

Scriptie

Voortgezet ouderschap in Aruba en in Nederland

Een rechtsvergelijkend onderzoek tussen Aruba en Nederland op het gebied van voortgezet ouderschap na scheiding.



Naam Auteur	: Imke van Lierop
Afstudeerorganisatie	: Miriam Malmberg Advocatenkantoor
Plaats	: Aruba, Oranjestad
Datum verschijning	: mei 2012

Scriptie

Voortgezet ouderschap in Aruba en in Nederland

Een rechtsvergelijkend onderzoek tussen Aruba en Nederland op het gebied van voortgezet ouderschap na scheiding.

Naam	: Imke van Lierop
Studentnummer	: 2020247
Klas	: U-R4
Opleiding	: HBO – Rechten
Onderwijsinstelling	: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Locatie opleiding	: 's-Hertogenbosch
Titel scriptie	: voortgezet ouderschap in Aruba en in Nederland
Subtitel scriptie	: een rechtsvergelijkend onderzoek tussen Aruba en Nederland op het gebied van voortgezet ouderschap
Afstudeerorganisatie	: Miriam Malmberg Advocatenkantoor
Afstudeer mentor	: mevrouw mr. M.M. Malmberg
Afstudeerdocenten	: 1. Mevrouw mr. E. van Meer 2. De heer mr. M. Bindraban
Afstudeerperiode	: 6 februari 2012 – 11 mei 2012
Plaats	: Aruba, Oranjestad
Datum verschijning	: 29 mei 2012

Voorwoord

Deze scriptie heb ik geschreven in het kader van het vierde studiejaar en tevens het afstudeerjaar van de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te 's-Hertogenbosch.

In deze scriptie staat een rechtsvergelijkend onderzoek tussen Aruba en Nederland op het gebied van voortgezet ouderschap centraal.

Ik wil graag een aantal mensen bedanken. Ik wil mevrouw mr. M.M. Malmberg bedanken voor de begeleiding die zij heeft geboden gedurende het schrijven van mijn scriptie. Daarnaast wil ik mevrouw J. Pablo bedanken voor de fijne samenwerking. Verder wil ik mevrouw mr. L.M. Coenraad en mevrouw mr. M. van der Lans bedanken voor het beantwoorden van mijn vragen. Daarnaast wil ik graag de heer mr. J.C. Lang bedanken voor het doorlezen van mijn scriptie en de feedback die hij heeft gegeven. Tenslotte wil ik mevrouw mr. E. van Meer bedanken voor de begeleiding bij de ontwikkeling van mijn scriptie en de heer mr. M. Bindraban voor de informatie die hij mij heeft verschaft over Aruba voor mijn vertrek.

Ik wens u veel leesplezier!

Imke van Lierop

Aruba, mei 2012

Inhoudsopgave

Samenvatting

Lijst met afkortingen

1. Inleiding	Blz. 1
1.1 Afstudeerorganisatie	Blz. 1
1.2 Onderwerp/probleembeschrijving	Blz. 1
1.3 Doelstelling	Blz. 2
1.4 Vraagstelling	Blz. 2
1.5 Methode van onderzoek	Blz. 2
1.6 Opbouw van het rapport	Blz. 2
 2. Het Koninkrijk der Nederlanden	Blz. 4
2.1 Geschiedenis	Blz. 4
2.2 Wetgeving	Blz. 5
2.2.1 Het Statuut en het concordantiebeginsel	Blz. 5
2.2.2 Arubaanse wetgeving	Blz. 5
2.2.3 Boek 1 BW en Burgerlijke Rechtsvordering	Blz. 6
 3. Voortgezet ouderschap in Nederland na scheiding	Blz. 7
3.1 Wetgeving met betrekking tot echtscheiding en beëindiging geregistreerd partnerschap	Blz. 7
3.2 Het ouderschapsplan	Blz. 7
3.2.1 Totstandkoming van het ouderschapsplan	Blz. 7
3.2.2 Waarom het ouderschapsplan?	Blz. 8
3.2.2.1 Het EVRM en het IVRK	Blz. 9
3.2.3 Wetgeving met betrekking tot het ouderschapsplan	Blz. 9
3.3 Ouderlijk gezag en omgang	Blz.10
3.3.1 Ouderlijk gezag	Blz.10
3.3.2 Wijziging van artikel 1:247 BW en toevoeging van artikel 1:247a BW	Blz.11
3.3.3 Hoofregel; gezamenlijk gezag na scheiding ex artikel 1:251 lid 2 BW	Blz.11
3.3.4 Uitzondering op de hoofregel ex artikel 1:251a BW	Blz.12
3.3.5 Informele rechtsingang voor de minderjarige	Blz.13
3.3.6 Gezamenlijk gezag van ongehuwden ex artikel 1:252 BW	Blz.13
3.3.7 Belang van het gezamenlijk gezag	Blz.14
3.3.8 Geschillenregeling ex artikel 1:253a BW	Blz.14
3.3.9 Omgang en informatie	Blz.15
 4. Voortgezet ouderschap in Aruba na scheiding	Blz.18
4.1 Wetgeving met betrekking tot echtscheiding	Blz.18
4.2 Voortgezet ouderschap na scheiding	Blz.18
4.3 Ouderlijk gezag en omgang	Blz.18
4.3.1 Ouderlijk gezag	Blz.18
4.3.2 Beginsel gezamenlijk na scheiding	Blz.19
4.3.3 Gezamenlijk gezag na ontbinding huwelijk ex artikel 1:251 lid 2 BW	Blz.19
4.3.4 Gezamenlijk gezag van ongehuwden ex artikel 1:252 lid 1 BW	Blz.20
4.3.5 Belang van het gezamenlijk gezag	Blz.20
4.3.6 Geschillenregeling ex artikel 1:253a BW	Blz.21
4.3.7 Omgang en informatie	Blz.22
 5. Verschillen en overeenkomsten	Blz.24
5.1 Verschillen en overeenkomsten met betrekking tot echtscheiding	Blz.24
5.2 Ouderlijk gezag	Blz.24
5.2.1 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:247 BW en 1:247a BW	Blz.24
5.2.2 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:251 BW en 1:251a BW	Blz.24
5.2.3 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:252 BW	Blz.25
5.2.4 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:253a BW	Blz.25
5.3 Omgang	Blz.26
5.3.1 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:377a BW	Blz.26

5.3.2 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:377e BW en 1:377f BW	Blz.26
5.3.3 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:377b BW en 1:377c BW	Blz.26
5.3.4 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:377g BW en 1:377h BW	Blz.27
6. Problemen in Nederland omtrent het voortgezet ouderschap	Blz.28
6.1 Kritiek op het ouderschapsplan	Blz.28
6.1.1 Toegang tot de rechter formele relaties	Blz.28
6.1.2 Toegang tot de rechter informele relaties	Blz.30
6.1.3 Vertraging in de procedure	Blz.30
6.1.4 Toegevoegde waarde van het ouderschapsplan	Blz.31
6.2 Kritiek en praktijk	Blz.32
7. Problemen in Aruba omtrent het voortgezet ouderschap	Blz.33
7.1 Geen ouderschapsplan	Blz.33
7.2 Overbelasting van het gerecht	Blz.33
8. Noodzakelijk dat de wet in Aruba wordt aangepast?	Blz.34
8.1 Het concordantiebeginsel	Blz.34
8.2 Voor- en nadelen van het ouderschapsplan	Blz.34
8.3 Wet in Aruba conform de Nederlandse wet wel of niet aanpassen?	Blz.35
8.4 Andere oplossingen?	Blz.35
9. Conclusies en aanbevelingen	Blz.37

Literatuurlijst

- Bijlage 1 : overzicht van het aantal gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding.
- Bijlage 2 : beschikking van 15 augustus 2011. Gerecht in eerste aanleg van Aruba, EJ nr. 431.
- Bijlage 3 : beschikking van 6 juli 2011. Gerecht in eerste aanleg van Aruba, EJ nr. 2178.

De bijlagen zijn te vinden achter de aparte omslag.

Samenvatting

Het is voor de ontwikkeling van een kind belangrijk dat hij, ook na scheiding van zijn ouders contact heeft met beide ouders en dat de ouders zich gezamenlijk verantwoordelijk blijven voelen voor de verzorging, opvoeding en ontwikkeling van het kind.¹ Het voortgezet ouderschap is hierop gericht.

De vraagstelling die centraal staat in dit onderzoek luidt als volgt: Is het noodzakelijk dat de Arubaanse wetgeving conform de Nederlandse wetgeving op het gebied van voortgezet ouderschap wordt aangepast?

In 2009 is in Nederland 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' ingevoerd. Sinds deze wet is het voor ouders met minderjarigen verplicht een ouderschapsplan in te dienen bij hun echtscheidingsverzoek. Het ouderschapsplan geldt voor zowel eenzijdige als gezamenlijke verzoeken en voor formele- en informele relaties. De bedoeling van het ouderschapsplan is dat ouders nadenken over de gevolgen van hun scheidingen en hier afspraken over maken.² Aruba kent geen wettelijke verplichting tot het opstellen van een ouderschapsplan. Zaken die in Nederland in het ouderschapsplan worden geregeld, worden in Aruba bij het gerecht geregeld. De werkdruk bij het gerecht in Aruba is zeer hoog door de toenemende scheidingen. Beschikkingen worden uitgesteld, waardoor zowel de ouders als de minderjarige lang in onzekerheid zitten. Indien ouders een slechte verstandshouding hebben bestaat de kans dat er conflicten en spanningen ontstaan, met alle nadelige gevolgen van dien voor de minderjarige.

Op het ouderschapsplan is kritiek geleverd. Het eerste kritiekpunt heeft betrekking op het ontvankelijkheidsvereiste. Indien geen ouderschapsplan wordt opgesteld, kunnen de ouders niet ontvankelijk worden verklaard. Hierdoor is de toegang tot de rechter (artikel 6 EVRM) niet altijd vrij. Daarnaast kan het ontvankelijkheidsvereiste vertraging met zich mee brengen in de procedure. Indien er geen ouderschapsplan is overgelegd, kan de rechter de ouders bijvoorbeeld doorverwijzen naar een mediator. De beslissing tot echtscheiding wordt dan aangehouden. Ook werd er kritiek geleverd op de toegevoegde waarde van het ouderschapsplan. Voor de ouders die uit eigen beweging afspraken maken en het beste voor hun kind willen, zou het ouderschapsplan geen toegevoegde waarde hebben. Onwillende ouders zouden door het verplichte ouderschapsplan niet gestimuleerd worden om nu wel over de gevolgen van hun scheiding na te denken. Daarnaast bestaat de kans dat het verplichte ouderschapsplan meer spanningen en conflicten met zich mee brengt³.

