

## DE STEM VAN HET KIND IN HET OUDERSCHAPSPLAN

---

RON FEUNEKES

*Verslag van het symposium dat op 3 september 2009 gehouden is bij de HAN*

### Inleiding

De opleiding HBO-Rechten van de HAN biedt per september 2009 aan haar studenten de mogelijkheid om het vak Jeugdrecht te volgen en in dat vak af te studeren. Het jeugdrecht is een onderwerp dat vooral de laatste jaren enorm in de belangstelling staat en waarover in de rechtswetenschappelijke literatuur en daarbuiten reeds het nodige is gepubliceerd. Het jeugdrecht is veelomvattend en heeft haar wortels in vrijwel alle rechtsgebieden. Bij de bestudering van het jeugdrecht is al snel duidelijk dat het belang van een kind een overheersende rol dient te spelen, zonder overigens aan dit belang absolute voorrang te geven. Het duidelijkst wordt dit verwoord in artikel 3 van het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK, Staatsblad 1994, 170) dat luidt:

*'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 (...).

3 (...).'

Als 'openingscollege' is op 3 september 2009 een symposium gehouden waarin het ouderschapsplan (Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding van 27 november 2008, Staatsblad 500) en dan met name de positie van de minderjarige daarin, centraal stond. In deze bijdrage worden de op het symposium gehouden voordrachten verkort weergegeven. Daartussen geef ik enige kernpunten met betrekking tot het ouderschapsplan weer.

### Waarom een ouderschapsplan?

*Samenvatting van de voordracht van mevr. M.L. de Pater, lid van de Tweede Kamer voor het CDA en nauw betrokken bij het wetsvoorstel*

Uit onderzoeken blijkt dat ongeveer 35% van de ouders die scheiden de problemen rondom de kinderen niet kunnen oplossen. Daarbij gaat het om vragen als waar de kinderen hun hoofdverblijfplaats zullen hebben en hoe de verdeling van zorg- en opvoedingstaken (in de volksmond nog altijd 'de omgangsregeling' genoemd) moet worden geregeld. Te

vaak wordt daarbij vergeten dat bij de scheiding tussen ouders het juist de kinderen zijn die daar het meeste last van hebben. Bij een zoektocht in het Burgerlijk Wetboek naar hun positie bij een echtscheiding worden zij, hoewel zij toch de belangrijkste partij zijn, nergens genoemd. Het IVRK zegt hierover wel iets in artikel 5:

*‘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.’*

Om tegemoet te komen aan de positie van kinderen bij een echtscheiding is gezocht naar een oplossing in het Burgerlijk Wetboek. Het ouderschapsplan is daar de uitwerking van. Overigens is aan meer mogelijkheden gedacht, zoals de invoering van een verplichte ‘derde’ partij bij een scheiding die de positie van de kinderen moest bewaken. Dit idee moet nog verder bestudeerd worden. De sinds 1 maart 2009 in werking getreden regeling geldt helaas niet voor alle kinderen die betrokken zijn bij een echtscheiding. Het gaat ten eerste om de gezamenlijke kinderen van de ouders. Dit wil zeggen dat degenen die uit elkaar gaan allebei de juridische ouder zijn van het kind. Het maakt hierbij niet uit of zij gezamenlijk het gezag uitoefenen of slechts één van de twee ouders dit doet. Ten tweede gaat het om kinderen over wie zij gezamenlijk het gezag uitoefenen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij samengestelde gezinnen waarbij de ouder en zijn of haar nieuwe partner gezamenlijk het gezag hebben verkregen over het kind uit een eerdere relatie. Dit kan ook voorkomen in een relatie van twee vrouwen waarbinnen een kind wordt geboren en de niet-ouder (‘mee-moeder’ of ‘duo-moeder’) weliswaar het gezag heeft over het kind maar niet tevens de juridische ouder is. Een ouderschapsplan gaat over minderjarige kinderen. Voor minderjarige kinderen die bijna meerderjarig zijn geldt de verplichting wel maar kan het ouderschapsplan beperkter zijn. Voor kinderen die wel deel uitmaken van het gezin maar waarvoor het bovenstaande niet geldt, is het dus wettelijk niet verplicht een ouderschapsplan op te stellen. Uiteraard mag dit wel.

Laat ik eindigen met te zeggen dat een ouderschapsplan niet alle problemen gaat oplossen. We hebben het bij een echtscheiding immers over persoonlijke problemen die samenvallen met zakelijke problemen. Het is bijzonder lastig om deze problemen uit elkaar te houden, zeker op het moment dat de echtscheidingsstrijd hoog is. Dat gegeven maakt dat wetgeving binnen het personen- en familierecht, en dan met name het echtscheidingsrecht, lastig is. Misschien moeten we het veeleer zoeken bij de geboorte van een kind. De ouders zouden dan moeten zeggen: *‘wij accepteren het ouderschap’*. Bij een echtscheiding blijft die gezamenlijke aanvaarding van het ouderschap het uitgangspunt van de verantwoordelijkheid om gezamenlijk te blijven zorgen voor het kind.

