² EHRM 29 juni 1999, *Nylund v Finland*, Application no. 27110/95, pp. 13-14: ‘*Further, the Court considers that Article 8 cannot be interpreted as only protecting ‘family life’ which has already been established but, where the circumstances warrant it, must extend to the potential relationship which may develop between a natural father and a child born out of wedlock. Relevant factors in this regard include the nature of the relationship between the natural parents and the demonstrable interest in and commitment by the natural father to the child both before and after the birth.*’

¹⁰³ EHRM 19 september 2000, *Glaser v The UK*, Application no. 32346/96, § 65-66.

¹⁰⁴ Zie voor een uitspraak waarin wordt bepaald dat de staat niet alle noodzakelijke stappen heeft genomen om de omgangsregeling tot stand te laten komen: EHRM 23 september 2003, *Sophia Gudrún Hansen v Turkey*, Application no. 36141/97, § 103.

¹⁰⁵ Kinderrechter 's-Gravenhage 2 juni 1987, *FJR* 1988, p. 67 e.v.

¹⁰⁶ HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 360.

¹⁰⁷ Rechtbank Haarlem 15 augustus 2005, *LJN* UA2680 en rechtbank Leeuwarden 5 september 2007, *LJN* BB 2384.

betrekking staat. Uit artikel 8 EVRM kan echter worden afgeleid dat ook het kind recht op informatie heeft over personen met wie het in een nauwe persoonlijke betrekking staat, zoals ouders, broers en zussen en grootouders. Voor wat betreft de ouders wordt dit nog eens uitdrukkelijk bepaald in artikel 7 lid 1 IVRK dat aan het kind het recht toekent, voor zover mogelijk, zijn of haar ouders te kennen.¹⁰⁸

In de volgende paragraaf wordt uiteengezet hoe het omgangsrecht en het informatie- en consultatierecht in ons recht is vastgelegd.

4.3 Rechtspositie op basis van nationaal recht

4.3.1 Inleiding

Met de inwerkingtreding van de Wet zorgvuldige scheiding is er een nieuwe terminologie ingevoerd met betrekking tot het omgangsrecht. De term ‘verdeling van de zorg- en opvoedingstaken’ ziet op de verhouding tussen de ouder met gezag en het minderjarige kind. De term ‘omgang’ ziet nu uitsluitend op de relatie tussen een ouder zonder gezag of een derde, bijvoorbeeld de biologische ouder of grootouders, en het minderjarige kind. Achterliggende gedachte is dat het woord ‘omgang’ impliceert dat één ouder verantwoordelijk is voor de verzorging en opvoeding van de kinderen en dat de andere ouder het kind slechts af en toe mag zien. Aangezien dit bij gezamenlijke gezagsuitoefening ongewenst is, is ervoor gekozen voor die situatie de term ‘verdeling van de zorg- en opvoedingstaken’ in te voeren.

In paragraaf 2.3.3 is de Wet zorgvuldige scheiding besproken. Daarbij is al ingegaan op de in artikel 815 Rv opgenomen verplichting tot het indienen van een ouderschapsplan bij een verzoek tot echtscheiding. Genoemd artikel wordt daarom in deze paragraaf buiten beschouwing gelaten.

4.3.2 Artikel 1:247 leden 4 en 5 BW

4. *Een kind over wie de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen, behoudt na ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed, na het beëindigen van het geregistreerd partnerschap, of na het beëindigen van de samenleving indien een aantekening als bedoeld in artikel 252, eerste lid, is geplaatst, recht op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders.*
5. *Ouders kunnen ter uitvoering van het vierde lid in een overeenkomst of ouderschapsplan rekening houden met praktische belemmeringen die ontstaan in verband met de ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed, het beëindigen van het geregistreerd partnerschap, of het beëindigen van de samenleving indien een aantekening als bedoeld in artikel 252, eerste lid, is geplaatst, echter uitsluitend voor zover en zolang de desbetreffende belemmeringen bestaan.*

¹⁰⁸ Koens & Van Wamelen 2001, p. 125.

Het is in beginsel niet mogelijk dat ouders in het ouderschapsplan vastleggen, dat het kind geen contact heeft met een van de ouders. Dat past immers niet in de norm dat het ouderlijk gezag mede de verplichting van de ouder omvat om de ontwikkeling van de band van zijn minderjarige kind met de andere ouder te bevorderen (art. 1:247 lid 3). Zonnenberg is van mening dat een gelijkwaardige verzorging evenwel niet inhoudt dat de zorg- en opvoedingstaken gelijk worden verdeeld. In die gevallen waarin ouders tijdens het huwelijk de taken reeds zodanig hadden verdeeld dat de vader vijf dagen per week werkte en de moeder de volledige zorg voor de kinderen voor haar rekening nam (het traditionele gezin), is het ook niet voorstelbaar dat de vader na scheiding plotseling voor de helft van de tijd voor de kinderen gaat zorgen. Het is bovendien de vraag of dat in het belang van de kinderen zou zijn. In die gevallen zou het wel eens in het belang van de kinderen kunnen zijn dat de verdeling van zorg- en opvoedingstaken na scheiding gelijk blijft aan die van tijdens het huwelijk. Wel is het van groot belang dat een kind ook met de hem of haar in principe niet-verzorgende ouder contact blijft houden. Gezamenlijk gezag impliceert contact. In het ouderschapsplan moet worden aangegeven *wanneer* dat contact in principe plaatsvindt, niet *of* er wel contact is.¹⁰⁹ Schonewille daarentegen hanteert de opvatting dat de norm van gelijkwaardige opvoeding en verzorging door elk van beide ouders geen ruimte meer laat voor de klassieke omgangsregeling waarbij de ene ouder, meestal de moeder, de verzorgende ouder is en de andere ouder, meestal de vader, het kind één weekend per twee weken bij zich heeft. Volgens hem kan de tijdens het huwelijk of samenleving ontstane situatie, waarin de moeder grotendeels thuis is geweest en voor het kind heeft gezorgd en waarin de vader grotendeels buitenshuis heeft gewerkt, niet onder de in het vijfde lid genoemde praktische belemmeringen die ontstaan in verband met de scheiding en dan nog uitsluitend voor zover en zolang de desbetreffende belemmeringen bestaan worden gebracht.¹¹⁰

Uit de Memorie van Antwoord volgt overigens dat er niet is beoogd de norm in conflictsituaties uit te leggen als een verplicht co-ouderschap, als een 50-50% verdeling, een uitgangspunt waarop alleen ‘praktische belemmeringen’ een uitzondering zouden kunnen vormen. Afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval en het belang van het kind zal de rechter op verzoek genoodzaakt kunnen zijn een zorgregeling vast te stellen.¹¹¹ Ackermans-Wijn en Brands-Bottema merken hieromtrent op dat de vraag is of de toepassing van de norm van gelijkwaardig ouderschap tot een andere uitkomst leidt dan de huidige norm van het belang van het kind, welke wordt gehanteerd bij omgangs- en andere geschillen tussen ouders. Zij merken naar mijn mening terecht op dat ervoor gewaakt dient te worden dat de uitdrukking ‘gelijkwaardig ouderschap’ de aandacht van de procespartijen laat verschuiven van het belang van het kind naar de rechtspositie van de ouder.¹¹²

¹⁰⁹ L.H.M. Zonnenberg, ‘Ouderschapsplan en zorgregeling’, *EB* 2005-3, p. 18.

¹¹⁰ Schonewille 2009, p. 51.

¹¹¹ *Kamerstukken I*, 2007/08, 30145, nr. C, p. 2.

¹¹² Ackermans-Wijn & Brands-Bottema 2009, p. 46.

Het hof Amsterdam heeft over het bovenstaande recent een vonnis gewezen. Het betrof een zaak waarin partijen het gezamenlijk gezag over hun twee minderjarige kinderen van 14 en 10 jaar oud uitoefenen. De relatie tussen partijen is verbroken. De vrouw woont met de kinderen in de woning die partijen aanvankelijk als gezin bewoonden. De vrouw heeft een relatie gekregen met een man die in Hardenberg woont. Een deel van de week verblijft zij bij haar nieuwe partner. Zij wil niet verhuizen omdat zij het in het belang van de kinderen acht dat zij in [...] blijven wonen en daar hun school kunnen afmaken. De vrouw heeft inmiddels een baan in Zwolle aangenomen. Zij werkt 24 uur per week, op dinsdag en donderdag de gehele dag, op woensdag en vrijdag de ochtenden. Op maandag- en dinsdagavond verblijft zij bij haar nieuwe partner. Op woensdagmiddag komt zij na het werk naar [...]. Op donderdag- en vrijdagochtend reist zij per trein naar Zwolle en komt zij na het werk weer naar [...]. In het weekend is zij eveneens in [...]. Onder verwijzing naar het bepaalde in artikel 1:247 BW stelt zij dat het ouderlijk gezag voor een ouder de plicht omvat om zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden. Zij vordert dat de man de verzorging en opvoeding van de kinderen op zich neemt van dinsdag tot en met donderdag, inclusief de nachten, die hij in haar huis kan doorbrengen. Met betrekking tot de gevorderde zorgregeling is gebleken dat het in het verleden altijd zo is geweest dat de vrouw het merendeel van de zorg voor de kinderen op zich heeft genomen omdat de man als bedrijfsleider en kok werkzaam is in de horeca en alleen op maan- en dinsdagen vrij heeft en voor het overige alle dagen en avonden werkt. Het hof oordeelt dat artikel 1:247 BW lid drie weliswaar bepaalt dat een kind over wie de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen recht heeft op een gelijkwaardige opvoeding door beide ouders, maar dat deze bepaling echter niet betekent dat de ene ouder de andere ouder zonder meer kan verplichten de verzorging en opvoeding van dat kind ter hand te nemen op tijdstippen dat dit voor de andere ouder onmogelijk is. Een regeling met betrekking tot de zorg- en opvoedingstaken dient met inachtneming van alle op de zaak betrekking hebbende feiten en omstandigheden te worden bepaald. In het onderhavige geval heeft de vrouw zonder overleg met de man besloten een baan in Zwolle te aanvaarden, hetgeen tot gevolg heeft dat zij veel tijd kwijt is met reizen en dat er veel geregeld moet worden voor de kinderen. Het hof is van oordeel dat dit, gelet op de omstandigheden van het geval, voornamelijk van de vrouw gevegd kan worden en dat de man, door de verzorging en opvoeding van de kinderen op de dagen dat hij vrij heeft ter hand te nemen, een voldoende substantiële bijdrage in de zorg levert.¹¹³

Bovenstaande uitspraak ondersteunt de, naar mijn mening terechte, gedachte dat het wenselijk is dat er na scheiding zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de tijdens de samenwoning bestaande situatie. Hiermee wordt het recht van het kind op zoveel mogelijk continuïteit in de verzorging en opvoeding bevorderd. Dit is echter niet de enige factor die meespeelt bij het maken van een zorgregeling. De invulling van ‘praktische belemmeringen’ wordt aan de rechtspraak overgelaten. Voorbeelden daarvan zijn bijvoorbeeld de werktijden van de ouders, woonomstandigheden of school- en sporttijden van de kinderen.¹¹⁴

¹¹³ Hof Amsterdam 9 juni 2009, *LJN* BI9807.

¹¹⁴ *Kamerstukken I*, 2007/08, 30145, nr. C, p. 5.

De hiervoor besproken nieuwe terminologie in het omgangsrecht heeft geresulteerd in een onderscheid tussen een regeling van de omgang bij gezamenlijk gezag en een regeling van de omgang wanneer de ouder die omgang wenst, geen gezag heeft. De eerstgenoemde regeling is opgenomen in artikel 1:253a BW. De laatstgenoemde regeling is opgenomen in artikel 1:377a BW. Beide regelingen worden besproken in de volgende twee paragrafen.