Gelet op de nadelen (ontvankelijkheidsvereiste, vertraging en toegevoegde waarde) van het ouderschapsplan is het naar mijn mening niet noodzakelijk dat de Arubaanse wetgeving op het gebied van voortgezet ouderschap wordt aangepast conform de Nederlandse wetgeving. Het is naar mijn mening echter wel noodzakelijk dat er nader onderzoek wordt verricht of er een andere oplossing is, die de problematiek rondom scheidingen waarbij minderjarigen zijn betrokken kan verminderen. In andere landen worden verschillende instrumenten gebruikt om de problematiek te verminderen. In Noorwegen is bijvoorbeeld één mediationssessie verplicht voor ouders die gaan scheiden met minderjarigen. In Noorwegen en de Verenigde Staten wordt ook gewerkt met preventie. Door middel van educatie wil men voorkomen dat er conflicten ontstaan tijdens een scheiding en de ouders bewust maken van het belang van samenwerken na een scheiding.⁴ Of deze oplossingen passend zijn voor Aruba, en misschien ook voor Nederland, moet blijken uit nader onderzoek. Dit onderzoek zal niet juridisch van aard zijn, maar van sociale aard.

¹ Kamerstukken II 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 1.

² Zie voetnoot 1.

³ Handelingen I 2008/09, 8, p. 3.

⁴ <www.nji.nl> 'ouderschapsplan alleen volstaat niet', geraadpleegd op 20 april 2012.

Lijst met afkortingen

BW	= Burgerlijk Wetboek
EVRM	= Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
EHRM	= Europees Hof voor de Rechten van de Mens
IVRK	= Internationaal Verdrag Inzake de Rechten van het Kind
Rv	= Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Statuut	= Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden
VVD	= Volkspartij voor Vrijheid en Democratie

1. Inleiding

In dit hoofdstuk komt een korte beschrijving van de afstudeerorganisatie aan bod. Daarnaast wordt het probleem beschreven. Verder komen de vraagstelling en doelstelling aan bod. Tot slot wordt de methodiek beschreven en wordt de opbouw van het rapport aangegeven.

1.1 Afstudeerorganisatie

Advocatenkantoor Miriam Malmberg is een klein kantoor gelegen in Aruba. Op het kantoor is één advocate werkzaam, mevr. mr. M.M. Malmberg en één secretaresse. Het kantoor is gespecialiseerd in verschillende rechtsgebieden, waaronder het personen- en familierecht, arbeidsrecht en huurrecht. Het kantoor is opgericht in oktober 2010. Advocate Miriam Malmberg is zestien jaar actief als advocate en ze is zeer ervaren op het gebied van personen- en familierecht.

1.2 Onderwerp/probleembeschrijving

In deze scriptie staat het voortgezet ouderschap na scheiding centraal. Het betreft een rechtsvergelijkend onderzoek tussen Aruba en Nederland omtrent het voortgezet ouderschap. Het is voor de ontwikkeling van een kind belangrijk dat hij, ook na scheiding van zijn ouders contact heeft met beide ouders en dat de ouders zich gezamenlijk verantwoordelijk blijven voelen voor de verzorging, opvoeding en ontwikkeling van het kind.⁵ Het voortgezet ouderschap is hierop gericht. Kinderen zijn kwetsbaar. Als zij bij een scheiding betrokken zijn kan dit voor hen een zeer nare ervaring zijn. Kinderen die de scheiding van hun ouders meemaken lopen een verhoogd risico op emotionele schade. De schade van de scheiding kan groot en fundamenteel zijn en een leven lang meegaan. De ouders zijn degenen die door hun inspanningen en gedragingen voor een groot deel in handen hebben hoe groot of klein de schade voor het kind zal zijn.⁶ Het is daarom belangrijk dat de ouders goed nadenken over de gevolgen van de scheiding en hier afspraken over maken.

Op grond van artikel 9 IVRK heeft ieder kind recht op gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders, ook na scheiding. In artikel 8 EVRM is het recht op 'family life' opgenomen. Op grond van artikel 9 IVRK jo artikel 8 EVRM hebben staten een positieve verplichting om te zorgen dat het kind contact heeft met beide ouders.⁷ Sinds 1 maart 2009 geldt in Nederland 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding'. Op grond van deze wet is het voor ouders met minderjarigen verplicht om een ouderschapsplan bij hun verzoekschrift tot echtscheiding in te dienen. Het ouderschapsplan geldt zowel voor eenzijdige als gemeenschappelijke verzoekschriften. Het ouderschapsplan is verplicht voor zowel de beëindiging van een formele relatie als de beëindiging van een informele relatie. Het ouderschapsplan moet voor de scheiding worden opgesteld. Het is de bedoeling dat ouders op deze manier nadenken over de gevolgen van de scheiding voor hun kinderen en hier afspraken over maken.

Aruba kent geen verplicht ouderschapsplan. Geschillen omtrent de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken worden voorgelegd aan het gerecht. Het aantal scheidingen neemt toe op het eiland.⁸ Dit brengt het probleem met zich mee dat het gerecht overbelast raakt en diens gevolg beschikkingen worden uitgesteld. Er ontstaan slepende juridische procedures. Zowel de ouders als de minderjarigen weten niet waar ze aan toe zijn. Indien de verstandhouding slecht is tussen de ouders, bestaat de kans dat er conflicten en spanningen ontstaan.

⁵ Kamerstukken I 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 1.

⁶ A. Groenhuijsen, *Ouderschapsplan, de vele gezichten van het belang van het kind*, Amsterdam: SWO 2009, p. 11.

⁷ Kamerstukken II 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 9.

⁸ <www.cbs.aw> marriages – divorces, geraadpleegd op 19 maart 2012.

In een aantal gevallen leggen ouders afspraken vast in het echtscheidingsconvenant omtrent de kinderen. Dit kan worden gezien als een soort van ouderschapsplan. Het verschil met Nederland is echter dat het geen wettelijke verplichting is. Uit de praktijk blijkt dat een groot gedeelte van de ouders geen afspraken vastleggen in het echtscheidingsconvenant omtrent de kinderen.

1.3 Doelstelling

Het doel is om op 29 mei 2012 een onderzoeksrapport op te leveren voor de wetgevende macht in Aruba, waarbij de verschillen en overeenkomsten tussen het Nederlandse en het Arubaanse echtscheidingsrecht op het gebied van voortgezet ouderschap worden aangegeven, voor gehuwde stellen, geregistreerde partners en samenwonenden. Tevens zal aangegeven worden wat de problemen zijn in Aruba en in Nederland gelet op de huidige wetgeving en praktijk en of het noodzakelijk is dat de Arubaanse wetgeving op het gebied van voortgezet ouderschap wordt aangepast en zo ja, in hoeverre en op welke manier.

1.4 Vraagstelling

Is het noodzakelijk dat de Arubaanse wetgeving conform de Nederlandse wetgeving op het gebied van voortgezet ouderschap wordt aangepast?

1.5 Methode van onderzoek

Het onderzoek is verricht door middel van een literatuuronderzoek en een praktijkonderzoek. Het ouderschapsplan bestaat nu ruim drie jaar. Hierdoor is nog niet alle informatie beschikbaar, in het bijzonder over de effectiviteit van het ouderschapsplan in Nederland. Op dit moment lopen er nog verschillende onderzoeken over het ouderschapsplan. De gegevens die wel beschikbaar zijn, zijn door middel van deskresearch verkregen. Om de praktijk in Aruba in kaart te brengen, zijn er verschillende zittingen bijgewoond bij het gerecht in Aruba. Het stagebedrijf heeft veel zaken op het gebied van echtscheidingen en zaken die hiermee gepaard gaan. Een aantal van deze dossiers zijn gebruikt om de praktijk in beeld te brengen. De praktijk in Nederland is onderzocht door verschillende documenten te bestuderen over het voortgezet ouderschap. Verder is er contact gezocht met mevrouw mr. van der Lans en mevrouw. mr. Coenraad (beide verbonden aan de universiteit van Maastricht), zij hebben verschillende artikelen geschreven over het ouderschapsplan. Jurisprudentie is een belangrijke bron van informatie in dit onderzoek. Er is dan ook gebruikt gemaakt van verschillende uitspraken van rechterlijke instanties. De middelen die gebruikt zijn, zijn gecontroleerd op de betrouwbaarheid. De betrouwbaarheid is gecontroleerd door na te gaan wat de oorsprong is van de bronnen en door ze te verifiëren aan de hand van andere bronnen. Het onderzoek geeft valide waarnemingen. De informatie die gegeven wordt in de hoofdstukken geeft een antwoord op de centrale vraagstelling.

1.6 Opbouw van het rapport

Ter achtergrond informatie wordt in hoofdstuk twee de hoofdlijnen van het Koninkrijk der Nederlanden uiteen gezet. Vervolgens worden de deelvragen per hoofdstuk uitgewerkt. Er is gekozen om eerst het voortgezet ouderschap in Nederland uiteen te zetten, gevolgd door het voortgezet ouderschap in Aruba. Gezag en omgang zijn belangrijke onderwerpen bij de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken na scheiding. Daarom is ervoor gekozen om deze twee onderwerpen uit te werken bij de bespreking van het voortgezet ouderschap. Nadat het voortgezet ouderschap van beide landen is uiteen gezet, worden in hoofdstuk vijf de overeenkomsten en verschillen genoemd met de nodige verklaringen. Praktijk speelt een

belangrijke rol in het onderzoek, daarom worden de problemen die zich in de praktijk voordoen voor zowel Nederland als Aruba uiteen gezet. Per land zal dit in een apart hoofdstuk besproken worden. Vervolgens wordt in hoofdstuk acht uiteen gezet of het wel of niet noodzakelijk is dat de Arubaanse wetgeving op het gebied van voortgezet ouderschap wordt aangepast. Tot slot zal in hoofdstuk negen de conclusies uit voorgaande hoofdstukken beknopt weergegeven worden. In hoofdstuk negen zal tevens een aanbeveling worden gegeven.

2. Het Koninkrijk der Nederlanden

Het onderzoek betreft een rechtsvergelijkend onderzoek tussen Aruba en Nederland. Ter voorbereiding op de juridisch inhoudelijke hoofdstukken, wordt er in dit hoofdstuk ingegaan op het Koninkrijk der Nederlanden. Eerst komt de geschiedenis aan bod. Vervolgens wordt er ingegaan op de wetgeving binnen het Koninkrijk. Hierbij zal onder andere het Statuut aan bod komen en het concordantiebeginsel.