## Enige kernpunten met betrekking tot het ouderschapsplan

### **Gezamenlijk gezag**

Bij echtscheiding, beëindiging van geregistreerd partnerschap of scheiding van tafel en bed zijn ouders sinds 1 maart 2009 verplicht afspraken vast te leggen over hun kinderen in een ouderschapsplan. Deze verplichting geldt ook voor samenwonende ouders die gezamenlijk gezag over hun kinderen uitoefenen. Uitgangspunt van de regeling is dat beide ouders na de scheiding gezamenlijk verantwoordelijk blijven voor de kinderen. Het ouderschapsplan maakt onderdeel uit van het verzoek tot echtscheiding. In dat plan maken de ouders in ieder geval afspraken over drie belangrijke onderwerpen: de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken, kinderalimentatie en informatie-uitwisseling over belangrijke zaken met betrekking tot de persoon en het vermogen van hun kinderen. In de Memorie van Toelichting (MvT) bij dit wetsvoorstel (Kamerstukken II 2004-2005, 30 145, nr. 3) staat dat het voor de ontwikkeling van een kind belangrijk is dat het, ook na scheiding van zijn ouders, contact heeft met beide ouders en dat de ouders zich gezamenlijk verantwoordelijk blijven voelen voor zijn verzorging, opvoeding en ontwikkeling. Te vaak nog staan de scheidende partners, die wel de vermogensrechtelijke gevolgen van hun scheiding regelen, onvoldoende stil bij de afspraken die ook op langere termijn voor hun kinderen gemaakt moeten worden. Goede afspraken bij de scheiding kunnen voorkomen dat er later onnodige conflicten ontstaan. Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat voortgezet ouderschap bij scheiding de norm is en dat beide ouders, ook na scheiding, verantwoordelijk zijn voor de verzorging, opvoeding en ontwikkeling van hun kinderen. Deze verantwoordelijkheid komt tot uitdrukking in de uitoefening van het gezamenlijk gezag.

### **Het belang van een kind om gehoord te worden**

Art. 12 IVRK bepaalt dat een kind vrijelijk zelfstandig in de gelegenheid moet worden gesteld om te worden gehoord in iedere procedure die het kind betreft. Dit kan rechtstreeks of door een vertegenwoordiger.

De meest algemene vraag die naar aanleiding van artikel 12 IVRK gesteld kan worden is of in wetgeving en rechtspraak op een adequate wijze invulling is gegeven aan de hierboven weergegeven opdracht. Als we deze vraag beperken tot het opstellen van een ouderschapsplan luidt de vraag in hoeverre de kinderen betrokken moeten worden bij het opstellen van een ouderschapsplan. De wetgever heeft daartoe aan art. 815 Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) een vierde lid toegevoegd dat luidt:

*‘4. 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. Tevens vermeldt het verzoekschrift op welke wijze de kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan.’*

De wet bepaalt aldus dat het ouderschapsplan vermeldt op welke wijze de kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het plan. In hoeverre dit mogelijk is, is afhankelijk van de leeftijd en de ontwikkeling van het kind. Het is dus mogelijk dat in het verzoekschrift staat dat de kinderen niet zijn betrokken gezien hun jonge leeftijd. Een ondergrens met betrekking tot de leeftijd van het kind wordt echter niet gesteld. Vergelijk bv. rechtbank Maastricht, 29 juli 2009, LJN: BJ 5265.

*‘Het verzoekschrift, noch het ouderschapsplan geeft weer op welke wijze de kinderen bij het opstellen van de in artikel 815 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering genoemde regelingen zijn betrokken. De rechtbank is van oordeel dat uit het kinderverhoor ter zitting van 9 juni 2009 voldoende is gebleken dat de minderjarige kinderen [B.] en [C.], die de leeftijd van twaalf jaren hebben bereikt, betrokken zijn bij het opstellen van de in het ouderschapsplan vervatte regelingen. Dit geldt echter niet voor het minderjarige kind [Q.], dat de leeftijd van twaalf jaren nog niet heeft bereikt. (...) Daarmee is niet voldaan aan artikel 815 leden 3 en 4 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De rechtbank zal gezien het voorgaande de beslissing op het verzoek aanhouden, teneinde de man en de vrouw in de gelegenheid te stellen aan te geven op welke wijze het minderjarige kind [Q.] betrokken is bij het opstellen van het ouderschapsplan.’*

### **De bijzonder curator**

De bijzonder curator is een persoon die een minderjarige in een bepaalde kwestie betreffende de verzorging en opvoeding of zijn vermogen vertegenwoordigt, als ware hij de wettelijke vertegenwoordiger. Vgl. art. 1:212 en 250 Burgerlijk Wetboek (BW). Deze persoon kan door de kantonrechter worden benoemd op verzoek van een belanghebbende, maar ook ambtshalve. Van de bijzonder curator kan verwacht worden dat hij eerst als bemiddelaar in het probleem tussen de ouder(s) of voogd(en) en de minderjarige zal optreden. Het aanspannen van een rechtszaak dient slechts als uiterste redmiddel te fungeren. Het kan natuurlijk ook zo zijn dat de bijzonder curator de minderjarige vertegenwoordigt in een conflict met een derde waarin de gezagsdrager(s) niet wilde(n) optreden. De taak van de bijzonder curator eindigt op het moment dat het conflict in der minne is geschikt of, in het geval een rechtszaak onvermijdelijk is gebleken, door een definitieve uitspraak is beslecht. In het wetsvoorstel wordt voorgesteld om de benoeming van een bijzondere curator te vergemakkelijken om zo de positie van het kind in de echtscheidingsprocedure van zijn ouders te verbeteren. De Memorie van Toelichting vermeldt dat de bijzondere curator onder meer het kind kan ondersteunen bij het voeren van gesprekken met zijn ouders over het ouderschapsplan, uiteraard in overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid. Een rechter kan gelijktijdig met een verwijzing van de ouders naar een mediator, een bijzondere curator benoemen. De vraag kan gesteld worden of het gewenst is dat in problematisch verlopende echtscheidingen een bijzondere curator wordt benoemd om de minderjarige bij te staan omdat dan nog een persoon aan de (problematische) discussie wordt toegevoegd.