4.3.3 Artikel 1:253a BW: Geschillenregeling

1. *In geval van gezamenlijke uitoefening van het gezag kunnen geschillen hieromtrent op verzoek van de ouders of van een van hen aan de rechtbank worden voorgelegd. De rechtbank neemt een zodanige beslissing als haar in het belang van het kind wenselijk voorkomt.*
2. *De rechtbank kan eveneens op verzoek van de ouders of een van hen een regeling vaststellen inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag. Deze regeling kan omvatten:*
 - a. *Een toedeling aan ieder der ouders van de zorg- en opvoedingstaken, alsmede en uitsluitend indien het belang van het kind dit vereist, een tijdelijk verbod aan een ouder om met het kind contact te hebben;*
 - b. *De beslissing bij welke ouder het kind zijn hoofdverblijfplaats heeft;*
 - c. *De wijze waarop informatie omtrent gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van het kind wordt verschaft aan de ouder bij wie het kind niet zijn hoofdverblijfplaats heeft dan wel de wijze waarop deze ouder wordt geraadpleegd;*
 - d. *De wijze waarop informatie door derden overeenkomstig artikel 377c, eerste en tweede lid, wordt verschaft.*
3. *Indien op de ouders de verplichting van artikel 247a rust en zij daaraan niet hebben voldaan, houdt de rechter de beslissing op een in het tweede lid bedoeld verzoek ambtshalve aan, totdat aan die verplichting is voldaan. Aanhouding blijft achterwege indien het belang van het kind dit vergt.*
4. *De artikelen 377a, vierde lid, 377e en 377g zijn van overeenkomstige toepassing. Daar waar in deze bepalingen gesproken wordt over omgang of een omgangsregeling wordt in plaats daarvan gelezen: een verdeling van de zorg- en opvoedingstaken.*
5. *De rechtbank beproeft alvorens te beslissen op een verzoek als in het eerste of tweede lid bedoeld, een vergelijk tussen de ouders en kan desverzocht en ook ambtshalve, zulks indien geen vergelijk tot stand komt en het belang van het kind zich daartegen niet verzet, een door de wet toegelaten dwangmiddel opleggen, dan wel bepalen dat de beschikking of onderdelen daarvan met toepassing van artikel 812, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten uitvoer kunnen worden gelegd.*
6. *De rechtbank behandelt het verzoek binnen zes weken.*

Bovenstaand artikel beperkt zich tot de ouders die gezamenlijk het gezag uitoefenen. Ouders met gezamenlijk gezag bepalen ook na de scheiding gezamenlijk de verblijfplaats van een kind. Dit leidt ertoe dat de ouder die wil verhuizen naar een andere woonplaats in beginsel de toestemming van de andere ouder moet krijgen. Als ouders zelf beslissen over een eventuele

verhuizing, houden zij naast het belang van het kind ook rekening met hun eigen belangen en die van de andere gezinsleden of derden. Worden de ouders het niet eens, dan kunnen zij hun geschil aan de rechter voorleggen op grond van artikel 1:253a BW. De vraag rijst dan of de rechter die andere belangen buiten de belangenafweging dient te houden, dan wel een geheel andere toets moet toepassen.¹¹⁵ De Hoge Raad heeft daaromtrent bepaald dat uit de omstandigheid dat in art. 1:253a BW is bepaald dat de rechtbank zodanige beslissing neemt als haar in het belang van het kind wenselijk voorkomt, niet mag worden afgeleid, dat het belang van het kind bij geschillen over gezamenlijke gezagsuitoefening altijd zwaarder weegt dan andere belangen. De rechter zal bij zijn beslissing over dergelijke geschillen alle omstandigheden van het geval in acht dienen te nemen, wat er in voorkomend geval ook toe kan leiden dat andere belangen zwaarder wegen dan het belang van het kind, hoezeer ook dat belang een overweging van de eerste orde dient te zijn bij de te verrichten afweging van belangen.¹¹⁶ Uit de jurisprudentie die na deze uitspraak is geweest, lijkt te kunnen worden opgemaakt dat er een bredere belangenafweging wordt gemaakt en ieders belangen, waaronder vooral die van de vertrekkende ouder, worden meegewogen.¹¹⁷

Lid 5 bepaalt dat de rechter alvorens te beslissen een vergelijk tussen de ouders beproeft en dat hij ambtshalve een wettelijk dwangmiddel kan opleggen. Het belang van het kind dient zich daartegen niet te verzetten. Voortaan zal apart moeten worden bepaald of de beschikking, bedoeld in artikel 1:253a lid 1 en 2 BW of artikel 1:377a lid 1 BW, of onderdelen daarvan met toepassing van artikel 812 lid 2 Rv, de sterke arm, ten uitvoer kan worden gelegd. Volgens rechters Ackermans-Wijn en Brands-Bottema lijkt dit voor de praktijk een goede zaak. Geregeld komen advocaten met berichten dat de politie niet wil meewerken aan de uitvoering van een omgangsregeling. Veel discussie kan worden voorkomen als in de beschikking duidelijk deze bevoegdheid wordt verleend. Hierbij past wel de kanttekening dat het in het belang van de minderjarige is dat alles in het werk wordt gesteld om te voorkomen dat slechts met politievertoon contact met de andere ouder kan worden gerealiseerd.¹¹⁸

4.3.4 Artikel 1:377a BW: Recht op omgang

1. *Het kind heeft recht op omgang met zijn ouders en met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat. De niet met het gezag belaste ouder heeft het recht op en de verplichting tot omgang met zijn kind.*
2. *De rechter stelt op verzoek van de ouders of van een van hen of degene die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind, al dan niet voor bepaalde tijd, een regeling inzake de uitoefening van het omgangsrecht vast dan wel ontzegt, al dan niet voor bepaalde tijd, het recht op omgang.*
3. *De rechter ontzegt het recht op omgang slechts, indien:*

¹¹⁵ E. van Blokland, 'Gebonden tegen wil en dank: Verhuismoeders en Omgangsvaders', in: Boele-Woelki e.a. 2009, p. 28.

¹¹⁶ HR 25 april 2008, L/JN BC5901, § 3.3.

¹¹⁷ Rechtbank Roermond 7 mei 2008, L/JN BD0687, Rechtbank Arnhem 17 juni 2008, L/JN BD9860, Rechtbank Haarlem 25 november 2008, L/JN BG8196, Rechtbank Haarlem 9 december 2008, L/JN BG8149.

¹¹⁸ Ackermans-Wijn & Brands-Bottema 2009, p. 53.

- a. *omgang ernstig nadeel zou opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind, of*
- b. *de ouder of degene die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind kennelijk ongeschikt of kennelijk niet in staat moet worden geacht tot omgang, of*
- c. *het kind dat twaalf jaren of ouder is, bij zijn verhoor van ernstige bezwaren tegen omgang met zijn ouder of met degene met wie hij in een nauwe persoonlijke betrekking staat heeft doen blijken, of*
- d. *omgang anderszins in strijd is met zwaarwegende belangen van het kind.*

In paragraaf 4.3.3 is vermeld dat alleen ouders met gezag op grond van artikel 1:253a BW de rechter kunnen verzoeken een omgangsregeling vast te stellen. Dit in tegenstelling tot artikel 1:377a BW welk artikel ziet op het omgangsrecht van kinderen met hun ouders, ongeacht of deze wel of niet met het gezag zijn belast. Bij ‘degenen die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan’ kan bijvoorbeeld worden gedacht aan grootouders, pleegouders of de verwekker van een kind die het kind niet heeft erkend.

Met de inwerkingtreding van de Wet zorgvuldige scheiding geldt voor de niet met het gezag belaste ouder zowel een recht op als een plicht tot omgang met zijn minderjarige kind. Hiermee wordt onder meer tot uitdrukking gebracht dat afspraken tussen ouders over omgang en een door de rechter vastgestelde omgangsregeling moeten worden nagekomen door beide ouders. Het is echter de vraag hoe deze verplichting gestalte krijgt als de niet met het gezag belaste ouder weigert daaraan mee te werken. De Memorie van Toelichting vermeldt dat ‘*ook ten aanzien van deze verplichting zo nodig een dwangmiddel kan worden opgelegd*’.¹¹⁹ Maar bij navraag door de kamerfracties blijft er van een dwangmiddel weinig over: ‘*Wel ben ik het met deze leden eens dat de verplichting tot omgang van de ouder zonder gezag moeilijk afdwingbaar is. Hoewel het denkbaar is dat er sancties worden opgelegd bij het niet nakomen van een omgangsregeling, zal het niet zelden in strijd met het belang van het kind zijn om de omgang van een kind met zijn ouder die hier geen behoefte aan heeft, af te dwingen*’.¹²⁰ Het is zoals Van Blokland het stelt: contact, zorg en omgang kunnen niet worden afgedwongen. Ook aan een vermindering van omgang, als vader of moeder bijvoorbeeld een nieuwe gezin gaat vormen of gaat verhuizen, kan niet worden ontkomen.¹²¹

De beoordeling of er sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking (family life) is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij de mate van contact zoals dit heeft plaatsgevonden van belang is. Ook van belang is bijvoorbeeld de mate van gehechtheid van het kind aan degene die de omgangsregeling verzoekt. Zo wordt voor een biologische vader de nauwe persoonlijke betrekking sneller aangenomen dan voor grootouders. Als de rechter vaststelt dat er sprake is van die nauwe persoonlijke betrekking zal vervolgens moeten worden beoordeeld of omgang, en zo ja welke omgangsregeling concreet, in het belang van het kind is.

¹¹⁹ *Kamerstukken II, 2004/05, 30145, nr. 3, p. 7.*

¹²⁰ *Kamerstukken II, 2006/07, 30145, nr. 6, p. 20.*

¹²¹ E. van Blokland, ‘Gebonden tegen wil en dank: Verhuismoeders en Omgangsvaders’, in: Boele-Woelki e.a. 2009, p. 40.

De omgang kan worden ontzegd als een van de vier ontzeggingsgronden zoals genoemd in het derde lid aanwezig is. De eerste grond houdt in dat de omgang geen ernstig nadeel voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind mag opleveren. Voorbeelden zijn een aanmerkelijke onrust en spanningen die uit de omgang voortvloeien en ernstige nadelige gevolgen hebben voor de ontwikkeling van het kind. Weerstand van de gezagsouder tegen de omgang is op zich geen reden voor ontzegging op deze grond. Mocht dit echter leiden tot spanningen van dien aard dat daarmee ook zwaarwegende belangen van het kind worden getroffen, dan zal een (eventueel tijdelijke) ontzegging in de rede liggen.¹²² De als tweede grond genoemde ongeschiktheid of onmacht tot omgang kan bijvoorbeeld hierin bestaan dat de niet-gezagsouder iedere keer onder invloed van alcohol of drugs het kind ontmoet, of dat de niet-gezagsouder gedurende lange tijd een reeds bestaande omgangsregeling frustreert door niet of niet op de afgesproken tijden te komen. Eveneens kan van kennelijke ongeschiktheid worden gesproken, indien de niet-gezagsouder seksueel geweld tegen het kind gebruikt of gebruikt heeft. Dit alles kan leiden tot zodanige spanningen in het gezin waar het kind verblijft, dat het kind daar zelf de nadelige weerslag van ondervindt. Maar ook zonder het ontstaan van spanningen kan worden aangenomen dat er strijd is met zwaarwegende belangen van het kind. Dit is ook het geval indien de tot omgang gerechtigde ouder dreigt met ontvoering van het kind.¹²³ Ook bezwaren van het kind zelf kunnen leiden tot ontzegging van het omgangsrecht. Het moet dan wel gaan om ernstige bezwaren en om minderjarigen van twaalf jaar en ouder. Ernstige bezwaren van minderjarigen jonger dan twaalf jaar kunnen in sommige gevallen echter wel leiden tot ontzegging op grond van het bepaalde in lid 3 onder d.¹²⁴ Aangenomen kan worden dat hetzelfde geldt voor onvoldoende ernstige bezwaren van minderjarigen van twaalf jaar of ouder. Het baseren van een ontzegging van het omgangsrecht op de aanhoudende weigering van een dertienjarige minderjarige tot omgang - zonder psychologisch onderzoek - hoeft niet strijdig te zijn met artikel 8 EVRM.¹²⁵ De laatste ontzeggingsgrond is in de wet opgenomen om de rechter voldoende ruimte te bieden om binnen de grote variëteit van de gevallen die zich voordoen, tot een afgewogen oordeel te komen. Ook - niet als ernstig aan te merken - nadeel voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind of spanningen kunnen leiden tot het rechterlijk oordeel dat zwaarwegende belangen van het kind zich tegen de omgang verzetten.^{126,127}

Een ouder die niet met het gezag is belast, kan de omgang definitief worden ontzegd. Dit in tegenstelling tot de situatie waarin de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen. Dan wordt een definitieve ontzegging van de omgang niet verenigbaar geacht met het voortbestaan van het gezamenlijk gezag. Bij gezamenlijk gezag is elke afwijzing van een verzoek tot omgang tijdelijk van aard, in die zin dat de ouder wiens verzoek is afgewezen zich in geval van wijziging van

¹²² *Kamerstukken II*, 1984/85, 18964, nr. 3, p. 10.

¹²³ *Kamerstukken II*, 1984/85, 18964, nr. 3, p. 11.

¹²⁴ *Kamerstukken II*, 1984/85, 18964, nr. 3, p. 10.

¹²⁵ EHRM 8 juli 2003, Sommerfeld v Germany, Application no. 31871/96, § 74.

¹²⁶ HR 10 april 1992, *NJ* 1992, 444.

¹²⁷ HR 30 maart 2007, *LJN* ZA6719.

omstandigheden en in ieder geval na verloop van een jaar opnieuw tot de rechter kan wenden om een omgangsregeling te doen vaststellen.¹²⁸

4.3.5. Artikel 1:377b BW: Informatie- en consultatieplicht

- 1. De ouder die met het gezag is belast, is gehouden de niet met het gezag belaste ouder op de hoogte te stellen omtrent gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van het kind en deze te raadplegen –zo nodig door tussenkomst van derden- over daaromtrent te nemen beslissingen. Op verzoek van een ouder kan de rechter ter zake een regeling vaststellen.*
- 2. Indien het belang van het kind zulks vereist kan de rechter zowel op verzoek van de met het gezag belaste ouder als ambtshalve bepalen dat het eerste lid van dit artikel buiten toepassing blijft.*
- 3. Artikel 377e is van overeenkomstige toepassing.*

Dit artikel beperkt zich tot de informatie- en consultatieplicht van de gezagsouder jegens de niet-gezagsouder. Het artikel is in 1995 in de wet opgenomen, omdat het in feite zo behoort te zijn dat de niet met het gezag belaste ouder die bij de opvoeding betrokken wil blijven, daartoe door de andere ouder in de gelegenheid wordt gesteld. Omdat dit echter niet voor iedere ouder een vanzelfsprekende zaak is, wordt de informatie- en consultatieplicht over gewichtige zaken als een minimumvoorwaarde gesteld. Met betrekking tot de invulling van deze voorziening kan de rechter nadere aanwijzingen geven. Hij doet dit op verzoek van een ouder. Dit kan bijvoorbeeld de aard van de informatie betreffen, de vorm waarin, de omvang of de frequentie waarmee bepaalde inlichtingen dienen te worden gegeven. Het zal hier vooral gaan om zaken die met de school te maken hebben, zoals de schoolkeuze, leerprestaties, beroepskeuze, om medische kwesties en om aangelegenheden op financieel terrein die de minderjarige direct aangaan.¹²⁹ Het raadpleegrecht is een stap verder dan het informatierecht. Het veronderstelt meer dan bijvoorbeeld het schrijven van een brief over de ontwikkeling van het kind. Het gaat ervan uit dat de met het gezag belaste ouder de andere ouder betreft bij belangrijke beslissingen die ten aanzien van het kind of zijn vermogen genomen moeten worden. Ook nu gaat het erom dat de band tussen de niet met het gezag belaste ouder en het kind onnodig ernstiger wordt aangetast dan door een scheiding toch al vaak het geval is. Indien een verzoek om een consultatieregeling vast te leggen wordt afgewezen, impliceert dat niet dat ook een verzoek om een informatieregeling vast te leggen wordt afgewezen. In zoverre kunnen beide zaken los van elkaar staan.¹³⁰

Indien het belang van het kind zulks vereist, kan de rechter zowel op verzoek van de met het gezag belaste ouder als ambtshalve bepalen dat artikel 1:377b lid 1 BW betreffende het informatie- en consultatierecht buiten toepassing blijft (art. 1:377b lid 2 BW). Het hof Amsterdam heeft onlangs beslist dat, indien er geen omstandigheden bestaan die met zich

¹²⁸ HR 27 februari 2009, NJ 2009, 164.