2.1 Geschiedenis

Aruba ligt in het Caribische gebied tussen Noord-Amerika en Zuid-Amerika. De eerste bewoners van Aruba waren indianen. In 1499 kwamen de eerste Europeanen in Aruba. Tijdens het hoogtepunt van de 80-jarige oorlog tussen Nederland en Spanje, hebben de Nederlanders Aruba veroverd. Bij de komst van de Nederlanders verlieten de meeste indianen het eiland en trokken naar het vaste land. In de periode van 1804-1806 werd Aruba afwisselend bezet door Nederland, Engeland en Frankrijk. In 1816 werd Aruba weer teruggegeven aan Nederland.⁹

Na de teruggave aan Nederland, viel het opperbestuur toe aan de Koning. De boven- en benedenwinden vormden twee aparte koloniën. In 1828 werden ze met Suriname samengevoegd en vanuit Paramaribo bestuurd. In 1848 werd een nieuwe Grondwet van kracht en de macht van de burger vergroot. Op Aruba was het lokale bestuur in handen van een gezaghebber. Hij werd bijgestaan door twee landraden. De landraden werden door de stemgerechtigde voor vier jaar gekozen. De gezaghebber en de twee landraden werden de "Raad van Politie" genoemd. Zij voerden het dagelijkse bestuur over Aruba en waren verantwoording aan het gezag in Curaçao verschuldigd. De taakverdeling tussen de koloniale overheid en de eilanden was niet concreet geregeld. De inwoners van Aruba hadden hier wel behoefte aan. Omstreeks 1933 was de eerste roep om decentralisatie. De Raad van Politie heeft toen de Kroon verzocht de kolonie te reorganiseren met een grotere autonomie voor de eilanden. Op 6 december 1942 hield Koningin Wilhelmina een historische rede, waarin zij de overzeese gebiedsdelen na afloop van de Tweede Wereldoorlog een grotere autonomie beloofde.¹⁰

Tijdens de Tweede Wereld oorlog begon de Commissie Oppenheim aan de inventarisatie van de staatkundige wensen van de Antilliaanse bevolking. De commissie stelde voor om de eilandelijke autonomie en de eilandelijke bevoegdheden in de toekomst te vergroten. In 1948 waren de onderhandelingen begonnen voor het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden met Suriname en de Nederlandse Antillen. Het statuut was in 1954 voltooid.¹¹

Door de totstandkoming van het Statuut bestond het Koninkrijk uit drie landen (Nederland, Suriname en de Nederlandse Antillen) met aan het hoofd de Koningin. De overzeese landen van het Koninkrijk kregen zelfbestuur. Een aantal zaken en gemeenschappelijke belangen werden door de Koninkrijksregering behandeld, zoals de handhaving van de onafhankelijkheid, buitenlandse betrekkingen en de rechtszekerheid. Suriname werd in 1975 onafhankelijk, het Koninkrijk bestaat nu uit twee landen (Nederland en de Nederlandse Antillen). Op 1 januari 1986 kreeg Aruba de 'status aparte' binnen het Koninkrijk der Nederlanden. Het Koninkrijk bestaat vervolgens uit drie landen (Nederland, Aruba en de Nederlandse Antillen). Met de verkregen status aparte heeft Aruba een eigen volksvertegenwoordiging, de Staten van Aruba en een eigen gouverneur. De Staten worden voorgezeten door de Statenvoorzitter. De regering van Aruba wordt gevormd door de ministers en de gouverneur.¹²

⁹ <www.overheid.aw> Aruba en het Koninkrijk, historie, geraadpleegd op 28 februari 2012

¹⁰ Zie voetnoot 9.

¹¹ Zie voetnoot 9.

¹² Zie voetnoot 9.

De Nederlandse Antillen is op 10 oktober 2010 opgeheven. Het Antilliaanse staatsverband is hiermee opgeheven. Toen Aruba in 1986 haar status aparte kreeg, vormden de eilandgebieden van Curaçao, Sint Maarten, Bonaire, Sint Eustatius en Saba samen het land de Nederlandse Antillen. Curaçao en Sint Maarten gaan tegenwoordig verder als zelfstandige landen binnen het Nederlandse Koninkrijk, terwijl Bonaire, Sint Eustatius en Saba als bijzondere gemeentes zijn opgenomen bij Nederland. Het Koninkrijk der Nederlanden bestaat thans uit vier landen: Aruba, Curaçao, Sint Maarten en Nederland.¹³

2.2 Wetgeving

Nederland en Aruba behoren allebei tot het Koninkrijk der Nederlanden. Hoe de wetgeving binnen het Koninkrijk is geregeld wordt hieronder beschreven.

2.2.1 Het Statuut en het concordantiebeginsel

Het Statuut regelt de staatkundige relatie tussen de landen Nederland, Aruba, Curaçao en Sint Maarten. In het Statuut staat dat de landen zelfstandig hun eigen aangelegenheden behartigen en samen de Koninkrijksaangelegenheden verzorgen. Ook geeft het Statuut regels voor onderlinge samenwerking, bijstand, overleg en staatsinrichting van de landen.¹⁴ In het Statuut is een beperkt aantal onderwerpen opgenomen waarover de afzonderlijke landen geen zeggenschap hebben, de zogenaamde Koninkrijksaangelegenheden. Dit is onder andere het geval bij de handhaving van de onafhankelijkheid en de verdediging van het Koninkrijk. De overige onderwerpen die geen Koninkrijksaangelegenheden zijn, zijn landsaangelegenheden¹⁵. Ieder land mag dus zijn eigen wetgevingen maken. Ieder land binnen het Koninkrijk is wel verplicht om ervoor te zorgen dat de rechten van het mens, de rechtszekerheid en de deugdzzaamheid van het bestuur worden gewaarborgd.¹⁶

In artikel 39 lid 1 van het Statuut is het concordantiebeginsel neergelegd. Dit beginsel houdt in dat de landen binnen het Koninkrijk de wetgeving op het gebied van: burgerlijk- en handelsrecht, burgerlijke rechtsvordering, het strafrecht, industriële eigendom, het notarisambt en auteursrecht zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze dienen te regelen. Afwijkingen zijn echter wel mogelijk. Indien er een ingrijpende wijziging plaats vindt in de wetgeving dienen de andere landen hierop haar zienswijzen te geven (lid 2 van artikel 39 van het Statuut). Hoofdstuk acht, paragraaf 8.1 gaat nader in op het concordantiebeginsel.

2.2.2 Arubaanse wetgeving

In Aruba wordt een wet een landsverordening genoemd. Een landsverordening is een algemeen verbindend voorschrift bevattende een besluit dat gezamenlijk door de regering en de Staten is genomen. Een landsverordening komt als volgt tot stand: op verzoek van ministers ontwerpen ambtenaren een ontwerp landsverordening. Vervolgens stelt de minister aan de ministerraad voor een ontwerp landsverordening in te dienen. Indien de ministerraad hier mee instemt, gaat het ontwerp naar de Raad van Advies. De Raad van Advies geeft commentaar op het ontwerp. De minister kan zich vervolgens in een rapport verdedigen en past zo nodig het voorstel aan. De minister stuurt het ontwerp naar de Staten. Het ontwerp wordt door een commissie van Statenleden onderzocht. De commissieleden geven schriftelijk commentaar, waarna het wetsvoorstel door de minister kan worden gewijzigd. De Staten spreekt in de openbare vergadering over het ontwerp. De Statenleden geven een oordeel en de minister kan het voorstel verdedigen. Na het debat wordt vervolgens gestemd over de voorgestelde wijzigingen en over de onderdelen van het ontwerp en over het uiteindelijke ontwerp. De gouverneur ondertekent vervolgens de nieuwe landsverordening

¹³ <www.overheid.aw> Aruba en het Koninkrijk, historie, geraadpleegd op 29 februari 2012.

¹⁴ <www.rijksoverheid.nl> Statuut Koninkrijk, geraadpleegd op 1 maart 2012.

¹⁵ <www.rijksoverheid.nl> Statuut Koninkrijk, Koninkrijksaangelegenheden, geraadpleegd op 1 maart 2012.

¹⁶ <www.rijksoverheid.nl> Statuut Koninkrijk, Waarde Koninkrijk der Nederland, geraadpleegd op 1 maart 2012.

samen met een minister. Deze minister is dan verantwoordelijk voor de nieuwe landsverordening. De minister van Justitie zorgt dat de wet in het afkondigingsblad van Aruba wordt gepubliceerd. Tot slot wordt in de landsverordening geregeld wanneer deze in werking treedt. Dit kan ook worden geregeld bij een apart besluit of een aparte regeling.¹⁷

2.2.3 Boek 1 BW en Burgerlijke Rechtsvordering

Het onderzoek richt zich tot het personen- en familierecht, specifiek op het voortgezet ouderschap na scheiding. Boek 1 BW en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna Burgerlijke Rechtsvordering of Rv) zijn de voornaamste wetten die gebruikt zullen worden. Zowel boek 1 BW als Burgerlijke Rechtsvordering van Aruba en Nederland lijken op het eerste gezicht veel op elkaar. Er zijn echter wel verschillen. Boek 1 BW van Aruba is eigenlijk het 'oude' boek 1 BW uit Nederland. Boek 1 BW van Aruba loopt steeds iets achter ten opzichte van het Nederlandse boek 1 BW. Vernieuwingen die al in Nederland zijn ingevoerd, zijn (nog) niet in Aruba ingevoerd. Ook Burgerlijke Rechtsvordering loopt steeds iets achter. Jurisprudentie uit Nederland wordt wel gebruikt om uitleg aan bepaalde wetsartikelen te geven. Op grond van de jurisprudentie volgt Aruba op diverse punten de ontwikkelingen in Nederland.

¹⁷ < www.overheid.aw > 'wetten', geraadpleegd op 1 maart 2012.

3. Voortgezet ouderschap in Nederland na scheiding¹⁸

In dit hoofdstuk wordt beschreven hoe en waar in Nederland het voortgezet ouderschap is geregeld. Ter inleiding zal kort uiteen worden gezet hoe en waar het echtscheidingsrecht en het beëindigen van het geregistreerd partnerschap in Nederland is geregeld. Vervolgens wordt ingegaan op het ouderschapsplan. Gezag en omgang zijn belangrijke onderwerpen binnen de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken na scheiding. De regelingen omtrent gezag en omgang zullen dan ook uitvoerig aan bod komen.