### **Kinderverhoor bij de rechtbank**

Een heet hangijzer was de discussie die gevoerd werd over enerzijds de algemeen geldende processuele eisen van hoor en wederhoor en anderzijds de bescherming van de minderjarige ten aanzien van vertrouwelijke mededelingen bij het kinderverhoor. Deze discussie heeft een eind gekregen met de vernieuwing van artikel 6 van het procesreglement gezag/omgang/verblijfplaats/informatie- en consultatierecht (versie september 2009), dat geldt voor de rechtbanken. Dit artikel luidt nu als volgt:

*‘6.1 In zaken, waarin minderjarigen van 12 jaar en ouder zijn betrokken, worden deze door de rechtbank in de gelegenheid gesteld hun mening mondeling of schriftelijk kenbaar te maken.*

*Dit wordt ook gedaan*

- indien partijen het eens zijn;*
- indien reeds een schriftelijke verklaring van de betreffende minderjarige is overgelegd.*

*6.2 Genoemde minderjarigen worden in beginsel afzonderlijk gehoord. Van dit verhoor wordt geen proces-verbaal opgemaakt.*

*6.3 De rechter kan besluiten om minderjarigen jonger dan 12 jaar te horen.*

*6.4 Tijdens de mondelinge behandeling geeft de rechter kort en zakelijk weer wat de minderjarigen mondeling dan wel schriftelijk hebben verklaard.*

*6.5 Aan de belanghebbenden wordt geen kopie verstrekt van de brieven van de minderjarigen.’*

Een geheimhouding van hetgeen de minderjarige ten overstaan van de rechter heeft verklaard is (dus) niet meer aan de orde.

### **Indien het ouderschapsplan ontbreekt?**

In de MvT wordt daarover gezegd dat indien het niet lukt om binnen een redelijke termijn een ouderschapsplan op te stellen dat door beide ouders is ondertekend, de ouders op andere wijze aan de wettelijke eis van het ouderschapsplan kunnen voldoen (zie artikel 815, vijfde en zesde lid Rv (nieuw)) 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. Dit zal meestal gepaard gaan met het verzoek om bepaalde voorzieningen te treffen (bijvoorbeeld vaststelling van een verdeling van de zorg- en opvoedingstaken of kinderalimentatie) ten aanzien waarvan de substantiëringsplicht van toepassing is (zie artikel 815, derde lid, Rv (nieuw)). De andere ouder zal zich vervolgens refereren aan het verzoekschrift of zal verweer voeren en daarbij aangeven hoe hij of zij vindt dat de ouderlijke verantwoordelijkheid na de scheiding moet worden ingevuld. De rechter zal moeten beoordelen of de stukken voldoende zijn en in het bijzonder moeten bepalen of het ouderschapsplan (of het stuk dat ter vervanging van het ouderschapsplan wordt aangeboden) voldoet aan de vereisten. Wanneer bij

indiening van het verzoekschrift het ouderschapsplan ontbreekt, zal de rechtbank dit bij de ontvangstbevestiging aangegeven. Ook kan de rechter besluiten tot een behandeling ter terechtzitting of kan hij betrokkenen verwijzen naar een bemiddelaar wanneer hij de situatie kansrijk acht, om te bevorderen dat alsnog een ouderschapsplan tot stand komt.

## **Justicialisering van de gezinsrelatie: de kinderrechter als derde ouder**

*Samenvatting van de op het symposium gehouden voordracht van mevr. mr. G. Brands-Bottema, vicepresident en kinderrechter in de rechtbank Arnhem*

De ontwikkeling van de invulling van het juridische ouderschap is veelzeggend voor de toenemende aandacht van de overheid voor de gezinssituatie. Bij de invoering van de Kinderwetten van minister Cort van der Linden in 1901 is voor het eerst opgenomen dat ouders gedurende hun huwelijk de ouderlijke macht over hun minderjarige kinderen bezitten. Opmerkelijk is dat in het wetsvoorstel eerst wordt voorgesteld het begrip ‘vaderlijke macht’ te vervangen door ‘ouderlijk gezag’. *‘De macht die de ouders uitoefenen is hun gegeven, in het belang van ouders en kinderen beiden, ja in dat der gehele maatschappij. Deze macht is, gelijk iedere publieke functie tegelijk recht en verplichting. Ons woord gezag, drukt deze verhouding bij uitnemendheid uit.’* In de parlementaire discussie werd echter de uitdrukking ‘ouderlijke macht’ bepleit omdat dit beter tot uitdrukking zou brengen dat de macht van de ouders een soevereine macht is, een zelfstandigheid tegenover andere ‘kringen’. Abraham Kuyper maakt mijns inziens een treffend onderscheid tussen de beide begrippen: het woord ‘gezag’ geeft uitdrukking aan de volheid van rechten en bevoegdheden van een ouder en met de term ‘macht’ wordt meer het accent gelegd op de middelen waardoor het gezag wordt gehandhaafd. De vader oefende echter de ouderlijke macht alleen uit. Helemaal inhoudsloos is de bepaling voor de moeder niet, omdat zij bij belangrijke beslissingen zoals de woonplaats en de beroepsopleiding van het kind de mogelijkheid krijgt om een beslissing van de kantonrechter te vragen. Ook wordt haar toestemming voor een huwelijk van het kind verplicht gesteld.

Pas in 1947 is opgenomen dat de ouders gezamenlijk de ouderlijke macht uitoefenen. Maar wat als zij het niet eens kunnen worden? De vader bleef degene die dan vervolgens zijn visie als doorslaggevend kon laten gelden. De confessionele partijen wilden voorkomen dat de rechter zich in een gezinssituatie zou moeten mengen, wanneer geen sprake is van ernstige mistoestanden. In het kader van het opheffen van ongelijkheden tussen man en vrouw in het familierecht verdwijnt de doorslaggevende stem van de vader in 1984. Tegelijk doet de rechter haar intrede. Elk van de ouders kan een geschil over de uitoefening van de ouderlijke macht aan de kinderrechter voorleggen. Hoe te beslissen? Niet zoals in het handelsrecht: toewijzen of afwijzen. Allereerst dient de kinderrechter een ‘vergelijk te beproeven’ tussen de ouders. De kinderrechter als mediator. Maar lukt dit

niet, dan wordt de functie van beslisser uitgeoefend en kan de kinderrechter ‘een zodanige beslissing nemen als hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt’. Welke aanknopingspunten geeft de wet dan om tot een dergelijke beslissing te komen?