¹²⁹ Kamerstukken II, 1992/93, 23012, nr. 3, p. 29.

¹³⁰ Kamerstukken II, 1993/94, 23012, nr. 5, p. 29.

meebrengen dat informatieverstrekking aan, in casu, de vader het belang van het kind zou schaden, het belang van de vader prevaleert boven de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van het kind. Het hof acht het in het belang van het kind dat de vader diens ontwikkeling kan volgen en gaat voorbij aan de stelling van de moeder dat het kind op geen enkele wijze contact met zijn vader wil. De informatieverstrekking brengt, aldus het hof, immers geen contact tussen de vader en het kind met zich mee.¹³¹

De niet met het gezag belaste ouder heeft ook jegens derden, die beroepshalve beschikken over informatie inzake belangrijke feiten en omstandigheden die de persoon van het kind of diens verzorging en opvoeding betreffen, een informatierecht (art. 1:377c BW). In het algemeen is uitgesloten informatie die het eventuele vermogen van het kind betreft. Nu het gaat om derden die beroepshalve over informatie beschikken, geldt deze verplichting dus niet voor familieleden. Het gaat hier om leerkrachten, schooldecanen, artsen en andere vertrouwenspersonen. De informatie hoeft niet uit eigen beweging door de derde te worden verstrekt. In het algemeen zal er een gerichte concrete vraag van de niet met het gezag belaste ouder aan ten grondslag moeten liggen. De term 'desgevraagd' impliceert voorts dat de derde niet gehouden is voortaan alle informatie die aan de ouder bij wie het kind verblijft wordt verschaft, ook te verschaffen aan de niet met het gezag belaste ouder naar aanleiding van een algemene vraag daartoe. Geschillen kunnen aan de rechter worden voorgelegd. Deze kan nadere aanwijzingen geven. De rechter ontzegt het recht op informatie in ieder geval indien het belang van het kind zich tegen het verschaffen van de informatie verzet.

Op grond van artikel 1:377b lid 3 jo artikel 1:377e BW kan degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, de rechter verzoeken een beslissing inzake de informatie- en consultatieplicht te wijzigen op grond dat nadien de omstandigheden zijn gewijzigd, of dat bij het nemen van de beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan. Artikel 1:377e BW is van overeenkomstige toepassing bij regelingen inzake de toedeling van zorg- en opvoedingstaken, informatie en consultatie als bedoeld in artikel 1:253a BW.

Het volgende hoofdstuk vormt het sluitstuk van de hiervoor besproken materiële rechten van het minderjarige kind. Ingegaan wordt op de rechtspositie van het minderjarige kind bij de vaststelling van kinderalimentatie na scheiding.

¹³¹ Hof Amsterdam 10 februari 2009, *L/N* BJ0934.

Hoofdstuk 5: De rechtspositie van het minderjarige kind met betrekking tot de vaststelling van kinderalimentatie na (echt)scheiding.

5.1 Rechtspositie op basis van het IVRK

5.1.1 Inleiding

Er is in het IVRK geen artikel dat specifiek ingaat op het recht op alimentatie. Uit de plicht van ouders in relatie tot de opvoeding van hun kinderen zoals omschreven in het IVRK, valt het recht op alimentatie voor kinderen wel af te leiden. Artikelen uit het IVRK die van belang zijn in relatie tot alimentatie of levensonderhoud zijn artikel 2 IVRK (non-discriminatie), artikel 3 IVRK (belang van het kind), artikel 5 IVRK (rol van de ouders, opvoeding), artikel 8 IVRK (eerbiediging van identiteit), artikel 9 IVRK (scheiding, recht op contact), artikel 10 IVRK (gezinshereniging), artikel 12 IVRK (mening van het kind), artikel 26 IVRK (sociale zekerheid), artikel 27 IVRK (adequate levensstandaard) en artikel 28 IVRK (recht op onderwijs).¹³²

In de volgende paragraaf zal ik artikel 27 IVRK nader toelichten. In dit artikel wordt expliciet bepaald dat ouders de primair verantwoordelijken zijn om ervoor te zorgen dat zij hun kinderen van een toereikende levensstandaard voorzien.

5.1.2 Artikel 27 IVRK: Levensstandaard

- 1. De Staten die partij zijn, erkennen het recht van ieder kind op een levensstandaard die toereikend is voor de lichamelijke, geestelijke, intellectuele, zedelijke en maatschappelijke ontwikkeling van het kind.*
- 2. De ouder(s) of anderen die verantwoordelijk zijn voor het kind, hebben de primaire verantwoordelijkheid voor het waarborgen, naar vermogen en binnen de grenzen van hun financiële mogelijkheden, van de levensomstandigheden die nodig zijn voor de ontwikkeling van het kind.*
- 3. De Staten die partij zijn, nemen, in overeenstemming met de nationale omstandigheden en met de middelen die hun ten dienste staan, passende maatregelen om ouders en anderen die verantwoordelijk zijn voor het kind te helpen dit recht te verwezenlijken, en voorzien, indien de behoefte daaraan bestaat, in programma's voor materiële bijstand en ondersteuning, met name wat betreft voeding, kleding en huisvesting.*
- 4. De Staten die partij zijn, nemen alle passende maatregelen om het verhaal te waarborgen van uitkeringen tot onderhoud van het kind door de ouders of andere personen die de financiële verantwoordelijkheid voor het kind dragen, zowel binnen de Staat die partij is als vanuit het buitenland. Met name voor gevallen waarin degene die de financiële verantwoordelijkheid voor het kind draagt, in een andere Staat woont dan die van het kind, bevorderen de Staten die partij zijn de toetreding tot internationale*

¹³² Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 366.

overeenkomsten of het sluiten van dergelijke overeenkomsten, alsmede het treffen van andere passende regelingen.

Ouders zijn op grond van het IVRK verplicht hun kinderen een bepaalde levensstandaard te bieden. De overheid moet de ouders hierin bijstaan. De noodzaak van overheidsbemoeienis op het terrein van kinderalimentatie laat zich aanzien. Daar waar de verplichting tot het voorzien in het levensonderhoud van de kinderen gedurende een huwelijk of samenleving van de ouders niet of zelden tot problemen leidt, is dit geheel anders in het geval van een scheiding. Het ligt voor de hand dat de ouders, mede gelet op de emotionele spanningen die een scheiding met zich meebrengt, in veel gevallen hier zelf niet uitkomen en zich zodoende tot de rechter zullen wenden. De rechter beslist dan aan de hand van de daartoe geldende wettelijke bepalingen de hoogte van de kinderalimentatie die de niet-verzorgende ouder aan de verzorgende ouder moet gaan betalen. Het is daarom van groot belang dat de overheid zorg draagt voor een wettelijk kader waarbinnen de rechten van het kind, zoals verwoord in artikel 27 lid 1 IVRK, ten volste tot hun recht kunnen komen. Dit laatste is ook verplicht uit hoofde van het reeds in hoofdstuk 3 besproken artikel 18 lid 2 IVRK.

Vooralsnog gaat er van artikel 27 lid 1 IVRK geen rechtstreekse werking uit. De ouders kunnen de overheid derhalve niet aanspreken op het recht van hun kinderen op een toereikende levensstandaard. Dit is ook in lijn met de gedachte dat juist de ouders primair verantwoordelijk zijn om daarin te voorzien. Gelet op het tweede lid van artikel 18 IVRK, het derde en het vierde lid van artikel 27 IVRK bestaat er voor de Nederlandse overheid echter een niet mis te verstane verplichting de ouders bij te staan in de uitoefening van het recht van het kind op deze toereikende levensstandaard.¹³³

Het recht op alimentatie op grond van het EVRM staat in de volgende paragraaf centraal. In tegenstelling tot het IVRK bevat het EVRM wel een specifiek artikel dat ingaat op het recht op alimentatie.

5.2 Rechtspositie op basis van het EVRM

5.2.1 Artikel 8 EVRM: recht op eerbiediging van privé familie- en gezinsleven

- 1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.*
- 2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*

¹³³ A. van der Maten, 'Kinderalimentatie: ouderlijke verantwoordelijkheid en overheidsbemoeienis', in: De Graaf, Mak & Van Wijk 2008, pp. 93-94.

Het EHRM heeft in 1979 reeds bepaald dat kwesties van onderhoud in elk geval tot de werkingssfeer van artikel 8 EVRM behoren.¹³⁴

5.3 Rechtspositie op basis van nationaal recht

5.3.1 Inleiding

Titel 17 van boek 1 BW omvat de bepalingen betreffende de verplichting tot levensonderhoud. De titel is verdeeld in twee afdelingen, waarbij de eerste afdeling (artikelen 1:392 t/m 1:403 BW) algemene bepalingen geeft over het levensonderhoud. De tweede afdeling (artikelen 1:404 t/m 408 BW) gaat specifiek in op de onderhoudsverplichting van ouders en stiefouders ten opzichte van hun minderjarige kinderen. De artikelen van de eerste afdeling blijven echter onverminderd van toepassing, tenzij daarvan in de tweede afdeling uitdrukkelijk is afgeweken.

Het recht van het kind op een onderhoudsbijdrage is vastgelegd in artikel 1:392 BW. Op basis van (juridisch) bloedverwantschap zijn de ouders gehouden tot het verstrekken van levensonderhoud aan hun kinderen. Onder ouders worden verstaan de moeder, de man met wie de moeder ten tijde van de geboorte gehuwd was, de man die het kind heeft erkend, de man van wie het vaderschap gerechtelijk is vastgesteld of eventueel de verwekker.¹³⁵ Ten aanzien van deze laatste is bepaald dat de verwekker van een kind dat alleen een moeder heeft, ingevolge artikel 1:394 BW als ware hij ouder verplicht is tot het voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind, dan wel na het bereiken van de meerderjarigheid van het kind, tot het voorzien in de kosten van levensonderhoud en studie. Nadien bestaat deze verplichting slechts in geval van behoefte van het kind. Als het kind door een ander wordt erkend, dan vervalt de onderhoudsplicht van de verwekker.¹³⁶ Deze hoofdregel wordt doorbroken door de uit artikel 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichting om het kind aanspraak op levensonderhoud jegens zijn biologische vader toe te kennen, als tussen hen 'family life' bestaat. Die positieve verplichting doet zich in uitzonderlijke situaties voor, met name in het geval dat blijkt dat de juridische vader niet in staat is in het onderhoud van de minderjarige kinderen te voorzien, of dat zulks in rechte niet kan worden afgedwongen, dan wel dat van de moeder redelijkerwijs niet kan gevergd dat zij de juridische vader ter zake aanspreekt.¹³⁷ Ten aanzien van jong-meerderjarigen (in de leeftijd van 18 tot 21 jaar) bestaat ook een onderhoudsplicht welke is opgenomen in artikel 1:395a BW. De verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud aan kinderen is gebaseerd op zowel juridisch als biologisch bloedverwantschap. Het doet niet ter zake of degene die gehouden is tot het verstrekken van levensonderhoud met het ouderlijk gezag is belast noch of hij/zij met de andere juridische ouder samenwoont dan wel getrouwd is. De

¹³⁴ EHRM 13 juni 1979, *Marckx v Belgium*, Application no. 6833/74, § 52.

¹³⁵ Zie in dit verband ook het artikel van A.J.M. Nuytinck, 'Biologisch vader of verwekker?', *Ars Aequi* 2009/09, pp. 561-565. Genoemd artikel gaat o.a. in op het onderscheid tussen biologisch vader en verwekker en de stelplicht- en bewijslastverdeling bij geschillen daaromtrent.

¹³⁶ Rechtbank Arnhem 20 mei 2009, *LJN BI8741*.

¹³⁷ HR 26 april 1996, *NJ* 1997,119.

onderhoudsverplichtingen zoals deze in voormelde bepalingen staan geregeld, lopen door na scheiding.

De verplichting tot het betalen van levensonderhoud is in beginsel een verplichting om aan de gerechtigde geld uit te keren. De omvang van de verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud wordt bepaald door twee factoren: de behoefte van de gerechtigde en de draagkracht van de verplichte. Voor het bestaan van een alimentatieplicht is in het algemeen vereist dat de gerechtigde behoeftig is, niet in zijn eigen onderhoud kan voorzien. Deze eis geldt echter niet voor de verplichting jegens kinderen en stiefkinderen die de leeftijd van 21 jaren nog niet hebben bereikt (art. 1:392 lid 2 BW). In de volgende paragraaf zal ik daarop nader ingaan. Ook de bevoegdheid van de rechter om de verplichting tot levensonderhoud te matigen op grond van gedragingen van de gerechtigde geldt niet ten aanzien van minderjarige kinderen en stiefkinderen (art. 1:399 BW).