3.1 Wetgeving met betrekking tot echtscheiding en beëindiging geregistreerd partnerschap

Het echtscheidingsrecht en het beëindigen van een geregistreerd partnerschap en zaken die hiermee gepaard gaan, zoals gezag en omgang zijn geregeld in boek 1 BW. Wat betreft de procedurele kant is Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing. Indien men van echt wilt scheiden moet men een verzoekschrift indienen, dit kan zowel eenzijdig als gemeenschappelijk. Een huwelijk wordt ontbonden door de rechter. Indien een geregistreerd partnerschap beëindigd wordt zonder minderjarigen kinderen, kan een advocaat of notaris een overeenkomst opstellen over de ontbinding van het geregistreerd partnerschap. Deze overeenkomst wordt naar de ambtenaar van de burgerlijke stand gestuurd waarna de ontbinding wordt ingeschreven in de registers. Indien er minderjarigen kinderen zijn, moet de beëindiging van het geregistreerd partnerschap geschieden door middel van een verzoekschrift met een ouderschapsplan.¹⁹ Zowel voor een echtscheiding als voor de beëindiging van een geregistreerd partnerschap is vereist dat de relatie duurzaam is ontworpen. Voor het huwelijk staat dit in artikelen 1:151 en 1:154 lid 1 BW. Voor het geregistreerd partnerschap staat dit in artikel 1:80 lid 1 BW. Naast het huwelijk en het geregistreerd partnerschap bestaat ook het samenwonen van de partners met al dan niet een notariële samenlevingsovereenkomst.

Boek 1 BW is verschillende keren gewijzigd. In 1995 is boek 1 BW gewijzigd op het gebied van gezag en omgang. In 1998 is boek 1 BW gewijzigd in verband met het gezamenlijk gezag. In 2002 is nogmaals boek 1 BW en Burgerlijke Rechtsvordering met betrekking tot het geregistreerd partnerschap en het gezamenlijk gezag gewijzigd. De meest recente wijziging in het echtscheidingsrecht is van 2009.²⁰ Sinds 2009 is 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' in werking getreden. Hiermee is de flitscheiding afgeschaft²¹ en het ouderschapsplan ingevoerd voor ouders die gaan scheiden met minderjarigen kinderen.

3.2 Het ouderschapsplan

Nederland kent sinds 2009 een verplicht ouderschapsplan voor ouders met minderjarigen kinderen, die gaan scheiden. Eerst zal kort uiteen worden gezet hoe de 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' tot stand is gekomen en waarom deze wet tot stand is gekomen. Ook internationale aspecten zullen hierbij aan bod komen, zoals het EVRM en het IVRK. Vervolgens komt de wettelijke regeling van het ouderschapsplan aan bod.

3.2.1 Totstandkoming van het ouderschapsplan

Het idee rondom het ouderschapsplan is begonnen bij een brief van minister Donner van Justitie van 2004 aan de Tweede Kamer. In die brief beschreef hij voorstellen om de

¹⁸ de term 'scheiding' geeft zowel de beëindiging van een formele relatie als de beëindiging van een informele relatie aan.

¹⁹ <www.rijksoverheid.nl> 'geregistreerd partnerschap', geraadpleegd op 1 maart 2012.

²⁰ M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijks- vermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 211.

²¹ Omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap en vervolgens zonder tussenkomst van een rechter scheiden.

scheidings- en omgangsproblematiek te verbeteren.²² Het Tweede Kamer lid, de heer Luchtenveld, raakte geïnspireerd door de brief. Hij diende op 1 juli 2004 het wetsvoorstel 'Wet beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap' in. Het voorstel had als doel om zonder rechterlijke tussenkomst (al dan niet met behulp van een bemiddelaar) een echtscheiding te regelen. In klemmende gevallen zou de tussenkomst van een rechter wel mogelijk blijven. Als het gaat om de zorg- en opvoedingsrelatie ten aanzien van kinderen zijn, volgens het voorstel, de ouders verantwoordelijk voor het opstellen van een deugdelijke regeling (het ouderschapsplan) met betrekking tot de voortzetting van het ouderschap na ontbinding van het huwelijk. Het wetsvoorstel is op 29 november 2005 aangenomen door de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel is echter op 20 juni 2006 verworpen door de Eerste Kamer.²³

Op 20 januari 2005 heeft minister Donner het wetsvoorstel 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' ingediend. Het voorstel is erop gericht dat ouders vroegtijdig nadenken over de invulling van het ouderschap na scheiding en hierover afspraken maken om onnodige conflicten te voorkomen. Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat beide ouders na de scheiding gezamenlijk verantwoordelijk blijven voor de kinderen. Daarnaast wordt ook de 'flitsscheiding' afgeschaft.²⁴ Het voorstel is op 25 november 2008 aangenomen. Met de invoering van 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' zijn op 1 maart 2009 een aantal belangrijke wijzigingen doorgevoerd in boek 1 BW en in Burgerlijke Rechtsvordering. Vanaf paragraaf 3.3 zullen deze wijzigingen aan bod komen.

3.2.2 Waarom het ouderschapsplan?

De memorie van toelichting bij 'de Wet voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding', begint met het volgende;

Het is voor de ontwikkeling van een kind belangrijk 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 ontwikkeling²⁵.

In de memorie van toelichting worden een aantal positieve ontwikkelingen genoemd op het gebied van echtscheidingen. Een van deze ontwikkelingen was de toename van het aantal gezamenlijke verzoeken tot echtscheiding. In 2003 werd in 51,1% van het totaal aantal verzoeken tot echtscheiding een gezamenlijk verzoek ingediend. Na 2003 blijft het aantal gezamenlijke verzoeken stijgen. Zo is het percentage in 2009 65,8%. In bijlage 1 is een schematisch overzicht te vinden van het aantal gezamenlijke verzoeken tot echtscheiding. Het wetsvoorstel wil deze ontwikkelingen versterken en de scheidings- en omgangsproblematiek verminderen. Het voorstel is erop gericht dat ouders vroegtijdig nadenken over de invulling van het ouderschap na de scheiding en hierover goede afspraken maken.²⁶ Ouders hebben de verantwoordelijkheid om ook na de scheiding afspraken te maken over hun kinderen. Het opstellen van een ouderschapsplan past binnen deze verantwoordelijkheid. Voor ouders met een slechte verstandhouding is het niet altijd mogelijk om tot afspraken te komen. Een mediator kan dan uitkomst bieden om toch tot een ouderschapsplan te komen.²⁷ Indien de mediator geen uitkomst kan bieden of de ouders

²² Kamerstukken II 2003/04, 29 520, nr. 6.

²³ <www.eerstekamer.nl> Initiatief wetsvoorstel – Luchtenveld Wet beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap, geraadpleegd op 15 maart 2012.

²⁴ <www.eerstekamer.nl> Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding, geraadpleegd op 15 maart 2012.

²⁵ Kamerstukken II, 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 1.

²⁶ Kamerstukken II, 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 1.

²⁷ Kamerstukken II, 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 3.

kunnen of willen niet naar een mediator, bestaat de ontsnappingsclausule nog op grond van artikel 815 lid 6 Rv (hoofdstuk zes gaat hier nader op in).

3.2.2.1 Het EVRM en het IVRK

Naast de verplichting van de ouders om een ouderschapsplan op te stellen, heeft de overheid een positieve verplichting op grond van artikel 9 IVRK. Op grond van dit artikel dient de overheid te bevorderen dat een kind contact heeft met beide ouders. Het kind heeft dit recht op grond van artikel 9 lid 1 IVRK. Lid 1 van artikel 9 van het IVRK luidt als volgt:

‘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.’

In artikel 8 lid 1 EVRM is het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven opgenomen. Dit recht veronderstelt een recht op omgang en een recht op ouderlijk gezag.²⁸ In lid 2 van artikel 8 EVRM is opgenomen dat inmenging in het familie- en gezinsleven alleen is toegestaan voor zover bij de wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het recht dat is neergelegd in artikel 8 lid 1 EVRM, wordt ook wel aangeduid met het recht op ‘family life’. Dit artikel legt lidstaten ook positieve verplichtingen op, zoals het nemen van maatregelen die hereniging mogelijk maken tussen ouder en kind.²⁹

De positieve verplichting van de overheid is in een aantal uitspraken van het EHRM vastgelegd. In de uitspraak van Glaser tegen het Verenigd Koninkrijk van 19 september 2000³⁰ is bepaald dat de staat een positieve, maar geen absolute plicht heeft om maatregelen te treffen om de medewerking aan omgang tot stand te brengen. De medewerking van alle betrokkenen is echter een belangrijk element voor de slagingskansen van een omgangsregeling. Die medewerking zal zoveel als mogelijk verkregen dienen te worden, maar de medewerking kan niet afgedwongen worden. De rechten en belangen van het kind begrenzen de toepassing van dwang³¹. In de zaak van Sophia Gudrún Hansen tegen Turkije heeft het EHRM in een uitspraak van 23 september 2003³² Turkije veroordeeld, omdat Turkije niet alle noodzakelijke stappen heeft genomen om de omgangsregeling tot stand te laten komen. Turkije had artikel 8 lid 1 EVRM geschonden. Nationale instanties hadden verzuimd om advies in te winnen bij de sociale diensten of de hulp van een psycholoog of kinderpsychiater in te schakelen om de hereniging tussen de kinderen en de moeder te faciliteren en om de strijd tussen de ouders te doen verminderen³³.

3.2.3 Wetgeving met betrekking tot het ouderschapsplan

Door ‘de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding’ is boek 1 BW en het Burgerlijk Wetboek van Rechtsvordering gewijzigd. Artikelen 1:247 en 1:253a BW en een paar artikelen omtrent omgang zijn aangepast. In de volgende paragrafen worden de wijzigingen met betrekking tot boek 1 BW uitvoerig beschreven.

Naast boek 1 BW is ook Burgerlijke Rechtsvordering aangepast. Op grond van artikel 815 lid 2 Rv bevat het verzoekschrift tot echtscheiding een ouderschapsplan ten aanzien van:

- de gezamenlijke minderjarige kinderen over wie de echtgenoten al dan niet gezamenlijk het gezag uitoefenen;
- de minderjarige kinderen over wie de echtgenoten ingevolge artikel 1:253a of 1:253t BW het gezag gezamenlijk uitoefenen.

²⁸ Kamerstukken I 2007/08, 30 145, C, p. 5.

²⁹ EHRM 23 september 2003, NJ 2004,245.

³⁰ EHRM 19 september 2000, 32 346/96.

³¹ S.F.M. Wortmann, *Groene serie, Personen- en familierecht*, 20. middelen ter effectuering van de omgang.

³² EHRM 23 september 2003, NJ 2004,245.

³³ Kamerstukken II 2004/05, 30 145 nr. 3 p. 4.

In artikel 815 lid 3 Rv is opgenomen dat in het ouderschapsplan in ieder geval afspraken worden opgenomen over:

- de wijze waarop de echtgenoten de zorg- en opvoedingstaken, bedoeld in artikel 1:247 BW verdelen of het recht en de verplichting tot omgang, bedoeld in artikel 1:377a lid 1 BW vormgeven (sub a);
- de wijze waarop de echtgenoten elkaar informatie verschaffen en raadplegen omtrent gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van de minderjarigen kinderen (sub b);
- de kosten van de verzorging en opvoeding van de minderjarigen kinderen (sub c).