### ***Invulling van juridisch ouderschap: normen***

Nog niet zolang geleden waren de enige inhoudelijke artikelen: 1: 245 lid 2 en 1: 404 lid 1 BW (oud). Daarin werd bepaald dat ouders verplicht zijn hun minderjarige kinderen te verzorgen en op te voeden en naar draagkracht in de kosten daarvan te voorzien. Ik laat maar even buiten beschouwing de waarschijnlijk geheel vergeten bepaling van artikel 1: 245 lid 1 BW (oud) waarin werd aangegeven dat een kind, van welke leeftijd ook, eerbied en ontzag aan zijn ouders verschuldigd is.

Wanneer uit nationaal en internationaal onderzoek steeds meer bekend wordt over de effecten van ruziemakende ouders op de ontwikkeling van kinderen heeft de wetgever maatregelen genomen. In de op 1 maart 2009 inwerking getreden Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding, worden allerlei bepalingen gegeven om ouders te dwingen meer aandacht te besteden aan de positie van hun kinderen. Daartoe wordt onder andere aan artikel 1: 247 BW een derde lid toegevoegd:

*‘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.’*

De norm is nu duidelijk en niet vrijblijvend. Aan een ouder mag door de rechter gevraagd worden wat hij/zij doet om de band met de andere ouder te bevorderen. Een ander punt is dan vervolgens wat gedaan kan worden als een ouder hierop geen bevredigend antwoord geeft en in gedrag laat zien dat deze bepaling met voeten wordt getreden.

### ***Het ouderschapsplan: aan te bevelen voor alle ouders***

De wetgever heeft nog meer maatregelen genomen om de band tussen ouder-kind te beschermen. Deze band is kwetsbaar als sprake is van het feitelijk uiteengaan van de ouders. Eigenlijk gaat de energie al op aan het afwikkelen van praktische zaken zoals huisvesting, financiën en niet in de laatste plaats de emoties rond het verwerken van een mislukte relatie. Om de kinderen weer centraal te stellen heeft de wetgever in deze situatie het ouderschapsplan geïntroduceerd. De verplichting van dit ouderschapsplan geldt voor ouders die gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor kinderen en die hun juridische relatie verbreken dan wel feitelijk uit elkaar gaan. Dus niet voor iedere ouder, maar voor ouders die – kort gezegd – niet meer onder één dak de zorg en opvoeding voor hun kinderen organiseren.

Een verzoekschrift tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed, ontbinding van het geregistreerd partnerschap hoort vergezeld te gaan van een ouderschapsplan. Tenminste 3 onderwerpen dienen door de ouders geregeld te zijn in dit plan: de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken; de wijze waarop de ouders elkaar informatie verschaffen en met

elkaar overleggen; de financiële regeling van de kosten van de verzorging en opvoeding. De regeling van deze 3 onderwerpen kunnen op een half A4, maar uiteraard kan het ook heel gedetailleerd worden ingevuld door de ouders. De praktijk varieert van 1 tot 20 pagina's.

Marilona Rigters, een studente HBO-Rechten bij de HAN, heeft bij de rechtbank Arnhem een onderzoek verricht over de periode van 1 maart tot eind mei 2009 over de wijze waarop ouders wel/niet hebben voldaan aan de nieuwe wettelijke verplichting en de beoordelingsruimte van de rechter. In haar eindconclusie geeft zij de beperkte rol van de rechter aan. *'De rechter zal veelal marginaal toetsen. De rechter kan alleen aangeven wat niet kan, maar niet hoe het wel zou moeten. Ouders zijn in beginsel vrij om afspraken te maken die zij in het belang van hun kinderen achten.'*

### **Het ouderschapsplan: een juridisch middel in de strijd**

Buiten kijf staat dat het ouderschapsplan ouders dwingt na te denken over de invulling van hun rol als ouder nadat zij als partners uit elkaar zijn gegaan. Heel veel ouders lukt dit prima en zij zijn in staat om gezamenlijk afspraken te maken en deze ook met hun kinderen te communiceren. Voor advocaten, mediators en rechters is de norm een aanknopingspunt om ouders aan te spreken op hun verantwoordelijkheid. De praktijk is echter dat bij de eenzijdige verzoeken tot echtscheiding het lastiger ligt. Deze ouders zijn vaak niet in staat om op dat moment te kunnen praten over hun ouderrol en de rol van de andere ouder in het leven van hun kind. De verzoekende ouder zal dan moeten motiveren waarom het niet gelukt is om met de andere ouder een ouderschapsplan te maken. Uit het onderzoek van Rigters blijkt dat legitieme redenen worden aangevoerd: een ouder is bijvoorbeeld al maanden geleden vertrokken met onbekende bestemming naar het buitenland. Een ouder is gevlucht vanwege huiselijk geweld en psychische mishandeling. Als er onvoldoende redenen of niet-overtuigende gronden worden aangevoerd dan biedt de nieuwe wet de optie voor de rechter om de ouders door te verwijzen naar de mediator. Moeilijk wordt het als nakoming wordt gevraagd van bepalingen uit een ouderschapsplan die eerder een intentieverklaring zijn. Behelst dit verzoek tot nakoming een onderwerp dat zich leent voor toewijzing? Hoe kan dit geëxecuteerd worden? Een ander voorbeeld: wat als ouders zijn overeengekomen dat het 10-jarige kind wordt behandeld door de huisarts van de moeder en de vader neemt het kind toch mee naar zijn eigen huisarts voor een niet-spoedeisende behandeling? Kun je als ouders een taakverdeling afspreken die ten opzichte van derden en ook voor de toekomst bindend is? De vele vragen geven een indicatie dat het zaak is de 'bijwerkingen' van het verplichte ouderschapsplan goed in de gaten te houden. Misschien over een tijdje nog eens een mooi afstudeeronderwerp voor een student van deze Hogeschool. (Inmiddels zijn deze vragen onderwerp van een onderzoek welke wordt uitgevoerd aan de rechtbank Zutphen door A. Krijnen, studente HBO-Rechten, RF.)