De hoogte van het te betalen bedrag voor levensonderhoud kan ofwel door de rechter ofwel bij overeenkomst door partijen zelf worden vastgesteld. Bij overeenkomst kan echter geen afstand worden gedaan van de volgens de wet verschuldigde alimentatie ten aanzien van minderjarige kinderen. Zowel een rechterlijke uitspraak als een overeenkomst betreffende levensonderhoud kan worden gewijzigd of ingetrokken als zij door verandering van omstandigheden niet meer aan de wettelijke maatstaven voldoet (art. 1:401 lid 1 BW).

De Wet zorgvuldige scheiding heeft in dit kader als belangrijke vernieuwing dat kinderalimentatie wettelijke voorrang krijgt. Op grond van artikel 1:400 BW dient een onderhoudsplichtige die zowel kinderalimentatie als partneralimentatie moet betalen, maar niet voldoende draagkracht heeft, eerst de kinderalimentatie te voldoen.

De specifieke wettelijke bepalingen ten aanzien van kinderalimentatie worden in de volgende paragraaf besproken.

5.3.2. Afdeling twee titel 17 BW

5.3.2.1 Artikel 1:404 BW

- 1. Ouders zijn verplicht naar draagkracht te voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen.*
- 2. Gelijke verplichting bestaat voor een stiefouder in het geval van artikel 395 van dit boek.*

Onder 'kosten van verzorging en opvoeding' wordt hier verstaan de kosten van levensonderhoud en de overige kosten van lichamelijke en geestelijke opvoeding van de minderjarige kinderen. Onder deze laatste zijn bijvoorbeeld begrepen de kosten van vorming, studie en vrije tijdsbesteding.

Om de kosten van kinderen te bepalen heeft de werkgroep alimentatienormen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak in samenwerking met het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting een systeem ontwikkeld dat is gebaseerd op CBS-cijfers. Dit heeft geresulteerd in het rapport 'Kosten van kinderen ten behoeve van vaststelling kinderalimentatie'.¹³⁸ Uitgangspunt is dat ouders een bepaald percentage van het gezinsinkomen aan hun kinderen besteden. Zolang ouders niet gescheiden zijn, is het gezinsinkomen bepalend voor de uitgaven die ten behoeve van de kinderen worden gedaan. Het gezinsinkomen moet dan ook de maatstaf zijn bij het vaststellen van de kosten van de kinderen. Dit impliceert een duidelijke keus: de kinderen moeten in beginsel niet slechter af zijn na en door de scheiding van hun ouders. De behoefte van een kind dat nooit in gezinsverband met beide ouders heeft geleefd, wordt medebepaald door het inkomen van de ouder bij wie het kind niet woont. Die ouder moet in beginsel bijdragen in de kosten van dit kind met het bedrag dat hij aan het kind zou besteden als het wel in zijn gezin zou opgroeien.¹³⁹

De verplichting van ouders om te voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen is gekoppeld aan hun draagkracht. Zij zijn verplicht bij te dragen met de financiële middelen waarover zij - na aftrek van de kosten van het eigen levensonderhoud - beschikken dan wel redelijkerwijs kunnen beschikken. In de praktijk wordt voor de berekening van de alimentatie gebruikgemaakt van het rapport Alimentatienormen (Tremarapport).¹⁴⁰ Genoemde normen zijn naar aanleiding van artikel 1:400 BW aangepast om meer draagkrachtruimte voor kinderalimentatie te scheppen.

Op grond van het tweede lid van artikel 1:404 BW zijn stiefouders verplicht naar draagkracht bij te dragen in de kosten van verzorging en opvoeding van hun minderjarige stiefkinderen. Met stiefouder wordt bedoeld de echtgenoot of geregistreerde partner van een persoon die een of meer kinderen heeft, van welke kinderen eerstgenoemde niet de ouder is. Als de niet-geregistreerde partner van de ouder niet met hem of haar gehuwd is, heeft deze partner jegens het kind van die ouder geen onderhoudsplicht, ook niet als tussen hen wel family life in de zin van artikel 8 EVRM bestaat.¹⁴¹ De onderhoudsverplichting geldt echter alleen tijdens het huwelijk/geregistreerd partnerschap van de onderhoudsplichtige en alleen voor zover het betreft de tot zijn gezin behorende minderjarige kinderen van zijn echtgenoot.

5.3.2.2 Artikelen 1:406 tot en met 1:408 BW

Artikel 1:406 BW

- 1. Komt een ouder of stiefouder zijn verplichting tot voorziening in de kosten van verzorging en opvoeding niet of niet behoorlijk na, dan kan de andere ouder of*

¹³⁸ Gepubliceerd als bijlage in *Trema* 1994-3, p. 127 e.v.

¹³⁹ HR 27 februari 2004, *NJ* 2004, 283.

¹⁴⁰ <www.rechtspraak.nl/NR/rdonlyres/DA6AC4ED-B9A4-4AC8-BE35-1EEF64E942F4/0/Tremarapportversie20093.pdf>.

¹⁴¹ HR 8 april 1994, *NJ* 1004, 439.

voogd de rechtbank verzoeken het bedrag te bepalen dat deze ouder of stiefouder ten behoeve van het kind zal moeten uitkeren.

2. *De rechtbank kan het in het vorige lid bedoelde bedrag reeds bepalen gelijktijdig met een door haar te geven beslissing omtrent het gezag.*

Artikel 1:406a BW

Een op artikel 394 gegrond verzoek kan ten behoeve van een minderjarig kind door hem die het gezag over het kind heeft, worden gedaan. De ouder of voogd van het kind behoeft de in artikel 349, eerste en tweede lid, bedoelde machtiging niet.

Artikel 1:407 BW

Gelijktijdig met een door de rechtbank te geven uitspraak betreffende het over de kinderen uit te oefenen gezag na ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed kan de rechtbank op verzoek van een ouder het bedrag wijzigen van een, in verband met de voorafgegangene gezagsvoorziening, bepaalde periodieke uitkering tot voorziening in de kosten van verzorging en opvoeding.

In bovenstaande artikelen worden regels gegeven voor een uitkering in geld door een ouder ten behoeve van de verzorging en opvoeding van het kind. Het verzoek het bedrag vast te stellen of te wijzigen kan gedaan worden door de andere ouder, de partner van die ouder die samen met de ouder het gezag uitoefent, of de voogd. De rechtbank kan de bepaling van het bedrag verbinden aan een uitspraak omtrent het over de kinderen uit te oefenen gezag, bijvoorbeeld aan een gezagsregeling na echtscheiding. Ook als de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen en zij daarover niet, maar wel over de onderhoudsuitkering voor het kind van mening verschillen, kan de rechter een onderhoudsuitkering vaststellen.¹⁴² Uiteraard kan ook de tot uitkering verplichte ouder om wijziging van de onderhoudsuitkering verzoeken.

Op grond van artikel 1:408 BW wordt een uitkering tot voorziening in de kosten van verzorging en opvoeding of tot voorziening in de kosten van levensonderhoud en studie, waarvan het bedrag in een rechterlijke beslissing is vastgelegd, ten behoeve van de minderjarige aan de ouder die het kind verzorgt en opvoedt of aan de voogd onderscheidenlijk aan de meerderjarige betaald. In het geval de alimentatieplichtige niet of niet op tijd betaalt, kan de invordering van de uitkering op verzoek worden overgenomen door het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen (LBIO).

In het zesde hoofdstuk staat de processuele rechtspositie van het minderjarige kind bij kwesties rond scheiding, omgang en gezag centraal. Bekeken wordt op welke wijze de minderjarige op de aan hem toegekende materiële rechten in rechte een beroep kan doen.

¹⁴² HR 19 november 1993, NJ 1994, 241.

Hoofdstuk 6: De processuele rechtspositie van het minderjarige kind bij kwesties rond (echt)scheiding, omgang en gezag.

6.1 Rechtspositie op basis van het IVRK

6.1.1 Artikel 12: Hoorrecht van kinderen

- 1. De Staten die partij zijn, verzekeren het kind dat in staat is zijn of haar eigen mening te vormen, het recht die mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen, waarbij aan de mening van het kind passend belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid.*
- 2. Hiertoe wordt het kind met name in de gelegenheid gesteld te worden gehoord in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomst van een vertegenwoordiger of een daarvoor geschikte instelling, op een wijze die verenigbaar is met de procedureregels van het nationale recht.*

Artikel 12 IVRK verleent aan het kind niet alleen het recht om zijn mening te uiten in alle zaken die het aangaan, maar het vereist evenzeer dat er naar het kind wordt geluisterd en dat er passend belang aan wordt gehecht. Het vormt daarmee één van de belangrijkste beginselen in het IVRK, waarmee bij alle andere artikelen uit het IVRK rekening moet worden gehouden. Zo is de uitoefening van het recht om gehoord te worden een manier om te bepalen hoe er moet worden gehandeld in het belang van het kind, zoals genoemd in artikel 3 IVRK.

De bepaling ‘in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid’ moet in relatie met artikel 5 IVRK worden gelezen dat spreekt van ‘de ontwikkelende vermogens van het kind’. Er wordt in artikel 12 IVRK niet gesproken over een minimumleeftijd. Ook de jongste kinderen krijgen daarmee formeel het recht om gehoord te worden. Rijpheid hangt samen met de leeftijd van het kind, maar kinderen van dezelfde leeftijd vertonen niet altijd dezelfde mate van rijpheid. Ook moet er bij speciale groepen van kinderen, bijvoorbeeld bij verstandelijk gehandicapte kinderen, rekening worden gehouden met een ander verloop van de ontwikkeling van rijpheid.¹⁴³

Het tweede lid van artikel 12 IVRK geeft het kind het recht om gehoord te worden in elke juridische en administratieve procedure die op het kind van toepassing is. Dit beslaat een zeer breed veld van rechtbankprocedures, en ook de formele besluitvorming die betrekking heeft op het kind in bijvoorbeeld het onderwijs, gezondheidszorg en milieu.¹⁴⁴

In dit verband kan ook worden gewezen op het in hoofdstuk 4 besproken artikel 9 IVRK. Het derde lid van genoemd artikel bepaalt dat in procedures, waarin een beslissing wordt genomen over een scheiding van het kind van zijn ouders, alle betrokken partijen de gelegenheid dienen te krijgen aan de procedures deel te nemen en hun standpunten naar voren te brengen.

¹⁴³ Hodgkin & Newell 2002, pp. 164-165.

¹⁴⁴ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 117.

6.2 Rechtspositie op basis van het EVRM

6.2.1 Artikel 6 lid 1 EVRM: Recht op een eerlijk proces

Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privé leven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.

Ten aanzien van het begrip ‘burgerlijke rechten en verplichtingen’ heeft het EHRM uitgemaakt dat artikel 6 eerste lid EVRM van toepassing is op het aan hem voorgelegde geschil indien de uitkomst van de procedure waarover geklaagd wordt direct bepalend is voor de vaststelling van een burgerlijk recht of een burgerlijke verplichting.¹⁴⁵

Uit de letterlijke bewoordingen van artikel 6 EVRM zijn slechts rechten af te leiden met betrekking tot het verloop van bepaalde procedures. In de Golder-zaak heeft het EHRM de betekenis hiervan belangrijk uitgebreid door te overwegen dat artikel 6, eerste lid, EVRM in beginsel ook het recht op een rechterlijke procedure toekent bij de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen en in bepaalde gevallen ook bij het bepalen van de gegrondheid van een strafvervolging.¹⁴⁶ Hierdoor verleent artikel 6 niet alleen garanties ten aanzien van een eenmaal gestarte rechterlijke procedure, maar geeft het in bepaalde gevallen ook het recht op toegang tot de rechter.¹⁴⁷ Wel is artikel 6 EVRM onderhevig aan impliciete beperkingen. Deze impliciete beperkingen zijn van belang voor het recht op toegang tot de rechter van een minderjarige. De wetgever kan bepaalde beperkende regels stellen aan het recht op toegang tot de rechter, o.a. voor minderjarigen, mits echter de kern van het recht op toegang tot de rechter niet wordt aangetast. Onzeker is of het hoorrecht ingeval van een gezagsvoorziening betekent dat het recht op toegang tot de rechter niet in zijn kern wordt aangetast. De informele rechtsingang bij het gezag na echtscheiding en de omgangsregeling vormt weliswaar een beperking van het recht op toegang tot de rechter, maar dit recht wordt in zijn kern niet aangetast. Het EHRM was in de zaak Andersson van oordeel dat artikel 13 EVRM (recht op een

¹⁴⁵ EHRM 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven & De Meyere v Belgium, Application no. 6878/75/7238/74, § 47.

¹⁴⁶ EHRM 21 februari 1975, Golder v The UK, Application no. 4451/70, § 38-39.

¹⁴⁷ Akkermans, Bax & Verhey 1999, p. 119.

daadwerkelijk rechtsmiddel) niet vereist dat een 12-jarige zelfstandig een procedure zou moeten kunnen voeren in het kader van het opleggen van een maatregel van kindbescherming.¹⁴⁸ Zijn moeder had als wettelijk vertegenwoordiger daartoe de mogelijkheid en daaraan deed niet af het feit dat in casu de contacten tussen moeder en zoon beperkt waren.

Zoals we hierna kunnen lezen, kent ons recht niet een algemeen geldende zelfstandige rechtsingang voor minderjarigen. In procedures treedt de wettelijke vertegenwoordiger op namens de minderjarige. Is er sprake van conflicterende belangen, dan kan de rechter ambtshalve of op verzoek van de minderjarige een bijzondere curator benoemen.