Op grond van artikel 815 lid 4 Rv moet het verzoekschrift vermelden over welke van de gevraagde voorzieningen overeenstemming is bereikt en over welke van de gevraagde voorzieningen verschil van mening bestaat met de gronden daarvoor. Daarnaast dient het verzoekschrift ook te vermelden op welke wijze de kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan.

Er zijn situaties waarin het niet mogelijk is om een ouderschapsplan op te stellen of waarin geen overeenstemming wordt bereikt tussen de ouders. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn, indien de moeder in een 'blijf van mijn lijf huis' zit. Het ouderschapsplan kan dan niet volledig zijn of ontbreken³⁴. Voor dergelijke situaties is er een ontsnappingsclausule in de wet opgenomen, artikel 815 lid 6 Rv. Indien het ouderschapsplan redelijkerwijs niet opgesteld kan worden, kan worden volstaan met andere stukken of kan op andere wijze daarin worden voorzien. De rechter zal beoordelen of het wel of niet mogelijk is om een ouderschapsplan op te stellen (hoofdstuk zes gaat nader in op de ontsnappingsclausule).

In de praktijk komt het voor dat een van de partijen een eenzijdig ouderschapsplan opstelt. Dit eenzijdige ouderschapsplan wordt dan meegestuurd met het verzoekschrift. Uit de praktijk blijkt dat de rechter met dit eenzijdige verzoekschrift ook genoeg neemt. Hierbij kan echter de vraag worden gesteld of dit niet in strijd is met het idee van het ouderschapsplan. De bedoeling van het ouderschapsplan is namelijk dat beide ouders over de gevolgen van hun scheiding nadenken en het ouderschapsplan moet volgens de memorie van toelichting ook door beide ouders ondertekend worden.³⁵

3.3 Ouderlijk gezag en omgang

Gezag en omgang zijn verplichte onderdelen in het ouderschapsplan. Bovendien zijn het belangrijke onderwerpen bij de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken bij gescheiden ouders. De wettelijke bepalingen omtrent gezag en omgang en de wijzigingen die 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' met zich mee heeft gebracht worden in de volgende subparagrafen beschreven.

3.3.1 Ouderlijk gezag

Een minderjarige moet worden beschermd. Daarom staat hij onder gezag op grond van artikel 1:245 lid 1 BW.³⁶ Onder ouderlijk gezag wordt verstaan, de plicht en het recht van de ouder om zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden, artikel 1:247 lid 1 BW (artikel 1:247 BW is sinds 2009 gewijzigd, paragraaf 3.2.2 gaat hier nader op in). Onder verzorging en opvoeding wordt mede verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijke en lichamelijke welzijn van het kind en het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid, artikel 1:247 lid 2 BW.

³⁴ Kamerstukken II 2004/05, 30 145, nr. 3 p. 5.

³⁵ Zie voetnoot 28.

³⁶ M.J.A. van Morin & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijks- vermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 214.

Ouderlijk gezag wordt door de ouders gezamenlijk uitgeoefend of door één ouder. Oefent een ouder samen met zijn partner (niet-ouder) het gezag van rechtswege of krachtens een rechtelijke beslissing uit, dan wordt dit gezag aangemerkt als ouderlijk gezag dat door de ouders gezamenlijk wordt uitgeoefend, tenzij uit een wettelijke bepaling het tegendeel voortvloeit, artikel 1:245 lid 5 BW. Een voorbeeld van een uitzondering is als één ouder uit het gezag is ontzet.

Indien een kind binnen een huwelijk wordt geboren, oefenen de ouders van rechtswege gezamenlijk gezag uit, dit is opgenomen in artikel 1:251 lid 1 BW. Bij een geregistreerd partnerschap kunnen ouders ook van rechtswege het gezamenlijk gezag uitoefenen, artikel 1:253aa BW. Hiervoor is wel vereist dat de man het kind erkent tijdens de zwangerschap van zijn partner. Indien alleen het moederschap vaststaat of indien de ouders van een kind niet met elkaar zijn gehuwd dan wel gehuwd zijn geweest en zij het gezag niet gezamenlijk uitoefenen, oefent de moeder van rechtswege het gezag uit, tenzij de moeder bij de geboorte onbevoegd was, aldus artikel 1:253b BW. Als de ouders niet zijn gehuwd en ook geen geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, kunnen zij op grond van artikel 1:252 lid 1 BW de rechtbank verzoeken om het gezag gezamenlijk uit te oefenen. Op grond van artikel 1:253c lid 1 kan de vader die tot gezag bevoegd is en die nooit het gezag gezamenlijk met de moeder heeft uitgeoefend, de rechtbank verzoeken hem met het gezag over het kind te belasten.

3.3.2 Wijziging van artikel 1:247 BW en toevoeging van artikel 1:247a BW

In 2009 is 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' inwerking getreden. Met deze invoering is artikel 1:247 BW gewijzigd. Aan het artikel zijn drie nieuwe leden toegevoegd. In lid 3 is de verplichting opgenomen van de ouder om de ontwikkeling van de banden van zijn kind met de andere ouder te bevorderen. In lid 4 is het recht van het kind vastgelegd dat hij ook na scheiding van zijn ouders recht heeft op gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders. Tot slot is in lid 5 rekening gehouden met praktische belemmeringen die zich kunnen voordoen bij de uit oefening van lid 4. Hierin is opgenomen dat de ouders in een overeenkomst of ouderschapsplan met de praktische belemmeringen rekening kunnen houden.

Bij de invoering van 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding', is ook artikel 1:247a BW toegevoegd. Daarin is opgenomen dat niet de vorm van de relatie leidend moet zijn, maar het belang van het kind. Deze regeling zorgt ervoor dat ook ouders die geen formele relatie zijn aangegaan een verplicht ouderschapsplan moeten op stellen als zij uit elkaar gaan. Bij de beëindiging van een informele relatie komt geen officiële instantie aan te pas. De vraag kan dus ook worden gesteld hoe de controle op het ouderschapsplan plaats vindt. Hoofdstuk zes gaat hier nader op in.

3.3.3 Hoofdregeel; gezamenlijk gezag na scheiding ex artikel 1:251 lid 2 BW

In het oude boek 1 BW bepaalde artikel 1:251 lid 2 en 3 BW dat na echtscheiding of scheiding van tafel en bed dan wel ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed, de ouders op hun eensluidend verzoek gezamenlijk belast konden blijven met de uitoefening van het gezag. Werd een dergelijk verzoek niet gedaan of afgewezen, dan bepaalde de rechter wie van de ouders belast werd met het gezag. De rechter kon toen een van de ouders benoemen tot toeziend voogd. In 1998 is boek 1 BW gewijzigd. Sinds deze wijziging is de situatie omgekeerd; in beginsel loopt het collectieve gezag van de ouders na scheiding automatisch door en kan alleen één ouder met het gezag belast worden als hij daar een verzoek voor indient.³⁷ Toeziende voogdij is met de wetswijziging aldus afgeschaft.

³⁷ M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijks- vermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 212.

Artikel 1:251 lid 2 BW bepaalt nu dat na scheiding de ouders die gezamenlijk het gezag hebben, dit gezag gezamenlijk blijven uitoefenen. Voor beëindiging van het geregistreerd partnerschap geldt ook dat het gezamenlijk gezag doorloopt, artikel 1:253aa BW.³⁸ Dit beginsel geldt ook voor partners die geen formele relatie zijn aangegaan. Indien ouders in een informele relatie het gezag gezamenlijk uitoefende, doen zij dit ook als zij uit elkaar zijn.³⁹ Partners die gaan samen wonen kunnen bij de notaris een samenlevingsovereenkomst laten opstellen. Hierin kunnen ze ook afspraken maken over de kinderen na scheiding. Het gezamenlijke gezag blijft echter wel doorlopen.

3.3.4 Uitzondering op de hoofdregel ex artikel 1:251a BW

Indien de ouders na scheiding het gezag gezamenlijk niet willen uitoefenen, zullen zij een verzoek moeten indienen bij de rechtbank op grond van artikel 1:251a BW. Dit artikel is een uitzondering op de hoofdregel dat gezamenlijk gezag na scheiding doorloopt. Dit artikel geeft aan de ouders of één van hen het recht een verzoek in te dienen om te bepalen dat het gezag over de minderjarige aan één van hen toekomt. Daarbij moet echter wel op grond van artikel 1:251a lid 1 sub a en b BW aan twee voorwaarden worden voldaan. Eenhoofdig gezag kan worden toegewezen als:

- 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 voldoende verbetering zou komen (sub a, ook wel het 'klem- en verloren criterium' genoemd), of
- wijziging van het gezag anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is (sub b).

Het klem- en verloren criterium vloeit voort uit een uitspraak van de Hoge raad van 10 september 1999⁴⁰. De Hoge Raad heeft in de uitspraak bepaald dat het gezag aan één ouder kan worden toegekend, indien er een onaanvaardbaar risico bestaat dat het kind klem of verloren zal raken tussen de ouders en er niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zal komen. De enkele wens van een ouder om alleen met het gezag belast te zijn is onvoldoende.

In de uitspraak van de Hoge Raad van 30 september 2011⁴¹ is het 'klemcriterium' toegepast. Deze zaak gaat over een moeder die alleen met gezag belast wil worden. De man en de vrouw zijn bij beschikking van 15 december 2005 gescheiden. Na de scheiding waren zij belast met het gezamenlijke gezag. De moeder heeft vervolgens de rechtbank van Arnhem verzocht om haar met het eenhoofdig gezag te belasten. De rechtbank Arnhem heeft bij beschikking van 16 oktober 2009 het verzoek afgewezen. De moeder is vervolgens in hoger beroep gegaan bij het Hof in Arnhem. Het Hof heeft bij beschikking van 13 juli 2010 de beschikking van de rechtbank vernietigd en de moeder met het gezag belast. Het Hof is tot dit oordeel gekomen door het volgende: sinds de echtscheiding communiceren de vader en moeder niet meer over opvoedingszaken met betrekking tot de kinderen. Er is sinds de scheiding sprake van een strijd die niet oplosbaar blijkt te zijn. De strijd tussen de vader en moeder blijkt uit de overgelegde stukken en uit het sms-verkeer van de vader naar de moeder. Bij de mondelinge behandeling blijkt dat zij elkaar geen ruimte geven om verbetering in hun verhouding aan te brengen. De vader heeft ter zitting ook gesteld dat gezamenlijk gezag met de moeder voor hem niet mogelijk is. Onder deze omstandigheden acht het Hof het aannemelijk dat de kinderen bij voortzetting van het gezamenlijk gezag een onaanvaardbaar risico lopen om klem of verloren te raken tussen hun ouders. Gelet op de hevige strijd tussen de ouders, is het tevens niet aannemelijk dat de communicatie binnen afzienbare tijd verbeterd. De vader is in cassatie gegaan, maar de Hoge Raad heeft het beroep verworpen.