## Gelijkwaardig ouderschap en de ideale echtscheiding

*Samenvatting van de voordracht van mevr. mr. E. van Blokland, advocate bij Advokatencollectief Oost te Amsterdam*

### **De uitgangspunten van het wetsvoorstel**

Een belangrijk uitgangspunt van de Wet voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding is dat ouderschap doorloopt na echtscheiding. Deze opvatting lag ook al ten grondslag aan de invoering van het gezamenlijk gezag in 1998 en heeft ook in de praktijk ruimschoots gestalte gekregen. In 95% van de echtscheidingen loopt het gezamenlijk gezag door na de echtscheiding. De onderhavige wet gaat nog een grote stap verder. Er is niet alleen sprake van het doorlopen van ouderschap maar de nadruk is komen te liggen op ‘gezamenlijk’ ouderschap. In de tekst van de wet heet het: ‘recht op ‘gelijkwaardige’ verzorging en opvoeding door beide ouders’. Ouders blijven de kinderen samen opvoeden ook al zijn de kinderen in 14 dagen, 12 dagen bij de een en 2 dagen bij de ander. Ouders moeten het samen doen, direct vanaf het moment van aankondiging van scheiding. Dit is nu juist zo verschrikkelijk moeilijk voor veel ouders en roept vraagtekens op in hoeverre dit dwingende concept juist conflicten zal toevoegen in plaats van verminderen.

Een ander uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat conflicten tussen ouders over kinderen gedejuridiseerd moeten worden. Ouders zijn uit hoofde van hun ouderschap immers primair zelf verantwoordelijk voor de relatie met hun kind. Duidelijk is dat ernstige conflicten tussen ouders bij echtscheiding kinderen schaden. Ter voorkoming van ernstige problemen wordt nu een ouderschapsplan geëist. Dit ouderschapsplan moet al tot stand komen voor de indiening van het verzoekschrift echtscheiding, dus in de meest emotionele fase van de echtscheiding.

Een van de twee echtelieden heeft besloten tot een scheiding, en wendt zich tot een advocaat en wil scheiden en wil dat – zoals zo vaak – ook snel, althans wil dat er snel voorzieningen worden getroffen, woont al vaak ergens anders of de situatie in huis is zeer gespannen, etc. Volgens de nieuwe wet, moet er nu eerst een ouderschapsplan worden vastgesteld door de ouders, waarin de kinderen ook nog hun stem hebben gehad. Het is de bedoeling dat een en ander ook vrij detaillistisch geregeld dient te worden. Of dit tot een afname van de procedures zal leiden, is maar zeer de vraag.

### **Welke problemen zijn er te verwachten?**

De wet lijkt geheel geschreven voor echtscheidingen die middels mediation tot stand komen. Dat is echter nog steeds een kleine minderheid en lang niet alle mediationstrajecten zijn succesvol. De wet is daarmee eigenlijk gemaakt, althans lijkt alleen geschikt te zijn voor de ‘witte bovenlaag’ van de echtscheidingen. De echtscheidingen die door middel van mediation tot stand komen zijn niet de gemiddelde doorsnee echtscheiding. Zeer weinig

laag opgeleide en bijvoorbeeld nauwelijks allochtonen kiezen voor mediation. Vaak is het ook financieel niet haalbaar. Er zijn niet veel advocaten/mediators die bemiddelingen doen op basis van een toevoeging.

Het wetsvoorstel lijkt ook gericht op situaties waarin één advocaat voor beide partijen gezamenlijk optreedt en niet perse als mediator. Als de zaak door één advocaat wordt ingediend dan dient er van meet af aan volledige overeenstemming tussen de ouders te bestaan. De echtscheidingspraktijk vertoont nu al veel problemen op dit punt. Het komt geregeld voor dat er op gezamenlijk verzoek om echtscheiding wordt verzocht maar er eigenlijk opgetreden wordt ten voordele van een partij en ten nadele van de andere partij. Bij echtscheidingen op gezamenlijk verzoek (zonder mediation) worden de verschillende belangen veelal verdoezeld en worden zaken niet geregeld die wel geregeld moeten worden. Wanneer mag de advocaat nu voor beide partijen optreden als er geen sprake is van mediation? Door de onderhavige wet wordt deze handelwijze steeds diffuser. Zeker als de advocaat ook nog de belangen van de kinderen wordt geacht te behartigen, maar daarover later meer.

Mediation geeft door zijn aanpak garanties dat verschillende belangen aan bod komen. Natuurlijk hangt een en ander af van de uitvoering en naleving door de mediator maar er is een duidelijk kader waarin wordt geopereerd. De advocaat niet-zijnde bemiddelaar die optreedt voor beide partijen ontbeert een duidelijk kader. Meestal wendt een van de echtelieden zich tot een advocaat. Tijdens dat gesprek wordt besproken of de andere echtgenoot zich niet wil voegen, want het zou zoveel sneller gaan, zoveel goedkoper zijn en zoveel minder conflicten opleveren. Ook in geval dat er sprake is geweest van huiselijk geweld vindt een dergelijke aanpak regelmatig plaats. Soms blijkt pas achteraf dat er wel heel grof is gehandeld. Het moeilijke is dat er geen andere advocaat dan wel rechter is die hier enige controle op kan uitoefenen. Alleen de partijen zelf. Daarmee is het evenwicht uit het systeem.

### ***Moment van opstellen van ouderschapsplan***

Een ander probleem is dat het moment waarop het ouderschapsplan tot stand moet komen helemaal in het begin van de procedure is geplaatst. De emoties zijn dan het hoogst opgelopen en de verschillen in visie tussen de ‘verlater’ en ‘verlatene’ zijn het grootst. Het forceren van communicatie tussen ouders over de opvoeding op het moment van scheiding biedt geen oplossingen voor situaties waarin er al conflicten zijn. Deze geforceerde communicatie kan dan wellicht juist tot het toenemen van spanningen leiden, wat niet bevorderlijk is voor het welzijn van kinderen. Maar in sommige situaties is het juist beter om afspraken pas vast te leggen in een minder emotionele periode, dus pas enige tijd na de scheiding. Houd er rekening mee dat de periode rond de scheiding een turbulente is en eigenlijk de slechtste tijd om constructief zaken te doen.