6.3 Rechtspositie op basis van nationaal recht

6.3.1 Inleiding

In ons land heeft een minderjarige geen algemeen geldende zelfstandige rechtsingang. Dit met uitzondering van het bestuursrecht, indien het kind tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat wordt geacht (artikel 8:21 lid 1 Awb). Uit de jurisprudentie blijkt desondanks dat ook in het burgerlijk recht de minderjarige als procespartij ontvankelijk wordt verklaard. Factoren die hierbij een rol spelen zijn het spoedeisende karakter van de zaak, de leeftijd van de minderjarige, het oordeel des onderscheids van de minderjarige, de benoeming van een bijzondere curator kan niet worden afgewacht, de wettelijke vertegenwoordiger verblijft in het buitenland, en een inbreuk op fundamentele rechten.¹⁴⁹

De discussie of aan de minderjarige een eigen rechtsingang dient te worden verleend speelt al lange tijd in ons land. In 2003 is een onderzoek uitgevoerd naar de hierna te bespreken rol van de bijzondere curator en naar een formele rechtsingang voor minderjarigen.¹⁵⁰ Ten aanzien van dit laatste is de conclusie van het onderzoek dat minderjarigen over een eigen formele rechtsingang moeten kunnen beschikken. Hieronder wordt verstaan dat minderjarigen zelfstandig toegang tot de rechter hebben, recht hebben op een beslissing van de rechter en de mogelijkheid hebben om in hoger beroep te gaan. Voorwaarden zijn dan wel dat de toegang tot de rechter laagdrempelig moet zijn, dat de procedure helder en eenduidig dient te zijn, dat de rechtsingang een brede reikwijdte heeft, dat de minderjarige moet worden ondersteund door gespecialiseerde advocaten en dat er geen leeftijdsgrens moet worden gehanteerd.¹⁵¹ Ook Doek pleit voor een eigen rechtsingang voor minderjarigen. Als argumenten voert hij aan dat daarmee in de eerste plaats een einde zou kunnen worden gemaakt aan de merkwaardige inconsistenties in de regels voor de processuele bekwaamheid van de minderjarige en aan de civielprocesrechtelijke lappendeken. Een belangrijker argument vindt hij in het feit dat Nederland, dat in toenemende mate een zuinig mensenrechten beleid voert, significant meer dan

¹⁴⁸ EHRM 25 februari 1992, Andersson v Sweden, Application no. 61/1990/252/323, § 103.

¹⁴⁹ Kloosterboer en Punselie 1995, p. 197.

¹⁵⁰ Minderjarigen als procespartij? Het functioneren van de bijzondere curator ex artikel 1:250 BW en de mogelijkheden van een formele rechtsingang voor minderjarigen 2003.

¹⁵¹ Stekete, Overgaag & Lünemann 2003, p. 95.

nu het geval is zou voldoen aan de geest en de bedoeling van het IVRK.¹⁵² De toenmalige minister van justitie heeft in 2003 echter uitdrukkelijk aangegeven dat er onvoldoende grond is om een formele rechtsingang voor minderjarigen in het burgerlijk recht te introduceren. Volgens de minister voldeed het destijds geldende systeem waarin in beginsel de ouders hun kind in rechte vertegenwoordigen en zo nodig een bijzondere curator kan worden benoemd.¹⁵³ Dit laatste is ook nu nog het geldende standpunt. Wel kunnen we in de volgende paragraaf lezen dat met de inwerkingtreding van de Wet zorgvuldige scheiding de rol van de bijzondere curator is uitgebreid.

6.3.2 Artikel 1:250 BW: Bijzondere curator

Wanneer in aangelegenheden betreffende diens verzorging en opvoeding, dan wel het vermogen van de minderjarige, de belangen van de met het gezag belaste ouders of een van hen dan wel van de voogd of de beide voogden in strijd zijn met die van de minderjarige, benoemt de rechtbank, danwel, indien het een aangelegenheid inzake het vermogen van de minderjarige betreft, de kantonrechter, of, indien de zaak reeds aanhangig is, de desbetreffende rechter, indien hij dit in het belang van de minderjarige noodzakelijk acht, daarbij in het bijzonder de aard van deze belangenstrijd in aanmerking genomen, op verzoek van een belanghebbende of ambtshalve een bijzondere curator om de minderjarige ter zake, zowel in als buiten rechte, te vertegenwoordigen.

Een kind kan in een echtscheidingsprocedure onderwerp worden van strijd tussen zijn ouders. Om de positie van het kind in de procedure te verbeteren, is met de inwerkingtreding van de Wet zorgvuldige scheiding het benoemen van een bijzondere curator gemakkelijker gemaakt. Dit betekent dat niet alleen de kantonrechter, maar iedere rechter bevoegd is in zaken waarbij een minderjarige rechtstreeks betrokken is, een bijzondere curator te benoemen. In een echtscheidingsprocedure kan de bijzondere curator de ouders helpen met het opstellen van een ouderschapsplan door het belang van het kind bij het ouderschapsplan te verwoorden. Bij een strijd tussen de ouders over diverse aspecten van de echtscheiding kunnen de belangen van de kinderen immers uit het oog verloren worden. Ook kan de bijzondere curator het kind ondersteunen bij het voeren van gesprekken met zijn ouders over het ouderschapsplan, uiteraard in overeenstemming met zijn leeftijd en geestelijke rijpheid. Gezien deze mogelijkheden van de bijzondere curator is het denkbaar dat een rechter, bijvoorbeeld gelijktijdig met een verwijzing van de ouders naar een mediator om afspraken te maken over de zorgverdeling, een bijzondere curator benoemt. Daarnaast kan de bijzondere curator de minderjarige helpen zelfstandig aan de rechter een regeling te vragen voor de uitoefening van het ouderlijk gezag (artikel 1:254a tweede en derde lid j^o artikel 1:377g BW) of een verzoek om de vader of de moeder alleen met het gezag te belasten (artikel 1:251a eerste en vierde lid BW).¹⁵⁴

¹⁵² < jaapedoek.nl/publications/keynotes/keynote_341.doc>.

¹⁵³ *Kamerstukken II*, 2003/04, 29200 VI, nr. 116.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II*, 2004/05, 30145, nr. 3, p. 7.

Uit het in de vorige paragraaf genoemde onderzoek is naar voren gekomen dat er nauwelijks gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot benoeming van een bijzondere curator. In de gevallen waarin wel een bijzondere curator werd benoemd, ging het in de helft daarvan om het verdelen van een nalatenschap, waarbij de minderjarige erfgenaam was. Als er op grond van artikel 1:250 BW een bijzondere curator wordt benoemd, is dat vrijwel steeds de advocaat die toch al bij de zaak was betrokken. Waarom het bijzondere curatorschap in de rechtspraak nauwelijks voorkomt heeft volgens de onderzoekers deels te maken met de onbekendheid van de regeling. Daarnaast kan een bijzondere curator pas worden benoemd als een procedure al is gestart. In dat geval is er vaak al een advocaat bij de zaak betrokken die een bijzondere curator niet echt noodzakelijk maakt. Het feit dat ten tijde van het onderzoek de kantonrechter de bijzondere curator moest benoemen heeft volgens de onderzoekers wellicht ook tot effect dat minder snel tot het instellen van een bijzondere curator wordt overgegaan dan als de rechtbank bevoegd zou zijn. Zij stellen dat ambtshalve benoeming van een bijzondere curator door de kinderrechter misschien meer zaken zou opleveren. Dit laatste is met de inwerkingtreding van de Wet zorgvuldige scheiding mogelijk geworden. Of er inderdaad meer gebruik zal worden gemaakt van de mogelijkheid van benoeming van een bijzondere curator zal de praktijk moeten uitwijzen.

6.3.3 Artikel 809 leden 1 en 4 Rv

1. *In zaken betreffende minderjarigen, uitgezonderd die welke het levensonderhoud van een minderjarige betreffen die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, beslist de rechter niet dan na de minderjarige van twaalf jaar of ouder in de gelegenheid te hebben gesteld hem zijn mening kenbaar te maken, tenzij het naar het oordeel van de rechter een zaak van kennelijk ondergeschikt belang betreft. De rechter kan minderjarigen die de leeftijd van twaalf jaren nog niet hebben bereikt, in de gelegenheid stellen hem hun mening kenbaar te maken op een door hem te bepalen wijze. Hetzelfde geldt in zaken betreffende het levensonderhoud van minderjarigen die de leeftijd van zestien jaren nog niet hebben bereikt.*
- 4 *Indien de minderjarige van de in het eerste lid bedoelde gelegenheid geen gebruik heeft gemaakt, kan de rechter een nadere dag bepalen, waarop hij voor hem gebracht zal worden. Verschijnt de minderjarige alsdan wederom niet, dan kan de zaak zonder hem worden behandeld.*

Bovenstaand artikel omvat het hoorrecht van minderjarigen. Dit hoorrecht is ook vastgelegd in de door de rechtbank gehanteerde procesreglementen verzoekschriften familie- en jeugdrecht rechtbanken. Artikel 8 van het procesreglement scheiding bepaalt dat in scheidingen, waarin minderjarigen van 12 jaar en ouder zijn betrokken, deze door de rechtbank in de gelegenheid worden gesteld hun mening kenbaar te maken wanneer een gezagsvoorziening, een omgangsregeling, een informatie- of consultatieregeling, een regeling omtrent de verblijfplaats of een kinderalimentatie (16 tot 18 jaar) wordt gevraagd. Dit wordt ook gedaan indien partijen het eens zijn over de gevraagde voorziening en indien reeds een schriftelijke verklaring van de betreffende minderjarigen is overgelegd. Genoemde minderjarigen worden in beginsel

afzonderlijk gehoord. Van dit verhoor worden werkaantekeningen gemaakt. De rechter kan besluiten om minderjarigen jonger dan 12 c.q. 16 jaar te horen. Ter zitting wordt aan de ouders en andere belanghebbenden niet te kennen gegeven wat het kind heeft verklaard, tenzij het kind desgevraagd heeft aangegeven geen bezwaar daartegen te hebben én het de rechter wenselijk voorkomt. Aan de partijen wordt geen afschrift verstrekt van de brieven van de minderjarigen en de werkaantekeningen. De procesreglementen alimentatie en gezag en omgang bevatten in artikel 6 dezelfde bepalingen.

In de praktijk geven de rechtbanken invulling aan de verplichting om kinderen in de gelegenheid te stellen om te horen door het sturen van een brief naar alle betrokken kinderen van twaalf jaar en ouder. Kinderen zijn niet verplicht om de brief die rechtbank hen toestuurt, te beantwoorden of bij de rechter te verschijnen indien zij voor een gesprek worden opgeroepen. Rechtbanken zullen over het algemeen niet controleren of een kind de brief daadwerkelijk heeft gelezen maar zullen bij twijfel of indien er anderszins aanleiding is om het kind te horen, het kind wel oproepen voor een kinderverhoor, zoals dat formeel wordt genoemd. Het blijkt dat er grote verschillen bestaan in de werkwijze die de diverse rechtbanken op dit punt hanteren.¹⁵⁵

Bij toepassing van de hoofdregel dat na scheiding het gezamenlijk ouderlijk gezag gewoon doorloopt, wordt aan de rechter geen beslissing gevraagd over het gezag over de bij de scheiding betrokken minderjarige kinderen. In dat geval schrijft de wet niet het horen door de rechter van die kinderen voor. Immers, het oproepen van de minderjarige dient op grond van artikel 809 Rv alleen te geschieden als de rechter een beslissing neemt in zaken betreffende minderjarigen. Er bestaat derhalve geen wettelijke regel die dat horen in die situatie voorschrijft. Alhoewel er geen wettelijke verplichting tot horen bestaat in deze gevallen, kan de rechter wel aan artikel 1:251a BW een bevoegdheid ontleen om de bij de scheiding betrokken minderjarige te horen. Dit artikel bepaalt dat de rechter, indien hem blijkt dat een minderjarige van 12 jaar of ouder hier prijs op stelt, ambtshalve een beslissing kan geven over het gezag. Indien door de ouder(s) in de echtscheidingsprocedure eenhoofdig ouderlijk gezag wordt verzocht, geldt wel de basisregel van artikel 809 Rv dat de rechter verplicht niet over het gezag te beslissen dan na de minderjarige van 12 jaar of ouder in de gelegenheid te hebben gesteld zijn mening kenbaar te maken. Ook kinderen jonger dan 12 jaar kan de kinderrechter over het gezag horen. Een verplichting daartoe heeft hij echter niet. Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan een broertje of zusje van de minderjarige van 12 jaar of ouder dat ook bijna deze leeftijd heeft bereikt.¹⁵⁶

6.3.4 Informele rechtsingang

6.3.4.1 Inleiding

Een kind van twaalf jaar of ouder kan de rechter op informele wijze benaderen over kwesties in verband met omgang, het informatie- of consultatierecht of de uitoefening van het gezag. De

¹⁵⁵ Zie ook: A.R. van Triest, 'Het kinderverhoor in het ressort Den Bosch onder de loep', *FJR* 2004, pp. 16-26.

¹⁵⁶ Koens & Van Wamelen 2001, pp. 79-80.

informele rechtsingang kan door minderjarigen ook gebruikt worden als zij een bestaande regeling van de omgang, informatie of consultatie gewijzigd willen zien. De informele rechtstreekse toegang tot de rechter staat los van het hiervoor behandelde hoorrecht. Het vormt daarmee een uitzondering op de procesrechtelijke onbekwaamheid van de minderjarige.