³⁸ M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijks- vermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 224.

³⁹ Hoge Raad 28 maart 2003, *NJ* 2003, 359.

⁴⁰ Hoge Raad 10 september 1999, *NJ* 2000, 20.

⁴¹ Hoge Raad 30 september 2011, *LJN* BQ8782.

Het tweede criterium 'wijziging van het gezag is anderszins in het belang van het kind noodzakelijk', is een soort restcategorie. De rechter dient te motiveren waarom wijziging van het gezag in het belang van het kind is.⁴² Een voorbeeld hierbij is de situatie waarin een ouder de door de rechter vastgestelde verblijfplaats van het kind steeds ter discussie stelt waardoor er spanningen tussen de ouders ontstaan die weerslag hebben op het kind.⁴³

De raad voor de kindbescherming (hierna kindbescherming) kan ook een rol spelen bij gezag. Zoals al eerder is aangegeven dient iedere minderjarige onder gezag te staan. Indien een minderjarige niet onder het wettelijke gezag staat of een ouder verzuimt het gezag over het kind uit te oefenen, kan de kindbescherming de rechter verzoeken de kindbescherming met de gezagsuitoefening te voorzien (artikel 1:241 lid 1 BW). Indien de rechter een beslissing moet nemen over eenhoofdig gezag, kan hij de kindbescherming vragen om een onderzoek te verrichten naar de situatie van het kind. Het onderzoek draait om de belangen van het kind.⁴⁴

3.3.5 Informele rechtsingang voor de minderjarige

De rechtspositie van de minderjarige zelf ten aanzien van het gezag over hem, is sinds 1998 verbeterd door hem een informele rechtsingang toe te kennen op grond van artikel 1:251a lid 4 BW. Met een informele rechtsgang wordt bedoeld dat de minderjarige geen verzoekschrift hoeft in te dienen, volstaan kan worden met een briefje of telefoontje.⁴⁵

Een kind dat de leeftijd van twaalf jaren heeft bereikt kan via de informele weg naar de rechter stappen. De rechter kan vervolgens ambtshalve een beslissing nemen op grond van artikel 1:251a lid 1 BW. Een minderjarige die de leeftijd van twaalf jaren nog niet heeft bereikt kan via de informele weg naar de rechter stappen, indien hij in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen⁴⁶. Indien de rechter een beslissing over het gezag gaat nemen, zullen kinderen van twaalf jaar en ouder worden opgeroepen om te worden gehoord ex. artikel 809 Rv. De minderjarige kan tijdens dit verhoor zijn mening geven over het gezag. Indien de kinderen jonger dan twaalf jaar zijn, is de rechter vrij om te bepalen of de kinderen wel of niet worden gehoord. De kinderen zijn niet verplicht om te verschijnen.

3.3.6 Gezamenlijk gezag van ongehuwden ex artikel 1:252 BW

Ouders die niet zijn gehuwd en die ook geen geregistreerd partnerschap zijn aan gegaan kunnen gezamenlijk gezag verzoeken, gevolgd door een aantekening in het register. In artikel 1:252 lid 1 BW staat echter dat dit alleen kan op verzoek van beide ouders en alleen indien zij niet eerder het gezamenlijk gezag hebben uitgeoefend. In een uitspraak van de Hoge Raad van 27 mei 2005⁴⁷ heeft de Hoge Raad bepaald dat op 'beider' verzoek een ongeoorloofde beperking vormt van het door artikel 6 lid 1 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter ter vaststelling van het recht op 'family life' op grond van artikel 8 lid 1 EVRM. In deze uitspraak wordt uitleg gegeven aan verschillende artikelen. In overeenstemming met artikel 6 lid 1 EVRM moet artikel 1:253c lid 1 BW als volgt worden uitgelegd: een ouder kan niet alleen om toekenning van eenhoofdig gezag verzoeken, maar ook om toekenning van gezamenlijk gezag over het kind. Artikel 1:253e BW moet vervolgens als volgt worden uitgelegd; indien het verzoek ingevolge artikel 1:253c lid 1 BW tot toekenning van gezamenlijk over het kind wordt ingewilligd, dan heeft dat tot gevolg dat de moeder het gezag vervolgens gezamenlijk met de vader uitoefent.

⁴² Kamerstukken II 2004/05, 30 145, nr. 3 p. 14.

⁴³ Zie voetnoot 35.

⁴⁴ <www.kinderbescherming.nl> onderzoek en rapportage, geraadpleegd op 3 april 2012.

⁴⁵ Hoge Raad 4 april 2008, *LJN BC2241*.

⁴⁶ M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijks- vermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 220.

⁴⁷ Hoge Raad 27 mei 2005, *NJ 2005, 485*.

In lid 2 staat een limitatieve opsomming van de omstandigheden waaronder de aantekening in het register geweigerd wordt, dit zijn de volgende omstandigheden:

- één ouders is onbevoegd tot gezag of beide ouders zijn onbevoegd tot gezag (sub a) of;
- één van beide ouders is ontheven of ontzet van het gezag (sub b) of;
- een voogd is met het gezag over het kind belast (sub c) of;
- de voorziening in het gezag over het kind is komen te ontbreken (sub d) of;
- de ouder die het gezamenlijk gezag heeft oefent het gezag gezamenlijk met een ander dan de ouder uit (sub e).

3.3.7 Belang van het gezamenlijk gezag

In de praktijk komt het wel eens voor dat één van de ouders vrijwillig van het gezag af wilt. Dit kan niet zomaar, slechts in de gevallen die zijn genoemd in paragraaf 3.3.4 kan eenhoofdig gezag worden toegekend. In Nederland is het beginsel van gezamenlijk gezag na scheiding heel belangrijk. Voorstanders betogen dat het gezamenlijk gezag in het belang van het kind is. Gezamenlijk gezag na scheiding is niet alleen in Nederland zeer belangrijk, maar ook in Aruba (hoofdstuk vier gaat hier nader op in). Niet iedereen deelt de mening dat het gezamenlijk gezag in het belang van het kind is. Mevrouw Jeppesen de Boer (Universiteit Utrecht) heeft in haar proefschrift⁴⁸ kritiek gegeven op het gezamenlijk gezag na scheiding. Volgens haar is het niet altijd in het belang van het kind dat het gezag na scheiding doorloopt. Vooral in kwetsbare gezinnen kan het belang van het kind gevaar lopen doordat het gezamenlijk gezag na scheiding doorloopt. Mevrouw de Boer adviseert dan ook om als uitgangspunt te nemen dat in een gezamenlijk verzoekschrift tot uitdrukking moet komen dat beide ouders bereid zijn om het gezag gezamenlijk uit te oefenen⁴⁹. Hierbij komt echter wel het probleem kijken dat in paragraaf 3.3.6 is beschreven, namelijk strijd met het EVRM.

Tegenstanders zijn tevens van mening dat het gezamenlijk gezag ouders dwingt contact met elkaar te houden en samen beslissingen te nemen over de kinderen. Hierbij ontstaat het risico dat er conflicten ontstaan. Dit risico bestaat vooral bij ouders die een slechte verstandhouding hebben. Het beginsel gezamenlijk gezag na scheiding is in 1998 ingevoerd. Uit rapporten blijkt dat er na 1 januari 1998 meer ouderlijke ruzies zijn dan ouders die voor 1 januari 1998 uit elkaar zijn gegaan.⁵⁰

Naar mijn mening is het gezamenlijk gezag niet altijd in het belang van het kind is. Uit diverse dossiers die zijn bestudeerd (in Aruba) omtrent gezamenlijk gezag, blijkt dat ouders constant conflicten hebben over tal van verschillende zaken. Het gezamenlijke gezag is meestal de aanleiding hiervan. Uit de dossiers blijkt ook dat er voldoende aanwijzingen zijn dat het gezamenlijke gezag niet in het belang van het kind is. Hoofdstuk vier gaat in op diverse voorbeelden uit Aruba.

3.3.8 Geschillenregeling ex artikel 1:253a BW

Indien bij het uitoefenen van gezamenlijk gezag geschillen ontstaan, kunnen ouders op grond van artikel 1:253a lid 1 BW naar de rechter stappen. De rechtbank neemt een beslissing in het belang van het kind. De wet stelt geen eisen aan het geschil. Geschillen kunnen bijvoorbeeld ontstaan over het onderwijs van het kind en medische aangelegenheden. Sinds de inwerkingtreding van 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' is artikel 1:253a BW gewijzigd. Aan het artikel zijn vijf nieuwe leden toegevoegd.

⁴⁸ C. Jeppesen de Boer, *Joint Parental Authority*, mei 2008 (proefschrift).

⁴⁹ Kamerstukken I 2008/09, 30 145, E, p. 3.

⁵⁰ <www.nji.nl> 'Ouderschapplan alleen volstaat niet', jeugd en samenleving 2010/7, geraadpleegd op 15 april 2012.

In lid 2 is opgenomen dat op verzoek van de ouders of één van hen de rechtbank een regeling kan vaststellen inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag. Door deze regeling is artikel 1:377h BW vervallen. Artikel 1:377h BW gaf de rechter de mogelijkheid om een regeling inzake de omgang tussen het kind en de ouder bij wie het kind niet zijn hoofdverblijfplaats heeft vast te stellen. Het woord 'omgang' impliceert dat één ouder verantwoordelijk is voor de verzorging en opvoeding van het kind en dat de andere ouder het kind slechts af en toe mag zien. Dit is ongewenst. Daarom is artikel 1:377h BW verplaatst naar artikel 1:253a BW. De terminologie is op zodanige wijze aangepast dat de rechter een regeling inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag kan vaststellen.⁵¹ De regeling die de rechter kan vaststellen kan omvatten;

- een toedeling aan ieder der ouders van de zorg- en opvoedingstaken. Indien het belang van het kind dit vereist kan een tijdelijk verbod aan een ouder worden opgelegd om contact met het kind te hebben (sub a);
- de beslissing bij welke ouder het kind zijn hoofdverblijfplaats heeft (sub b);
- 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 de ouder wordt geraadpleegd (sub c);
- de wijze waarop informatie door derden overeenkomstig artikel 1:377e lid 1 en 2 BW, wordt verschaft (sub d).