### ***Niet-ontvankelijkheid***

Indien een ouderschapsplan niet bij het echtscheidingsverzoek zit, kan een niet-ontvankelijkheid van het verzoek worden uitgesproken. Deze sanctie kan reden zijn voor een niet-coöperatieve wederpartij om in het geheel niet mee te werken aan een ouderschapsplan. Hoe dan toch een procedure op gang krijgen? In de MvT wordt op diverse plekken benadrukt dat ieder bevoegd blijft een verzoekschrift echtscheiding in te dienen, als maar wordt aangegeven hoe de in te dienen partij de invulling van het ouderschapsplan ziet en tevens is aangegeven waarom een gezamenlijk ouderschapsplan niet tot stand is gekomen. Op de vraag wat als redelijke termijn geldt voor het trachten overstemming te bereiken voor een ouderschapsplan, wordt de beslissing daartoe overgelaten aan de rechter en zal dus in elk geval verschillend zijn. Nogal wat rechtsonzekerheid dus.

### ***Het ouderschapsplan zelf***

Het doel van het vastleggen van details is om conflicten te voorkomen. Het is echter de vraag of dit een reële aanname is. Het valt te verwachten dat het verplicht vastleggen van details van het dagelijks leven van de kinderen zal leiden tot een reeks nieuwe conflicten. In convenanten worden de regelingen over kinderen steeds uitgebreider en gedetailleerder geregeld. Er lijkt uitgegaan te worden van de premisse dat des te preciezer de afspraken gemaakt worden des te minder conflicten er in de toekomst zullen ontstaan.

Het ouderschapsplan lijkt eerder juridiserend dan dejuridiserend te werken, nu iedere wijziging of ‘overtreding’ van de vastgelegde regels in potentie aan de rechter kan worden voorgelegd en er binnen zes weken met de behandeling van het verzoek tot echtscheiding begonnen dient te zijn. Ook bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is dit punt aan de orde geweest. Als antwoord daarop werd gegeven dat de geschillenregeling van artikel 1:253a BW nu ook al bestaat, waarmee gesuggereerd wordt: dus geen toename. En verder: *‘Wellicht zullen de moeilijke, escalerende scheidingsgeschillen, die nu reeds een zwaar en vaak een meervoudig beroep op de rechter doen, door de verplichting tot het opstellen van een ouderschapsplan extra conflictstof opleveren, waardoor de rechtspraak extra zal worden belast. Op voorhand is dit in ieder geval niet uit te sluiten.’*

### ***Huiselijk geweld***

Bij de behandeling van het wetsvoorstel is nauwelijks ingegaan op de problematiek van huiselijk geweld en dat bevreemdt. Het wordt her en der even iets aangestipt maar dan als grote uitzondering behandeld. Het opstellen van een ouderschapsplan in huiselijkgeweldzaken is extra gecompliceerd. De machtsongelijkheid tussen partijen lokt nog meer dan in ‘gewone’ zaken uit dat het ouderschapsplan wordt ingezet om de andere partij onder druk te zetten, te chanteren of om überhaupt de echtscheiding (zo lang mogelijk) onmogelijk te maken. Het ouderschapsplan is in de wet geformuleerd als een processuele eis bij een verzoek tot scheiding. Het wordt de toegangsdeur tot de echtscheidingsprocedure. Lukt het niet een ouderschapsplan te overleggen dan moet een ouder gemotiveerd aangeven waar-

om geen ouderschapsplan gezamenlijk is op te maken en kan hij/zij vervolgens eenzijdig aangeven hoe hij of zij vindt dat het voortgezet ouderschap moet worden vormgegeven tussen de scheidende partners. En wat zijn dan de vereisten van de wet op straffe van niet-ontvankelijkheid, als moeder aangeeft, geen omgang, geen communicatie en geen overleg te willen? Met redenen omkleed. Niet-ontvankelijkheid?

In de kamerstukken wordt als volgt gesproken: *‘(...) dat hierbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan situaties van huiselijk geweld waarin het slachtoffer na lange tijd besloten heeft om een echtscheiding te vragen. Een eenzijdig verzoek waarin een regeling is opgenomen zoals deze door de verzoeker als wenselijk wordt gezien, zal in die gevallen volstaan, ook als er slechts korte tijd is verstreken.’*

Gedeeld ouderschap is in huiselijkgeweldzaken buitengewoon ingewikkeld en in sommige gevallen ronduit onwenselijk in verband met de veiligheid van de kinderen en/of de mishandelde partij. Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is door de PvdA de vraag naar voren gebracht of de vrees van de Webgroep Bezorgde Moeders, dat *‘(...) de nieuwe wet wellicht door de nadruk op gezamenlijk ouderschap toch de belangen van kinderen kan schaden.’* Het antwoord is dan dat er voor de rechter in individuele gevallen op grond van o.a. artikel 1:377a BW voldoende ontzeggingsgronden voor de omgang zijn.

Mijns inziens is het noodzakelijk apart beleid te maken of een aparte aanpak te hebben voor de situaties waarbij er sprake is van huiselijk geweld. Immers, slachtoffers van geweld zijn erg geneigd om ter vermijding van verdere conflicten en geweld toe te geven. Snel ontbreekt dan de gelijkwaardigheid van partijen.

### **Tot slot**

Gezien het voorgaande is het aan de praktijk (advocaten, rechters, hulpverleners) om aan dit wetsvoorstel te redden wat er te redden valt, door met veel gezond verstand en een forse dosis pragmatisme met de voornamelijk door goede bedoelingen ingegeven nieuwe eisen om te gaan. Het zou goed zijn om na twee jaar een evaluatie te laten plaatsvinden om alle knelpunten te signaleren en mogelijkheden tot verbetering te bewerkstelligen. Ook zou er nagedacht moeten worden over het opstellen van richtlijnen voor de advocatuur over hoe om te gaan met huiselijk geweld bij scheiding, mediation en ouderschapsplannen.