De rechter is niet verplicht op het verzoek van de minderjarige te beschikken. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat hij van oordeel is dat de elfjarige niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. Doet hij dat wel dan kan de minderjarige daartegen niet zelfstandig hoger beroep instellen. Hij moet vertegenwoordigd worden door een van zijn ouders (met gezag) c.q. de met het gezag belaste ouder of door een bijzondere curator. De wettelijke basis voor deze informele rechtsingang wordt gevonden in de artikelen 1:251a lid 4 en 1:377g BW. In de volgende twee paragrafen worden beide artikelen besproken.

6.3.4.2 Artikel 1:251a lid 4 BW

1. *De rechter kan na ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed op verzoek van de ouders of van één van hen bepalen dat het gezag over een kind aan één ouder toekomt indien:*
 - a. *Er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd verbetering zou komen, of*
 - b. *Wijziging van het gezag anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.*
2. *De beslissing op grond van het eerste lid wordt gegeven bij de beschikking houdende scheiding van tafel en bed, echtscheiding danwel ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed of bij latere beschikking.*
3. *Indien een beslissing op grond van het eerste lid niet alle kinderen der echtgenoten betrouwt, vult de rechtbank haar aan op verzoek van een van de ouders, van de raad voor de kindbescherming, of ambtshalve.*
4. *De rechter kan, indien hem blijkt dat de minderjarige van twaalf jaar of ouder hierop prijs stelt, ambtshalve een beslissing geven op de voet van het eerste lid. Hetzelfde geldt indien de minderjarige de leeftijd van twaalf jaren nog niet heeft bereikt, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake.*

In het vierde lid van bovenstaand artikel wordt aan de minderjarige de mogelijkheid gegeven zich op een informele manier (via een briefje of telefoontje) tot de rechter te wenden om een beslissing over het ouderlijk gezag te verkrijgen, indien hij zich niet kan vinden in voortdurende van dat gezamenlijk ouderlijk gezag na echtscheiding. Ook uit de processtukken of bij verhoor van de minderjarige over bijvoorbeeld de omgang kan de rechter afleiden dat de minderjarige prijs stelt op een ambtshalve beslissing over het gezag.¹⁵⁷ De Hoge Raad heeft onlangs de rechtspositie van het minderjarige kind verbeterd door te bepalen dat artikel 1:251a BW ruim

¹⁵⁷ Koens & Van Wamelen 2001, p. 79.

moet worden uitgelegd en dat het tevens aanleiding kan geven tot een na afloop van de scheidingsprocedure te geven beschikking tot toekenning van eenhoofdig gezag.¹⁵⁸

In haar beslissing van 4 april 2008 overweegt de Hoge Raad dat het opnemen van artikel 1:251a BW verband houdt met het sinds 1 januari 1998 wettelijk geldende uitgangspunt dat na echtscheiding het gezamenlijk ouderlijk gezag blijft voortduren.¹⁵⁹ Dit uitgangspunt brengt mee dat niet langer in het kader van de echtscheidingsprocedure door de rechter wordt onderzocht of voortduring van het gezamenlijk ouderlijk gezag in het belang van de betrokken minderjarige is. Daarom is een voorziening in de wet opgenomen, zodat het kind zelf de mogelijkheid heeft de rechter te benaderen op het moment dat het kind het niet met het voornemen van de ouders om het gezamenlijk gezag te laten doorlopen eens is. Hieruit kan worden afgeleid, aldus het hof, dat de wetgever bij de invoering van artikel 1:251a BW in het bijzonder voor ogen heeft gestaan dat de minderjarige in het kader van de echtscheidingsprocedure de mogelijkheid dient te hebben zelfstandig en op informele wijze aan de rechter blijk te geven van zijn mening met betrekking tot het voortduren van het gezamenlijk gezag na echtscheiding, maar niet dat de wetgever heeft willen uitsluiten dat deze informele rechtsingang nog zou kunnen worden gebruikt na de beëindiging van de echtscheidingsprocedure. Voor de betrokken minderjarige kan het juist van groot belang zijn dat hij aan de hand van de ervaringen na het uiteengaan van zijn ouders kan beoordelen of het naar zijn mening noodzakelijk is dat alsnog een beslissing omtrent het gezag wordt genomen, en die mening aan de rechter kenbaar kan maken met het oog op een ambtshalve te nemen beslissing. Op deze wijze kan voorts worden voorkomen dat het gezag na echtscheiding zonder rechterlijke beoordeling en beslissing voortduurt, hoewel zich een uitzonderingsgeval voordoet waarin moet worden aangenomen dat het belang van het kind vereist dat een van de ouders met het gezag wordt belast. Daarom moet artikel 1:251a BW aldus worden uitgelegd, dat het tevens aanleiding kan geven tot een na afloop van de scheidingsprocedure te geven beschikking tot toekenning van eenhoofdig gezag. De Hoge Raad tekent daarbij nog aan dat de informele rechtsingang na de beëindiging van de scheidingsprocedure niet meer kan worden gebruikt indien de rechter in die procedure naar aanleiding van een verzoek tot toekenning van eenhoofdig gezag een beslissing heeft gegeven. In een dergelijk geval heeft de rechter zich omtrent het voortduren van het gezamenlijk gezag een oordeel gevormd en een beslissing gegeven, die slechts op de voet van artikel 1:253n of artikel 1:253o BW kan worden gewijzigd. In een dergelijk geval staat het de rechter niet vrij ambtshalve de eerdere rechterlijke beslissing te wijzigen.

6.3.4.3 Artikel 1:377g BW

De rechter kan, indien haar blijkt dat de minderjarige van twaalf jaar of ouder hierop prijs stelt, ambtshalve een beslissing geven op de voet van de artikelen 377a of 377b, dan wel zodanige beslissing op de voet van artikel 377 e van dit boek wijzigen. Hetzelfde geldt indien de minderjarige de leeftijd van twaalf jaren nog niet heeft bereikt, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake.

¹⁵⁸ De Bruijn-Lückers, 'Het kind na scheiding', *EB* 2009-1.

¹⁵⁹ HR 4 april 2008, *NJ* 2008, 494.

Het betreft hier kwesties in verband met omgang met een ouder of een ander dan de ouder, of verschaffing van informatie van de ene ouder aan de andere ouder, of de raadpleging van de ene ouder door de andere.

Over de werkingssfeer van artikel 1:377g BW heeft de rechtbank 's-Gravenhage onlangs uitspraak gedaan. Het betrof een kwestie waarin een minderjarige door middel van een brief aan de rechter heeft aangegeven een wijziging van de in 2008 bij beschikking vastgestelde omgangsregeling te wensen. De ouders oefenen gezamenlijk het gezag over de minderjarige uit. De rechtbank heeft overwogen dat, hoewel met de inwerkingtreding van de Wet zorgvuldige scheiding de verwijzing naar artikel 1:253a BW in artikel 1:377g BW, zoals dat luidt na 1 maart 2009, ontbreekt, zij van oordeel is dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om, ook in gevallen waarin beide ouders het gezag over een minderjarige hebben, de minderjarige zijn informele rechtsingang te laten behouden. Het ontnemen van dit recht aan minderjarigen met twee gezagsouders, zou immers op gespannen voet komen te staan met het bepaalde in artikel 12 van het IVRK.¹⁶⁰

6.3.5 Beroep op bepaling IVRK/EVRM

6.3.5.1 Rechtstreekse werking verdragsbepalingen

Wil een kind tegenover de overheid een beroep kunnen doen op een bepaling van het IVRK of EVRM, dan dient deze bepaling rechtstreekse werking te hebben. In ons land bepaalt de rechter op grond van artikelen 93 en 94 Grondwet of een verdragsbepaling rechtstreekse werking heeft. Als een verdragsbepaling naar inhoud een ieder verbindt, kan gesteld worden dat deze rechtstreekse werking heeft. Hierbij zijn twee elementen van belang:

- 1) verplicht de verdragsbepaling de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met een bepaalde inhoud of strekking, en
- 2) is de bepaling naar haar inhoud dusdanig concreet en van dien aard dat zij door de rechter of het bestuursorgaan rechtstreeks kan worden toegepast.¹⁶¹

Kan de bepaling als zodanig niet worden toegepast, maar is nadere regelgeving noodzakelijk, dan is de betreffende bepaling niet een ieder verbindend.

Bij de behandeling van de goedkeuringswet van het IVRK is de rechtstreekse werking van het verdrag aan de orde geweest. Gelet op de aard, inhoud en formulering van de meeste bepalingen uit het verdrag, houden de uitvoering en de naleving van een groot aantal materiële verdragsvoorschriften een taak van de wetgeving en de besturende overheden in. Dit hoeft overigens niet helemaal uit te sluiten dat aan een bepaald verdragsvoorschrift in een concrete casus rechtstreekse werking wordt toegekend. De beslissing hierover en de voorwaarden waaronder die rechtstreekse werking aan een bepaling zou worden gegeven zijn, zoals gezegd, uiteindelijk aan de rechter. In de Memorie van Toelichting van de Goedkeuringswet is een

¹⁶⁰ Rechtbank 's-Gravenhage 20 maart 2009, *LJN* BJ 0229.

¹⁶¹ HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688 en HR 18 april 1995, *NJ* 1995/619.

opsomming gegeven van artikelen met rechtstreekse werking (o.a. artikel 7 eerste lid, artikel 9 eerste lid, artikel 12 tweede lid IVRK) en artikelen die rechtstreekse werking kunnen hebben (o.a. artikel 5, artikel 12 eerste lid IVRK).¹⁶² Uit de jurisprudentie blijkt dat aan de artikelen 7 lid 1 en 9 lid 3 IVRK impliciet of expliciet rechtstreekse werking is toegekend. Opvallend is dat de Hoge Raad ook aan artikel 3 IVRK, hoewel dit in de Memorie van Toelichting niet als rechtstreeks werkende verdragsbepaling is genoemd, rechtstreekse werking heeft toegekend.¹⁶³ Dit in tegenstelling tot de Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State die voor het Vreemdelingenrecht heeft vastgesteld dat artikel 3 uit het IVRK een dergelijke, voor rechtstreekse toepassing bruikbare norm niet bevat.¹⁶⁴

Aan de verdragsbepalingen van het EVRM is rechtstreekse werking toegekend. De rechter kan vervolgens de verdragsbepaling toepassen, het eigen recht overeenkomstig het verdrag interpreteren of het buiten toepassing laten. Het komt echter ook voor dat de rechter moet constateren dat toepassing van het verdragsrecht het doen van keuzen impliceert die aan de wetgever moeten worden overgelaten. De rechter verwijst het onderwerp dan als het ware naar de wetgever.¹⁶⁵

6.3.5.2 Toezicht op naleving bepalingen IVRK

Het toezicht op de naleving van het IVRK is in handen van het Comité inzake de Rechten van het kind (het Comité) dat is ingesteld bij het verdrag. De leden van het Comité worden gekozen door de landen die partij zijn bij het IVRK. Verdragsstaten moeten twee jaar na de datum van ratificatie een eerste rapport indienen bij het Comité. In deze rapporten dienen de maatregelen te worden vermeld die de landen hebben genomen ter bevordering van de rechten die in het IVRK worden erkend en de vooruitgang die is geboekt bij het realiseren van die rechten. Vervolgens moeten de landen iedere vijf jaar een rapport indienen. Het Comité heeft geen bevoegdheden tot het opleggen van sancties en het kan geen bindende uitspraken doen. Wel kunnen internationale organisaties en non-gouvernementele organisaties aan het Comité rapporteren. Deze rapportages bieden belangrijke informatie op basis waarvan het Comité zich een volledig beeld kan vormen dan op basis van de door de overheid verstrekte informatie mogelijk is. Het Comité rapporteert op haar beurt iedere twee jaar aan de Algemene Vergadering van de VN.¹⁶⁶

Een belangrijk punt van kritiek op het IVRK is het feit dat er geen individueel klachtrecht in is opgenomen. Dit in tegenstelling tot het EVRM, waar in artikel 34 is bepaald dat ieder natuurlijk persoon een verzoekschrift bij het EHRM kan indienen bij een vermeende schending van zijn rechten uit het verdrag. Genoemd artikel is onderwerp van de volgende paragraaf en vormt tevens het slot van dit hoofdstuk.

¹⁶² *Kamerstukken II 1992/93*, 22855, nr. 3, onder 6A.

¹⁶³ Zie o.a. HR 29 oktober 2004, *LJN AQ7387*.

¹⁶⁴ Kalverboer & Zijlstra 2006, p. 68.

¹⁶⁵ Asser & De Boer 2006.

¹⁶⁶ Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, pp. 11-12.

6.3.5.3 Klachtprocedure EVRM

Artikel 34 EVRM: Individuele verzoekschriften

Het Hof kan verzoekschriften ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocollen daarbij zijn vervat. De Hoge Verdragsluitende Partijen verplichten zich ertoe de doeltreffende uitoefening van dit recht op generlei wijze te belemmeren.

Bovenstaand artikel vormt de grondslag voor het recht van het minderjarige kind om zich rechtstreeks, zonder tussenkomst van zijn wettelijk vertegenwoordiger, tot het EHRM te wenden met een klacht over schending van een van de artikelen van het EVRM. Op grond van artikel 35 EVRM kan het EHRM eerst een klacht in behandeling nemen nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, overeenkomstig de algemeen erkende regels van internationaal recht, en binnen een termijn van zes maanden na de datum van de definitieve nationale beslissing. Met betrekking tot de eis van uitputting van alle nationale rechtsmiddelen geldt het volgende. Indien een recht van een minderjarig kind uit het EVRM wordt geschonden, en zijn wettelijk vertegenwoordiger weigert te procederen, dan staat de minderjarige alleen de weg van artikel 1:250 BW (bijzondere curator) open. Weigert de rechter een bijzondere curator te benoemen, dan kan de minderjarige rechtstreeks een klacht indienen bij het EHRM.¹⁶⁷ Deze klacht kan uitmonden in een bindende uitspraak van het EHRM.