Lid 3 geeft aan dat indien op de ouders de verplichting van artikel 1:247a BW rust (het opstellen van een ouderschapsplan) en zij daaraan niet hebben voldaan, de rechter de beslissing kan aanhouden tot dat aan de verplichting is voldaan.

Lid 4, de derde wijziging is een schakelbepaling. In het lid is opgenomen dat de artikelen 1:377a lid 4, 1:377e en 1:377g BW van overeenkomstige toepassing zijn.

Lid 5, de vierde wijziging is toegevoegd naar aanleiding van het verslag van de vaste commissie voor Justitie.⁵² De vaste commissie voor Justitie is belast met het voorbereidend onderzoek voor een wetsvoorstel. In het rapport wordt aangehaald dat de leden van verschillende politieke partijen opmerkten dat de regering geen mogelijkheden of sancties heeft opgenomen waarmee de naleving van de omgangsregeling kan worden bevorderd.⁵³ Door het niet naleven van de omgangsregeling kan het kind schade oplopen. Naar aanleiding hiervan is artikel 1:253a BW gewijzigd, door toevoeging van lid 5. Hierin is opgenomen dat wanneer de situatie dit vereist, het mogelijk is om een dwangmiddel op te leggen⁵⁴. Bij een dwangmiddel kan gedacht worden aan de oplegging van een dwangsom voor iedere keer dat de ouder niet de omgangsregeling nakomt. De dwangsom is geregeld in artikel 611a lid 1 Rv.

De laatste wijziging, lid 6, bepaalt dat de rechter het verzoekschrift binnen zes weken behandelt.

3.3.9 Omgang en informatie

Naast het ouderlijk gezag zijn omgang en informatie ook belangrijke aspecten bij de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken na de scheiding. Sinds 1995 is de wetgeving met betrekking tot omgang gewijzigd. Het omgangsrecht is ten opzichte van het oude recht niet meer een onderdeel van het echtscheidingsrecht, maar heeft een zelfstandige plaats in de

⁵¹ Kamerstukken II 2004/05, 30 145, nr. 3 p. 14.

⁵² Kamerstukken II 2005/06, 30 145, nr. 5.

⁵³ Kamerstukken II 2005/06, 30 145, nr. 5 p. 12.

⁵⁴ Kamerstukken II 2006/07, 30 145, nr. 6 p. 11.

wet gekregen.⁵⁵ Het omgangsrecht is geregeld in artikelen 1:377a – 1:377g BW. Het recht op omgang is ook opgenomen in artikel 9 IVRK.

Het recht op omgang tussen het kind en zijn ouders en de omgang tussen het kind en degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat, is geregeld in artikel 1:377a lid 1 BW. De omgangsregeling is neergelegd in artikel 1:377a lid 2 BW. Het verdient de voorkeur dat de ouders in onderling overleg zo snel mogelijk in de scheidingsprocedure een regeling treffen omtrent omgang en informatie. Een regeling getroffen in onderling overleg functioneert over het algemeen het beste.⁵⁶ Indien de ouders samen niet tot een omgangsregeling kunnen komen dan kan een van de ouders de rechter verzoeken op grond van artikel 1:377a lid 2 BW een regeling inzake de uitoefening van het omgangsrecht vast te stellen, voor een bepaalde of onbepaalde tijd.

Indien een ander dan de ouder een omgangsregeling wil, moest hij dit voor 1 maart 2009 verzoeken op grond van artikel 1:377f BW (oud). Sinds de wijziging van boek 1 BW in 2009 naar aanleiding van 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding', kan een ander dan de ouder ook omgang verzoeken op grond van artikel 1:377a lid 2 BW. Artikel 1:377f (oud) en artikel 1:377a BW zijn samengevoegd, omdat er in beginsel geen verschil in gronden mag zijn om omgang te ontzeggen indien er sprake is van 'family life' tussen het kind en degene die de omgang verzoekt⁵⁷. Indien een ander dan de ouder omgang wil met het kind, is een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind vereist.⁵⁸ Artikel 8 EVRM speelt een belangrijke rol bij de vraag of er sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking. Bij de vraag of er sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking zal vaak aansluiting worden gezocht bij het begrip 'family life' dat in artikel 8 lid 1 EVRM is opgenomen.⁵⁹ De vraag of er sprake is van 'family life' hangt af van de feiten en omstandigheden.⁶⁰

Er zijn vier gronden om het recht op omgang te ontzeggen, deze gronden zijn neergelegd in lid 3 van artikel 1:377a BW. De rechter ontzegt het recht op omgang slechts indien;

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

Een wijziging in de omgangsregeling is mogelijk op grond van artikel 1:377e BW. De rechter kan op verzoek van één van de ouders of beide ouders of van degene die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind, de getroffen omgangsregeling wijzigen. De omgangsregeling kan gewijzigd worden indien de omstandigheden zijn gewijzigd of dat bij het nemen van de beslissing uit is gegaan van onjuiste of onvolledige gegevens. Sinds de inwerkingtreding van 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding'

⁵⁵ M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijks- vermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 253.

⁵⁶ A. Heida & C.A. Kraan & Q.J. Marck, *Echtscheidingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 89.

⁵⁷ Kamerstukken II 2004/2005 30 145 nr. 3 p. 16

⁵⁸ M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijks- vermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 258.

⁵⁹ zie voetnoot 26.

⁶⁰ Kamerstukken II 2004/05, 30 145 nr. 3 p. 16.

is in dit artikel opgenomen dat ook degene die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind de rechter kan verzoeken om de omgangsregeling te wijzigen.

Naast het recht op omgang, is er ook een informatieverplichting op grond van artikel 1:377b lid 1 BW. Dit artikel heeft betrekking op de informatieverplichting van de ouder die met gezag is belast, ten opzichte van de ouder die niet met gezag is belast. De met gezag belaste ouder heeft de verplichting de andere ouder op de hoogte te stellen van gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van het kind. Gewichtige aangelegenheden zijn bijvoorbeeld de gezondheidstoestand en schoolprestaties⁶¹. Op grond van lid 1 kan een ouder de rechter verzoeken een regeling vast te stellen omtrent de informatieverplichting. Ingevolgde lid 2 kan de rechter bepalen, indien dit in het belang van het kind is, dat er geen informatie verplichting bestaat. In artikel 1:377c BW is de informatie verplichting geregeld van derden ten opzichte van de niet met het gezag belaste ouder.

Indien ouders gezamenlijk gezag hebben, zou men in eerste instantie kunnen zeggen dat het vanzelfsprekend is dat ouders elkaar informatie verschaffen omtrent de minderjarige. Dit is echter niet het geval. In de praktijk komt het vaak voor dat ouders elkaar niet op de hoogte houden. In het ouderschapsplan worden hier dan ook vaak afspraken over gemaakt.

Net als bij gezag, heeft bij omgang het kind ook een informele rechtsingang (paragraaf 3.3.5). Ingevolge artikel 1:377g BW kan de rechter indien blijkt dat de minderjarige van twaalf of ouder hierop prijs stelt, ambtshalve een beslissing geven op de voet van artikelen 1:377a of 1:377b BW, dan wel beslissingen op de voet van artikel 1:377e wijzigen. Dit geldt ook indien de minderjarige de leeftijd van twaalf jaren niet heeft bereikt, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen.

Zoals in paragraaf 3.3.6 is besproken, is artikel 1:377h vervallen.

⁶¹ M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijks- vermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 256.

4. Voortgezet ouderschap in Aruba na scheiding⁶²

In dit hoofdstuk wordt beschreven hoe en waar het voortgezet ouderschap in Aruba is geregeld. Ter inleiding zal eerst kort uiteen worden gezet hoe en waar het echtscheidingsrecht in Aruba is geregeld. Vervolgens wordt er ingegaan op het voortgezet ouderschap en worden de regelingen omtrent het gezag en omgang uitvoerig beschreven.

4.1 Wetgeving met betrekking tot echtscheiding

Overeenkomstig het Nederlands echtscheidingsrecht is de echtscheiding en zaken die hiermee te maken hebben, zoals gezamenlijk gezag en omgang in Aruba in boek 1 BW geregeld en in Burgerlijke Rechtsvordering. Het echtscheidingsrecht is in januari 2002 ingrijpend gewijzigd. De wetgever heeft de schadelijke gevolgen van de vechtscheidingen willen beperken door een schuldloze echtscheiding in te voeren. De rechter hoeft niet meer te bepalen bij wie van de echtgenoten de schuld van de echtscheiding ligt. De procedures zijn versneld en humaner. Partijen worden nu meer gestimuleerd om in onderling overleg afspraken te maken. Volgens het oude echtscheidingsrecht kon men alleen van echt scheiden indien overspel of geweld of mishandeling of grove belediging aangetoond kon worden. Volgens het nieuwe echtscheidingsrecht kan men van echt scheiden indien er sprake is van duurzame ontwrichting van het huwelijk, zoals aangegeven in artikel 1:151 BW. Deze grond komt overeen met het Nederlandse echtscheidingsrecht. In het Nederlandse artikel 1:151 BW staat namelijk dat de echtscheiding kan worden uitgesproken indien het huwelijk duurzaam is ontwricht⁶³. Net als in Nederland kan men alleen van echt scheiden door middel van een verzoekschrift (eenzijdig of gemeenschappelijk). De Arubaanse wetgeving kent geen geregistreerd partnerschap. Naast het huwelijk bestaat ook het samenwonen van de partners al dan niet met een notariële samenlevingsovereenkomst.

4.2 Voortgezet ouderschap na scheiding

Boek 1 BW is in Aruba op diverse punten genuanceerd en door middel van jurisprudentie wordt aan verschillende artikelen een extensieve uitleg gegeven (hierover meer in de volgende paragrafen). Hierdoor volgt Aruba op verschillende punten de ontwikkelingen van Nederland. Aruba kent echter geen geformaliseerd ouderschapsplan zoals in Nederland. Aruba kent ook geen andere verplichting om het voortgezet ouderschap te waarborgen. In Noorwegen is bijvoorbeeld één mediationssessie verplicht voor ouders die gaan scheiden met minderjarigen.⁶⁴ In de praktijk komt het wel eens voor dat ouders in het echtscheidingsconvenant afspraken maken omtrent de kinderen. Dit zou men kunnen zien als een soort van ouderschapsplan. Het verschil met Nederland is echter dat het geen wettelijke verplichting is. In de praktijk komt het ook voor dat de rechter de ouders doorstuurt naar een mediator. Dit heeft echter alleen een positief effect als ouders beide er aan mee willen werken.

4.3 Ouderlijk gezag en omgang

In Aruba spelen gezag en omgang ook een belangrijke rol bij de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken bij gescheiden ouders. Hieronder worden de belangrijkste bepalingen beschreven die betrekking hebben op gezag en omgang.