## Regie en conflictodiagnose

*Samenvatting van de voordracht van mw. mr. M. Pel, tot 1 april 2010 vicepresident van het Gerechtshof Arnhem en voorzitter van het Landelijk Bureau Mediation naast Rechtspraak*

Een conflict is een bepaalde spanning die kan ontstaan als opvattingen, doelen, waarden en belangen van twee mensen elkaar uitsluiten. Een conflict is niet te beschouwen als een vaststaand feit, maar is veel meer een proces waarlangs gedragingen lopen. Vaak leiden deze gedragingen ertoe dat de oorspronkelijke aanleiding naar de achtergrond verdwijnt. Partijen doen 'elkaar van alles aan' en zijn niet meer in staat om de regie in het conflict te nemen. Dat doet zich bij echtscheidingen veelvuldig voor, waardoor vooral de positie van kinderen hierin ondergesneeuwd dreigt te raken.

In een echtscheidingszaak dienen zowel partijen, als de rechter en de advocaat een onderscheid te maken tussen een conflict en een geschil. In het conflict staat de relatie tussen partijen centraal, terwijl in het geschil de behandeling van de rechtsvragen aan de orde komt. Bijvoorbeeld: hoeveel alimentatie moet er betaald worden en waar wonen de kinderen. De advocaat en de rechter dienen buiten het conflict te blijven en zich professioneel te bemoeien met het geschil. Na een diagnose van het conflict kan ruimte ontstaan om het geschil aan te pakken, immers partijen kunnen weer naar elkaars argumenten luisteren. De kern van het conflict wordt gevormd door de verbreking van een relatie. Dat betekent ook dat tot voor kort aanwezige patronen worden doorbroken. Zo zal de wederzijdse afhankelijkheid zoals die gold binnen de relatie minder op de voorgrond komen en worden vervangen door een afhankelijkheid die vastzit aan alimentatie. Ook taakverdelingen die vanzelfsprekend waren, zijn dat na een scheiding niet meer. Als dit conflict op een juiste wijze gekanaliseerd kan worden, kan de tijd aanbreken voor het bekijken en eventuele oplossen van de geschillen.

### **Het scheidingsproces**

Dit proces bestaat uit 3 fasen:

- 1 Het menselijk proces van scheiden
- 2 Het zakelijk proces van scheiden
- 3 Het juridisch proces van scheiden

#### *Ad.1*

Aan de feitelijke scheiding gaat een proces vooraf. Dit proces loopt van een duurzame ontwrichting tot een scheidingsmelding en de aanvaarding of strijd daarvan door de andere partner. Als een huwelijk duurzaam ontwricht is in de visie van een der partners, is het van belang dat aan de ander duidelijk wordt gemaakt wat de motieven voor een scheiding zijn.

Als dit achterwege blijft of onjuist wordt ingevuld, kan dat voor de ander een traumatische ervaring opleveren. Dit scheidt in de regel veel boosheid waardoor je niet toekomt aan het oplossen van geschillen.

*Ad. 2*

In het kader van het zakelijke proces is het noodzakelijk dat een volledige inventarisatie wordt gemaakt van alle te behandelen onderwerpen. Deze inventarisatie dient plaats te vinden aan de hand van objectieve criteria waarbij een realistisch toekomstbeeld dient te worden gebruikt. Voorkomen dient te worden dat partijen uit schuldgevoel verplichtingen op zich nemen die in werkelijkheid niet kunnen nagekomen.

*Ad. 3*

Uiteindelijk dient de echtscheiding zijn beslag te krijgen in een convenant en ouderschapsplan.

Bovenstaand samenvattend komen we tot de volgende lijn:

A Menselijk proces ten einde?

    Zo nee: actie ondernemen om dit proces af te ronden

    Zo ja: overgaan naar het zakelijk proces

B Zakelijk proces ten einde?

    Zo nee: actie tot afronding hiervan

    Zo ja: juridische bezegeling

Als ouders er gezamenlijk uitkomen en convenant en ouderschapsplan geregeld hebben, kan zulks door de rechter worden meegenomen in de echtscheidingsbeschikking. Zijn ouders er (nog) niet uitgekomen, dan kan op de zitting getracht worden tot een schikking te komen. Lukt dit, dan kan dit alsnog worden meegenomen in de beschikking. Als een schikking (nog) niet tot de mogelijkheden behoort, is een verwijzing naar de mediator mogelijk. Partijen dienen onder begeleiding van een mediator te proberen om hun onderlinge communicatie te verbeteren en zo te komen tot een oplossing van hun geschil(len). Als er langlopende moeilijkheden zijn met de communicatie tussen beide partijen over vooral zaken die de kinderen kunnen schaden, kan de rechter een deskundige aanstellen om een ouderschapsonderzoek uit te voeren. Deze deskundige kan bijvoorbeeld een psycholoog zijn om de achterliggende moeilijkheden bij het vaststellen van een omgangsregeling voor beide partijen op een rij te krijgen en hier duidelijkheid over te scheppen. Beide partijen kunnen aangeven welke vragen zij door de deskundige behandeld willen zien worden. De rechter stelt vervolgens een definitieve lijst met vragen vast. De uitkomst van het onderzoek is bindend.

### **Strijd tussen de partners en opstellen van het ouderschapsplan**

De fragmentatie tussen de partners kan zich op verschillende momenten gedurende de echtscheidingsstrijd voordoen. De conflictkwesaties betreffen in de regel:

- Conflicten over schaarse middelen
- Taakconflicten
- Visie of waardeconflicten
- Identiteitsconflicten / relationele conflicten
- Verdelen van zorg / inhoud van zorg / gezag en onderhoud.