In de vorige vijf hoofdstukken is een weergave gegeven van de materiële en processuele rechtspositie van het minderjarige kind met betrekking tot de (echt)scheiding, het gezag, de omgang, de informatie- en consultatieplicht en de kinderalimentatie. In het zevende en tevens laatste hoofdstuk zal ik deze onderwerpen kort samenvatten en een conclusie formuleren.

¹⁶⁷ ECRM 16 december 1974, Sosjale Joenit, NJ 1975, 474.

Hoofdstuk 7: Conclusie

In het voorgaande heb ik onderzocht wat de rechtspositie van het minderjarige kind is bij kwesties rond (echt)scheiding, omgang en gezag. Naast deze drie onderwerpen zijn tevens besproken de informatie- en consultatieplicht, de kinderalimentatie en de processuele rechtspositie van het minderjarige kind bij scheiding. Daarbij is niet alleen ingegaan op onze nationale wetgeving, maar zijn ook het IVRK en het EVRM betrokken bij de beantwoording van deze vraag. Beide verdragen zijn immers van groot belang geweest voor de rechtspositie van het minderjarige kind zoals deze thans bestaat. In deze conclusie beoog ik onder andere aan de hand van een aantal concepten uit het IVRK en het EVRM een antwoord op de centrale probleemstelling te formuleren.

Een van de belangrijkste concepten uit het IVRK vormt 'het belang van het kind', zoals neergelegd in artikel 3. Het is één van de algemene beginselen die fundamenteel zijn voor de implementatie en interpretatie van alle andere inhoudelijke artikelen van het IVRK. Het IVRK legt de nadruk op het belang van het kind bij een stabiele en veilige opvoedingssituatie. Het belang van het kind is een overweging die prioriteit krijgt boven alle andere overwegingen, maar er is geen sprake van absolute prioriteit. Ook andere factoren kunnen een rol spelen. Het 'belang van het kind' speelt ook een rol in artikel 8 EVRM (recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven) dat als een rode draad door het gehele familierecht loopt. Een belangrijk begrip uit het EVRM is 'family life'. Jurisprudentie van het EHRM heeft geleid tot een autonoom begrip familie- en gezinsleven, waarin tal van betrekkingen van juridische, biologische en feitelijke aard hun plaats vinden. Zo heeft het EHRM duidelijk gemaakt dat artikel 8 geen onderscheid maakt tussen de op huwelijk gebaseerde familie en de buitenhuwelijkse of natuurlijke familie. Daarnaast heeft het EHRM het door artikel 8 bestreken familie- of gezinsleven nog verder uitgebreid door er ook de betrekkingen tussen andere verwanten onder te brengen. Zij noemt met name de betrekking tussen kleinkinderen en hun grootouders, die in het familieleven een belangrijke rol kan spelen. Anders dan bij de familierechtelijke betrekking tussen ouders en kind, waarvan zonder meer kan worden aangenomen dat deze 'family life' in de zin van artikel 8 EVRM oplevert, zal bij die andere betrekkingen steeds aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld of van familie- en gezinsleven kan worden gesproken.

Ten aanzien van de uitoefening van het ouderlijk gezag bepaalt artikel 5 IVRK dat ouders zowel de verantwoordelijkheid voor de opvoeding van hun kinderen toekomt als het recht om deze opvoeding zelf vorm te geven. Wel moeten de ouders daarbij rekening houden met 'de zich ontwikkelende vermogens van het kind'. Dit houdt in dat een kind in zijn ontwikkeling naar volwassenheid in toenemende mate zelfstandig, zonder de inmenging of begeleiding van ouders, zijn rechten kan en mag uitoefenen. In artikel 8 EVRM valt niets te lezen over 'de zich ontwikkelende vermogens van het kind' waar artikel 5 IVRK over spreekt. Wel heeft het EHRM zich in dat kader uitgelaten en gesteld dat bij de beoordeling van hetgeen het belang van het kind meebrengt, de vraag wat het kind dienaangaande zelf vindt en wenst naarmate het ouder en rijper wordt steeds meer gewicht in de schaal gaat leggen. Artikel 18 IVRK richt zich specifiek op de gezamenlijke verantwoordelijkheid van ouders om hun kinderen te verzorgen en

op te voeden en de rol van de overheid daarbij. Het belang van het kind is de eerste zorg van de ouders. Verdragspartijen moeten maatregelen nemen om de mogelijkheid van gezamenlijk gezag na scheiding te stimuleren en te ondersteunen. Ook uit artikel 8 EVRM volgt de vrijheid van ouders om hun kind naar eigen inzicht en overtuiging op te voeden. Dit recht is echter gegeven in het belang van het kind en kan daarom niet los worden gezien van de verplichting dat belang te dienen. Een aantasting van het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven van de ene ouder ingevolge de toekenning van (de uitoefening van) het ouderlijk gezag aan de andere ouder moet voldoen aan de vereisten van het tweede lid van artikel 8 EVRM. Het EHRM heeft consistent aanvaard dat daaraan is voldaan indien verwezen wordt naar het belang van het kind dat in deze materie doorslaggevend moet zijn. Daarmee wordt een hogere standaard opgelegd dan in het IVRK, waarin het belang van het kind, bij alle maatregelen betreffende kinderen (waaronder de toekenning van de uitoefening van het ouderlijk gezag) slechts een eerste overweging is. Ook in ons recht omvat het ouderlijk gezag de plicht en het recht van ouders om hun minderjarig kind te verzorgen en op te voeden. Ouders hebben het recht, de vrijheid, om deze taak naar eigen inzicht te vervullen. Uitgangspunt daarbij is dat het gezag wordt uitgeoefend in het belang van het kind. Daarnaast dienen ouders rekening te houden met de toenemende mondigheid van het kind en diens behoefte zich naar eigen inzicht te ontwikkelen. Algemeen uitgangspunt is dat het gezamenlijk gezag na scheiding wordt voortgezet. Uit de jurisprudentie blijkt dat er uiterst terughoudend wordt omgegaan met het toekennen van verzoeken om eenhoofdig gezag. Met de inwerkingtreding van de Wet zorgvuldige scheiding omvat het ouderlijk gezag thans ook de verplichting van de ouder om de ontwikkeling van de banden van zijn kind met de andere ouder te bevorderen (artikel 1:247 lid 3 BW). Dit sluit aan bij de norm van artikel 5 IVRK dat de lidstaten de verantwoordelijkheden, rechten en plichten van de ouders dienen te eerbiedigen en bij artikel 7 IVRK dat het kind het recht geeft zijn ouders te kennen en door hen verzorgd te worden.

Met betrekking tot de omgang na scheiding bepaalt artikel 9 IVRK dat ieder kind het recht heeft om bij zijn ouders te leven en dat het in geval van echtscheiding of verbreking van de relatie van de ouders het recht heeft om contact te houden met beide ouders, tenzij dit strijdig is met zijn belang. Artikel 8 EVRM ziet ook op het omgangsrecht. Uit de rechtspraak van het EHRM komt naar voren dat uit het bestaan van 'family life' het recht op omgang voortvloeit. Bij de beoordeling van het verzoek tot omgang dient uiteraard het belang van het kind te worden betrokken. Met de inwerkingtreding van de Wet zorgvuldige scheiding is er in ons recht een nieuwe terminologie ingevoerd met betrekking tot het omgangsrecht. De term 'verdeling van de zorg- en opvoedingstaken' ziet op de verhouding tussen de ouder met gezag en het minderjarige kind. De term 'omgang' ziet nu uitsluitend op de relatie tussen een ouder zonder gezag of een derde, bijvoorbeeld de biologische ouder of grootouders, en het minderjarige kind. De wet kent aan het kind het recht op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide gezagsouders in geval van scheiding toe. Ouders dienen bij scheiding in een ouderschapsplan vast te leggen hoe zij hun zorg- en opvoedingstaken verdelen. Zij moeten hun minderjarige kinderen bij het opstellen van het ouderschapsplan te betrekken en de wijze waarop dit heeft plaatsgevonden in het verzoekschrift tot echtscheiding te vermelden. Bij de uitvoering van dit laatste zijn vraagtekens te plaatsen ten aanzien van de wijze waarop ouders hun minderjarig kind het beste

bij het opstellen van het ouderschapsplan kunnen betrekken en welke leeftijdsgrens daarbij dient te worden gehanteerd. De praktijk zal dit moeten uitwijzen. Het is in beginsel niet mogelijk dat ouders in het ouderschapsplan vastleggen, dat het kind geen contact heeft met een van de ouders. Dat past immers niet in de hiervoor besproken norm dat het ouderlijk gezag mede de verplichting van de ouder omvat om de ontwikkeling van de band van zijn minderjarige kind met de andere ouder te bevorderen. Uit de jurisprudentie volgt dat deze laatste verplichting echter niet zover reikt, dat de ene ouder de andere ouder zonder meer kan verplichten de verzorging en opvoeding van dat kind ter hand te nemen op tijdstippen dat dit voor de andere ouder onmogelijk is. Het is wenselijk dat er na scheiding zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de tijdens de samenwoning bestaande situatie, om het recht van het kind op zoveel mogelijk continuïteit in de verzorging en opvoeding te bevorderen. Bij geschillen over de gezamenlijke uitoefening van het gezag kan een beroep worden gedaan op artikel 1:253a BW. De rechter neemt een zodanige beslissing als haar in het belang van het kind wenselijk voorkomt. Bij het bepalen van de verblijfplaats van de minderjarige lijkt uit de jurisprudentie te kunnen worden opgemaakt dat er een bredere belangenafweging wordt gemaakt en dat ieders belangen, waaronder vooral die van de vertrekkende ouder, worden meegewogen. Ten aanzien van de niet met het gezag belaste ouder is in de wet vastgelegd dat deze het recht op en de verplichting tot omgang met zijn kind heeft. Het is echter duidelijk dat dit laatste niet kan worden afgedwongen wanneer de ouder geen omgang met het kind wil. Het recht op omgang kan slechts op basis van de in het artikel genoemde gronden worden ontzegd. Een ouder die niet met het gezag is belast, kan de omgang definitief worden ontzegd. Dit in tegenstelling tot de situatie waarin de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen. Dan wordt een definitieve ontzegging van de omgang niet verenigbaar geacht met het voortbestaan van het gezamenlijk gezag.

Voor wat betreft de kinderalimentatie volgt uit artikel 27 IVRK dat ouders verplicht zijn hun kinderen een bepaalde levensstandaard te bieden en dat de overheid de ouders hierin moet bijstaan. Aan artikel 8 EVRM kan eveneens een recht op alimentatie worden ontleend. Met de Wet zorgvuldige scheiding is een belangrijke wijziging met betrekking tot de kinderalimentatie doorgevoerd. Op grond van artikel 1:400 BW dient een onderhoudsplichtige die zowel kinderalimentatie als partneralimentatie moet betalen, maar niet voldoende draagkracht heeft, eerst de kinderalimentatie te voldoen. In de praktijk wordt voor de berekening van de alimentatie gebruikgemaakt van het rapport Alimentatienormen (Tremarapport). Genoemde normen zijn naar aanleiding van deze nieuwe voorrangregel aangepast om meer draagkrachtruimte voor kinderalimentatie te scheppen.

Tot slot kom ik toe aan de processuele rechtspositie van het minderjarige kind. Artikel 12 IVRK verleent aan het kind niet alleen het recht om zijn mening te uiten in alle zaken die het aangaan, maar het vereist evenzeer dat er naar het kind wordt geluisterd en dat er passend belang aan wordt gehecht. Er wordt in artikel 12 IVRK niet gesproken over een minimumleeftijd. Ook de jongste kinderen krijgen daarmee formeel het recht om gehoord te worden. Artikel 6 EVRM verleent niet alleen garanties ten aanzien van een eenmaal gestarte rechterlijke procedure, maar geeft in bepaalde gevallen ook het recht op toegang tot de rechter. De wetgever kan bepaalde beperkende regels stellen aan het recht op toegang tot de rechter, onder andere voor

minderjarigen, mits echter de kern van het recht op toegang tot de rechter niet wordt aangetast. Een voorbeeld hiervan vormt de in ons recht bestaande informele rechtsingang bij het gezag na echtscheiding en de omgangsregeling. Deze informele rechtsingang vormt weliswaar een beperking van het recht op toegang tot de rechter, maar dit recht wordt in zijn kern niet aangetast. In ons land heeft een minderjarige geen algemeen geldende zelfstandige rechtsingang. Hoewel uit onderzoek is gebleken dat minderjarigen over een eigen formele rechtsingang moeten kunnen beschikken, is hieraan tot op heden geen gevolg gegeven. Om de processuele rechtspositie van de minderjarige te versterken, is de benoeming van een bijzondere curator vergemakkelijkt. In een echtscheidingsprocedure kan de bijzondere curator de ouders helpen met het opstellen van een ouderschapsplan door het belang van het kind bij het ouderschapsplan te verwoorden. Ook kan de bijzondere curator het kind ondersteunen bij het voeren van gesprekken met zijn ouders over het ouderschapsplan, uiteraard in overeenstemming met zijn leeftijd en geestelijke rijpheid. Daarnaast kan de bijzondere curator de minderjarige helpen zelfstandig aan de rechter een regeling te vragen voor de uitoefening van het ouderlijk gezag of een verzoek om de vader of de moeder alleen met het gezag te belasten.