Als ik kijk naar het ouderschapsplan zoals dat geldt sinds 1 maart 2009 stel ik vast dat het plan escalerend kan werken. Van ouders wordt namelijk verwacht dat zij een ouderschapsplan opstellen op het moment dat zij nog in het menselijk proces van scheiden zitten. Juist daar waar escalatie een hoogtepunt bereikt, wordt een oplossing gevraagd. Anders gezegd: terwijl partijen nog in een conflict zitten wordt een oplossing gevraagd voor een geschil. Dat werkt niet en lijkt ook niet juist. Beter lijkt om partijen eerst te begeleiden om uit het conflict te komen. Het moment waarop een ouderschapsplan moet worden gemaakt is niet juist gekozen. Ten aanzien van de betrokkenheid van kinderen op de totstandkoming van het plan lijkt het vaak te komen tot een invuloefening.

### **Enkele gestelde vragen naar aanleiding van de gehouden voordrachten**

*Mr. J. de Haan, advocaat bij De Haan CS advocaten te Grave*

‘Moeten we het probleem met betrekking tot de positie van de kinderen bij een echtscheiding niet in de basis oplossen, bijvoorbeeld door bij het huwelijk een regeling te treffen ter zake van de zorg- en opvoedingstaken en die vast te laten leggen bij een notaris?’

*Mr. G. Brands*

‘De vraag is steeds wat nu eigenlijk het echte probleem is, zeker omdat van tevoren niet valt in te zien waarom partijen uit elkaar gaan. Die redenen en de gevolgen daarvan kun je niet vastleggen. Daarnaast blijkt toch vaak dat partijen nooit geleerd hebben hoe ze een probleem moeten oplossen.’

*Mr. E. van Blokland*

‘Het is natuurlijk niet zo dat hetgeen je van tevoren regelt ook goed gaat op het moment dat er een scheiding moet worden geregeld. Iedere scheiding is anders en heeft zijn eigen dynamiek.’

*Mr. M. Pel*

‘Misschien is de oplossing nog eenvoudiger. We zouden kunnen vastleggen dat iedereen die ouder wil worden, eerst een kinddiploma moet halen.’

*Mr. A. van de Hewvel, docent aan de opleiding HBO-Rechten (HAN)*

‘Het komt mij voor dat de wetgever iets heeft willen regelen wat niet te regelen valt. Er spelen te veel factoren mee die eenvoudigweg niet in de greep te krijgen zijn. Het ouderschapsplan is zeker niet de oplossing voor de problemen die spelen bij een echtscheiding. Ik durf rustig te stellen dat het een slecht idee van de wetgever is. Er moeten te veel randvoorwaarden geregeld worden als we kinderen voldoende willen beschermen. Daarnaast zien we in de praktijk dat juist boedelverdelingen uitgevochten worden over de rug van de kinderen. Misschien moet de wetgever zich ook wel bezig houden met het verdelen van boedels.’

*Mw. De Pater*

‘Uit hetgeen naar voren wordt gebracht maak ik op dat getwijfeld wordt of de volksvertegenwoordiging wel goed op de hoogte is van hetgeen speelt bij een echtscheiding. Uit de Handelingen van de Tweede Kamer valt op te maken dat de volksvertegenwoordigers wel degelijk weten waarover het gaat en op de hoogte zijn van allerlei problemen bij een scheiding. Ook zijn er informatierondes gehouden waarin met vertegenwoordigers van de ‘werkvloer’ gesproken is. De invulling van het ouderschapsplan is mede afhankelijk van de positie die de ouders innemen en de leeftijd van de kinderen. Laten we ook niet vergeten dat advocaten ook goede begeleiding moeten geven.’

*Mr. J. Moors, vice-president rechtbank Amsterdam en dagvoorzitter van het symposium*

‘Hoe moet nu eigenlijk het belang van een kind worden meegewogen bij de invulling van het ouderschapsplan?’

*Mw. De Pater*

‘Hier ligt een taak voor de bijzonder curator die een meer prominente plek gekregen heeft en voor de belangen van de kinderen moet waken.’

*Mr. G. Brands*

‘Ik zie niet zoveel in de extra toevoeging van de bijzonder curator. Het probleem ligt toch niet bij de kinderen? We moeten iets toevoegen aan de ouders die niet tot overeenstemming komen.’

*Mr. M. Pel*

‘Ik heb een beetje angst voor het toevoegen van een bijzonder curator. Er zijn straks zoveel mensen die actief zijn rond een scheiding dat de kans op meer conflicten alleen maar groter wordt en er helemaal niets meer wordt opgelost.’



## Conclusie

Uit de gehouden voordrachten kan worden afgeleid dat het ouderschapsplan niet algemeen positief is ontvangen. Met name het tijdstip waarop het plan moet worden gemaakt wordt als lastig ervaren. Partijen verkeren na een scheidingsmelding in staat van opwinding / ontzetting en juist in die periode wordt van hen verlangd een ouderschapsplan op te stellen. Ook de sanctie van de niet-ontvankelijkheid van het echtscheidingsverzoek als een ouderschapsplan ontbreekt, wordt als belastend ervaren. Het ontbreken van afdwingbaarheid van gemaakte afspraken in een ouderschapsplan is op dit moment onderwerp van een onderzoek. Daarnaast zullen onderzoeken worden gestart naar de invloed van mediation op de totstandkoming van het ouderschapsplan en de gevolgen van de eventuele niet-ontvankelijkheidsverklaring van het verzoek tot echtscheiding door de rechtbank bij het ontbreken van een ouderschapsplan.

## Literatuur

Feunekes, R & P.J.M. van Exel (2010) *Jengdrecht*. Den Haag: Boom.

Groenhuijsen, L.A. (2006) *Ouderschapsplan*. Amsterdam: SWP.

Mourik, M.J.A & A.J.M. Nuytinck (2009) *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*. Deventer: Kluwer.

Vermeulen, P. (2008) *Een ouderschapsplan maken*. Wilkerdon.

[www.justitie.nl/onderwerpen/familie\\_en\\_gezin/scheiding\\_alimentatie/ouderschapsplan](http://www.justitie.nl/onderwerpen/familie_en_gezin/scheiding_alimentatie/ouderschapsplan)

[www.nibud.nl/omgaan-met-geld/scheiden/ouderschapsplan.html](http://www.nibud.nl/omgaan-met-geld/scheiden/ouderschapsplan.html)