Een kind van twaalf jaar of ouder kan de rechter ook op informele wijze benaderen over kwesties in verband met omgang, het informatie- of consultatierecht of de uitoefening van het gezag. Deze informele rechtsingang kan door minderjarigen ook worden gebruikt wanneer zij een bestaande regeling van de omgang, informatie of consultatie gewijzigd willen zien. De informele rechtstreekse toegang tot de rechter staat los van het hierna te bespreken hoorrecht. Het vormt daarmee een uitzondering op de procesrechtelijke onbekwaamheid van de minderjarige. De rechter is niet verplicht op het verzoek van de minderjarige te beschikken. De minderjarige kan tegen de beslissing van de rechter niet zelfstandig in beroep gaan. Hij moet daartoe worden vertegenwoordigd door (een van) zijn ouders of een bijzondere curator. Artikel 819 Rv bepaalt dat in zaken betreffende minderjarigen, uitgezonderd die welke het levensonderhoud van een minderjarige betreffen die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, de rechter niet beslist dan na de minderjarige van twaalf jaar of ouder in de gelegenheid te hebben gesteld hem zijn mening kenbaar te maken, tenzij het naar het oordeel van de rechter een zaak van kennelijk ondergeschikt belang betreft. De rechter kan minderjarigen die de leeftijd van twaalf jaren nog niet hebben bereikt, in de gelegenheid stellen hem hun mening kenbaar te maken op een door hem te bepalen wijze. Hetzelfde geldt in zaken betreffende het levensonderhoud van minderjarigen die de leeftijd van zestien jaren nog niet hebben bereikt. In de praktijk blijken de diverse rechtbanken op verschillende wijze met het hoorrecht van minderjarigen om te gaan.

Het sluitstuk van de processuele rechtspositie van de minderjarige vormt een eventuele procedure bij het EHRM. Artikel 34 EVRM geeft de grondslag voor het recht van het minderjarige kind om zich rechtstreeks, zonder tussenkomst van zijn wettelijk vertegenwoordiger, tot het EHRM te wenden met een klacht over schending van een van de artikelen van het EVRM. Voorwaarden voor het in behandeling nemen van de klacht zijn dat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, overeenkomstig de algemeen erkende regels van internationaal recht, en dat de klacht binnen een termijn van zes maanden na de datum van de

definitieve nationale beslissing is ingediend. Met betrekking tot de eis van uitputting van alle nationale rechtsmiddelen geldt het volgende. Indien een recht van een minderjarig kind uit het EVRM wordt geschonden, en zijn wettelijk vertegenwoordiger weigert te procederen, dan staat de minderjarige alleen de weg van artikel 1:250 BW (bijzondere curator) open. Weigert de rechter een bijzondere curator te benoemen, dan kan de minderjarige rechtstreeks een klacht indienen bij het EHRM. Deze klacht kan uitmonden in een bindende uitspraak van het EHRM. Het IVRK biedt geen individueel klachtrecht voor de minderjarige.

Ten aanzien van de hiervoor besproken materiële rechtspositie van minderjarige kinderen bij (echt)scheiding, omgang en gezag ben ik van mening dat deze positie in het algemeen aansluit bij de bepalingen uit het IVRK en het EVRM. Met de Wet zorgvuldige scheiding is beoogd de positie van het kind te verbeteren. Dit uit zich onder meer in het expliciteren van de ouderlijke verantwoordelijkheid en de wens het kind een stem te geven bij het opstellen van het verplichte ouderschapsplan bij scheiding. Bij dit alles dient het belang van het kind voorop te staan. Hoe in de praktijk invulling wordt gegeven aan het betrekken van het kind bij het opstellen van het ouderschapsplan moet echter nog blijken. Niet duidelijk is hoe de rechter deze betrokkenheid dient te toetsen. Ook roept de verplichte koppeling tussen het ouderschapsplan en het verzoekschrift tot echtscheiding in de praktijk de nodige vragen op. Weliswaar heeft de wetgever een ontsnappingsclausule gecreëerd voor die gevallen, waarin het niet mogelijk blijkt een ouderschapsplan in te dienen, maar de invulling daarvan wordt aan de rechtspraak overgelaten. Een duidelijke verslechtering ten aanzien van de situatie zoals die bestond voor de Wet zorgvuldige scheiding, is naar mijn mening het feit dat, wanneer verzoeker niet aantoonbaar dat hij in redelijkheid geen ouderschapsplan kan overleggen, de rechter niet mag kennisnemen van en geen beslissing mag nemen over het echtscheidingsverzoek en eventuele verzochte nevenvoorzieningen die geen verband met het kind houden. Het kind kan zich daardoor geconfronteerd zien met voortdurende ruzies tussen de ouders. De doelstelling van de Wet zorgvuldige scheiding, het verminderen van de gezags- en omgangsproblematiek, ondersteun ik volledig. Of echter de daartoe aangeboden juridische oplossingen, te weten het verplichte ouderschapsplan en de explicitering van de ouderlijke verantwoordelijkheid, in alle gevallen deze doelstelling kunnen vervullen, valt naar mijn mening te betwijfelen. Een goede verstandhouding tussen het kind en beide ouders na scheiding staat of valt met de onderlinge relatie tussen de ouders. Waar de ouders niet in staat zijn om in goed overleg tot afspraken te komen, zal ook een verplicht ouderschapsplan geen uitkomst kunnen bieden. Een dergelijke verplichting legt te veel de nadruk op het bereiken van overeenstemming en niet op de wijze waarop afspraken worden gemaakt. Hoezeer ook de beoogde preventieve werking van het ouderschapsplan (het verminderen van conflicten na scheiding) valt toe te juichen, naar mijn mening dient dit niet ten koste te gaan van het stimuleren van echtscheidingsbemiddeling, het verbeteren van de omgangsbegeleiding en het uitbreiden van het aantal omgangshuizen. Deze laatste bieden de niet verzorgende ouder en het kind een neutrale plaats waar zij elkaar kunnen ontmoeten. Immers, aan dergelijke voorzieningen zal ook na het verplichte ouderschapsplan behoefte blijven bestaan om de omgangsproblematiek te lijf te gaan.

Aangaande de processuele rechtspositie van het minderjarige kind bij kwesties rond (echt)scheiding, omgang en gezag ben ik van mening dat deze voor verbetering vatbaar is. Het toekennen van een zelfstandige rechtsingang voor minderjarigen komt mijns inziens meer tegemoet aan hetgeen is neergelegd in artikel 12 IVRK. Weliswaar kent ons recht de informele rechtsingang, maar deze is aan beperkingen onderhevig. Zoals hiervoor aan de orde is gesteld, is de rechter niet verplicht te beslissen en komt aan de minderjarige geen zelfstandig recht op hoger beroep toe, maar is hij hiervoor afhankelijk van zijn wettelijk vertegenwoordiger. Daarnaast stelt het IVRK geen leeftijdsgrens voor het horen van kinderen. Dit in tegenstelling tot ons recht, waarbij het horen van kinderen jonger dan twaalf jaar niet verplicht is. Daarenboven bestaan er grote verschillen tussen de diverse rechtbanken omtrent de wijze waarop aan deze hoorplicht invulling wordt gegeven. Tot de invoering van een zelfstandige rechtsingang voor minderjarigen dient de hoop te worden gevestigd op de vertegenwoordiging van de minderjarige door een bijzondere curator. Nu de Wet zorgvuldige scheiding een ambtshalve benoeming van een bijzondere curator door de rechter mogelijk heeft gemaakt, kan deze in de toekomst wellicht een grotere rol spelen dan voorheen het geval was.

LITERATUURLIJST

Ackermans-Wijn & Brands Bottema 2009

J.C.E. Ackermans-Wijn & G.W. Brands-Bottema, 'De invoering van het ouderschapsplan: goed bedoeld, maar slecht geregeld', *Trema* 2009-2, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2009.

Akkermans, Bax & Verhey 1999

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Alston 1994

P. Alston, *The best interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford: Clarendon Press 1994.

Antokolskaia & Coenraad 2006

M.V. Antokolskaia & L.M. Coenraad, *Afspraken met betrekking tot kinderen bij scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders. Een rechtsvergelijkend onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie* (Vrije Universiteit Amsterdam), september 2006.

Asser & De Boer 2006

C. Asser & J. de Boer, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht; Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Baan 2002

E. Baan, *Gezinshereniging naar het VN-Kinderverdrag: een recht voor het kind en geen gunst* (scriptie Universiteit van Leiden), 2002.

Boele-Woelki e.a. 2009

K. Boele-Woelki e.a., *Actuele ontwikkelingen in het familierecht. Derde UCERF symposium*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

De Boorder & Heida 2007

M.R. de Boorder & A. Heida, 'Enkele ontwikkelingen in het gezagsrecht', *EB* 2007-78.

Van den Brink 2006

M. van den Brink, *Moeders in de Mainstream: een genderanalyse van het werk van het VN-Kinderrechtencomité*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Broekhuijsen-Molenaar 2004

A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, 'Titel 14 Het gezag over minderjarige kinderen', in: J.H. Nieuwenhuis e.a., *Personen- en familierecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2004.

Bruning & Ruitenberg 2005

M. Bruning & G. Ruitenberg, *Rechten van het kind in (inter)nationaal perspectief*, Amsterdam: Uitgeverij SWP B.V. 2005.

Chin-A-Fat 2006

B.E.S. Chin-A-Fat, 'Het ouderschapsplan als wondermiddel? De rol van mediation in het nieuwe echtscheidingsrecht', in: M.V. Antokolskaia, *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap*, Amsterdam: Uitgeverij SWP 2006, pp. 100-114.

Detrick 1992

S. Detrick, *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the 'Travaux préparatoires'*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff 1992.

Detrick 1999

S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag: Kluwer Law International 1999.

Doek 2004

J.E. Doek, *Rechten van kinderen: some Concluding Observations and Recommendations*, Amsterdam: VU Boekhandel/Uitgeverij Amsterdam 2004.

Freeman 2007

M. Freeman, *The Best Interests of the Child*, London: Martinus Nijhoff Publishers 2007.

De Graaf, Mak & Van Wijk 2008

J.H. de Graaf, C. Mak & F.K. van Wijk, *Rechten van het kind en ouderlijke verantwoordelijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

Hodgkin & Newell 2002

R. Hodgkin & P. Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, New York: Unicef Nations Children's Fund 2002.

Kalverboer & Zijlstra 2006

M. Kalverboer & E. Zijlstra, *Het belang van het kind in het Nederlands recht. Voorwaarden voor ontwikkeling vanuit een pedagogisch perspectief*, Amsterdam: Uitgeverij SWP 2006.

Kloosterboer & Punselie 1995

K. Kloosterboer & L. Punselie, 'Rechtsingang voor minderjarigen; kinderen eindelijk serieus genomen?', *FJR* 1995-9, pp. 194-198.

Kilkelly 2001

U. Kilkelly, 'The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in het Light of the UN Convention on the Rights of the Child', *Human Rights Quarterly* (23) 2001, p. 309-311.

Koens 2004

M.J.C. Koens, 'Titel 17 Levensonderhoud, Afdeling 2. Voorziening in de kosten van verzorging en opvoeding van minderjarige kinderen en stiefkinderen, Inleidende opmerkingen', in: J.H. Nieuwenhuis e.a., *Personen- en familierecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2004.

Koens & Van Wamelen 2001

M.J.C. Koens & C.G.M. van Wamelen, *Kind en scheiding*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2001.

Kurkisuonio 2000

K. Kurkisuonio, 'Joint custody as an interpretation of the best interests of the child in critical and comparative perspective', *International Journal of Law, Policy and the Family* 2000, p. 183-205.

Lemmens 2005

P. Lemmens, *Uitdagingen door en voor het E.V.R.M.*, Mechelen: Kluwer 2005.

Liefbroer & Dykstra 2000

A.C. Liefbroer & P.A. Dykstra, *Levenslopen in veranderingen. Een studie naar ontwikkelingen in de levenslopen van Nederlanders geboren tussen 1900 en 1970*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000.

Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005

S. Meuwese, M. Blaak & M. Kaandorp, *Handboek Internationaal Jeugdrecht. Een toelichting voor rechtspraak en jeugdbeleid op het Verdrag inzake de Rechten van het Kind en andere internationale regelgeving over de rechtspositie van minderjarigen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.

Nuytinck 2009

A.J.M. Nuytinck, 'Biologisch vader of verwekker?', *Ars Aequi* 2009/09, pp. 561-565.

Ruitenbergh 2003

G.C.A.M. Ruitenbergh, *Het Internationaal Kinderrechtenverdrag in de Nederlandse rechtspraak*, Amsterdam: SWP 2003.

Ruiter 1990

J. de Ruiter, 'Drie treden in het familierecht', *RM Themis*, 1990-5, pp. 194-209.

Schonewille 2009

F. Schonewille, *Notaris en scheiding*, Apeldoorn: Maklu-Uitgevers 2009.

Steketee, Overgaag & Lünemann 2003

M.J. Steketee, A.M. Overgaag & K.D. Lünemann, *Minderjarigen als procespartij? Een onderzoek naar de bijzondere curator en een formele rechtsingang voor minderjarigen*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 2003.

Triest 2004

A.R. van Triest, 'Het kinderverhoor in het ressort Den Bosch onder de loep', *FJR* 2004, pp. 16-26.

Wortmann 2006

S.F.M. Wortmann, 'Administratief scheiden en 'ouderschapsconflicten'', *WPNR* 6656 (2006), pp. 156-162.

Wortman & Van Duijvendijk-Brand 2009

S.F.M. Wortmann & J. van Duijvendijk-Brand, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Zonnenberg 2005

L.J.M. Zonnenberg, 'Ouderschapsplan en zorgregeling', *EB* 2005-3, pp. 18 e.v.