4.3.1 Ouderlijk gezag

Onder ouderlijk gezag wordt net als in Nederland verstaan, de plicht en het recht van de ouder zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden, artikel 1:247 lid 1 BW. Onder verzorging en opvoeding wordt mede verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind en het bevorderen van de ontwikkeling van zijn

⁶² De term 'scheiding' geeft zowel de beëindiging van een formele relatie als de beëindiging van een informele relatie aan.

⁶³ Lezing gezamenlijk ouderlijk gezag gegeven door mr. mevr. M. Malmberg 2010

⁶⁴ M. van der Lans, Het ouderschapsplan in de rechtspraak, Justitiële verkenningen, jrg. 37, nr. 6, 2011, p. 20.

persoonlijkheid, artikel 1:247 lid 2 BW. Ingevolge artikel 1:245 lid 3 BW wordt het ouderlijk gezag door de ouders gezamenlijk of door één ouder uitgeoefend. Op grond van artikel 1:253b BW oefent de moeder van het kind van rechtswege gezag over het kind uit, indien alleen het moederschap vaststaat, of indien de vader en moeder niet met elkaar gehuwd zijn, dan wel gehuwd zijn geweest en zij het gezag niet gezamenlijk uitoefenen. Als het kind dus wordt geboren in het huwelijk hebben de ouders beide gezamenlijk gezag op grond van artikel 1:251 lid 1 BW.

4.3.2 Beginsel gezamenlijk gezag na scheiding

In Aruba is het beginsel gezamenlijk gezag na scheiding niet in de wet geregeld. In een uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 20 april 2010 is besloten dat in beginsel het gezamenlijk gezag na scheiding doorloopt, tenzij de rechter van mening is dat er zwaarwegende redenen zijn om één ouder te belasten met het gezag.⁶⁵ Dit beginsel komt overeen met het in Nederland gehanteerde beginsel, dat na scheiding het gezamenlijk gezag doorloopt. Om het gezamenlijk gezag uit te kunnen oefenen na echtscheiding, dient er wel door de ouder die niet met het gezamenlijk gezag is belast een verzoek ingediend te worden bij het gerecht in eerste aanleg in Aruba. Uit de praktijk blijkt dat gezamenlijk gezag bijna altijd wordt toegekend, omdat dit in het belang van het kind is. Ook indien de ouders minder goed met elkaar communiceren, zal slechts in uitzonderlijke gevallen worden aangenomen dat het belang van het kind vereist dat één van de ouders met het ouderlijk gezag wordt belast. Indien de (communicatie) problemen tussen ouders zodanig ernstig zijn dat er een onaanvaardbaar risico bestaat dat het kind bij gezamenlijk gezag van de ouders klem of verloren raakt tussen de ouders en niet te verwachten valt dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering komt, wordt het verzoek afgewezen.⁶⁶

In Aruba is een ontwerp landsverordening in behandeling, waarover de Raad van Advies op 2 juni 2010 advies heeft uitgebracht. In dit ontwerp wordt het beginsel van het Nederlandse recht gevolgd, namelijk dat gezamenlijk gezag na scheiding doorloopt en dat slechts bij uitzondering één ouder belast wordt met het ouderlijk gezag. In de toelichting wordt opgemerkt dat gezamenlijk gezag als voordeel heeft dat beide ouders op hun verantwoordelijkheid jegens het kind kunnen worden aangesproken.⁶⁷

4.3.3 Gezamenlijk gezag na ontbinding huwelijk ex artikel 1:251 lid 2 BW

In het huidige boek 1 BW van Aruba staat in art 1:251 lid 2 BW dat de ouders na ontbinding van het huwelijk of na scheiding van tafel en bed alsmede bij scheiding van tafel en bed op eensluidend verzoek gezamenlijk belast blijven met de uitoefening van het gezag⁶⁸. De Hoge Raad heeft in een uitspraak van 28 maart 2008 bepaald dat dit een ongeoorloofde inperking vormt van het door artikel 6 lid 1 EVRM aan de vader gegarandeerde recht op toegang tot de rechter ter vaststelling van zijn recht op 'family life' op grond van artikel 8 lid 1 EVRM.⁶⁹ De rechter heeft in deze uitspraak besloten dat voor de in artikel 1:252 lid 2 BW liggende beperking van het recht op toegang tot de rechter, doordat het gezamenlijk gezag slechts door beide ouders kan worden verzocht, onvoldoende grond bestaat. De vader moet ten minste aan de rechter de vraag kunnen voorleggen of er een grond bestaat die tot wijziging leidt van het eenhoofdig gezag van de moeder naar gezamenlijk gezag. Artikel 1:251 lid 2 BW moet zo worden uitgelegd dat aan toewijzing van een verzoek om na echtscheiding gezamenlijk belast te blijven met de uitoefening van het gezag niet in de weg staat dat het

⁶⁵ Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Ned. Antillen en Aruba 20 april 2010, *LJN BM3147*.

⁶⁶ Lezing gezamenlijk ouderlijk gezag, gegeven door mevr. mr. M.M. Malmberg 2010.

⁶⁷ Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Ned. Antillen en Aruba 16 augustus 2011, *LJN BT2480*

⁶⁸ M.K.M Dewaerheijt, *Het Arubaans en Nederlands- Antilliaans personen, familie- en erfrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 80.

⁶⁹ Hoge Raad 28 maart 2008, *LJN BC 2255*.

verzoek slechts door een ouder is gedaan.⁷⁰ Dit betekent voor de praktijk dat ook een ouder na echtscheiding alleen een verzoek kan indienen voor eenhoofdig gezag of gezamenlijk gezag.

4.3.4 Gezamenlijk gezag van ongehuwden ex artikel 1:252 lid 1 BW

Tegenwoordig is het niet altijd vanzelfsprekend dat ouders getrouwd zijn. Ouders van minderjarigen kunnen bijvoorbeeld ook samenwonen. Bij samenwonenden partners kan een onderscheid worden gemaakt tussen samenwonenden met een notariële samenlevingsovereenkomst en samenwonenden zonder samenlevingsovereenkomst. Indien een kind wordt geboren in een relatie waarin de ouders niet zijn gehuwd, krijgt de moeder bij de geboorte van rechtswege het gezag over de minderjarige. De vader moet echter eerst het kind erkennen om vervolgens op gezamenlijk verzoek gezamenlijk gezag te verkrijgen. Het gezamenlijke verzoek van ongehuwde ouders is neergelegd in artikel 1:252 lid 1 BW⁷¹. Indien de ouders het gezamenlijk gezag uitoefenen, kunnen ze naar de notaris gaan voor een samenlevingsovereenkomst. In deze samenlevingsovereenkomst kunnen ze opnemen dat het gezamenlijk gezag doorloopt indien zij uit elkaar gaan. De ouders kunnen natuurlijk ook nog andere afspraken in de overeenkomst regelen, zoals de kosten voor een minderjarige.

De Hoge Raad heeft in een uitspraak van 27 mei 2005 (dezelfde uitspraak die in het vorige hoofdstuk bij Nederland is besproken bij ongehuwde partners)⁷² bepaald dat de regeling van artikel 1:252 lid 1 BW een ongeoorloofde beperking met zich mee brengt. In dit artikel ligt de beperking dat slechts op gezamenlijk verzoek van de ouders gezamenlijk gezag kan worden aangevraagd. Volgens de Hoge Raad is dit een ongeoorloofde beperking van het gegarandeerde recht op toegang tot de rechter (artikel 6 lid 1 EVRM) ter vaststelling van het recht op 'family life' (artikel 8 lid 1 EVRM). Hier is dezelfde redenering te zien als bij artikel 1:251 lid 2 BW.

De tot gezag bevoegde vader van de minderjarige, die nooit het gezamenlijk gezag met de moeder heeft uitgeoefend kan de rechter op grond van artikel 1:253c lid 1 BW verzoeken hem met het gezag over het kind te belasten. Vervolgens is in artikel 1:253e BW beschreven dat inwilliging van een verzoek van één van de ouders als bedoeld in artikelen 1:253b, 1:253c of 1:253d, indien de ander het gezag tot dusverre uitoefende, tot gevolg heeft dat de laatste het gezag verliest.

Gelet op de uitspraak van de Hoge Raad moet artikel 1:253c lid 1 BW in overeenstemming met artikel 6 lid 1 EVRM als volgt worden uitgelegd; de vader kan niet alleen om toekenning van eenhoofdig gezag verzoeken, maar hij kan ook gezamenlijk gezag over het kind verzoeken. Artikel 1:253e BW moet vervolgens als volgt worden uitgelegd; indien het verzoek van de vader ingevolge art 1:253c lid 1 BW tot toekenning van gezamenlijk gezag over het kind wordt ingewilligd, heeft dit tot gevolg dat de moeder die tot dusverre alleen het gezag uitoefende dit nu gezamenlijk met de vader moet uitoefenen⁷³. Voor de praktijk in Aruba betekent dit dat indien ouders ongehuwd zijn, de ouder die niet met het gezag is belast alleen een verzoek kan indienen om gezamenlijk gezag te verkrijgen.

4.3.5 Belang van het gezamenlijk gezag

Net als in Nederland wordt in Aruba grote waarde gehecht aan het doorlopen van het gezamenlijk gezag na scheiding. Zoals in het vorige hoofdstuk aangegeven is, zijn er ook tegenstanders van het gezamenlijk gezag na scheiding. Om aan te tonen dat ook in Aruba

⁷⁰ Hoge Raad 28 maart 2008, *LJN BC 2255*.

⁷¹ M.K.M Dewaerheijt, *Het Arubaans en Nederlands- Antilliaanse personen, familie- en erfrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 80.

⁷² Hoge Raad 27 mei 2005, *NJ 2005, 485*.

⁷³ Zie voetnoot 70.

veel waarde wordt gehecht aan gezamenlijk gezag na scheiding, zijn er een aantal dossiers bestudeerd waarin de geschillenregeling van artikel 1:253a BW wordt toegepast⁷⁴ (hierover meer in hoofdstuk vier, paragraaf 4.2.5).

- EJ nr. 431 VN 2011 (bijlage 2). In deze zaak zijn de man en vrouw bij beschikking van 15 augustus 2011 gescheiden. De vrouw heeft verzocht om het eenhoofdige gezag. De vrouw heeft hier om verzocht, omdat de man drankproblemen heeft. In het dossier zijn diverse verklaringen te vinden waarin wordt aangegeven dat de man drank gebruikt in het bijzijn van de kinderen en dat de man onverantwoordelijk met de kinderen omgaat (kinderen alleen bij het zwembad laten, geen regelmaat etc.) De rechter is van mening dat ondanks de periodieke drankproblemen van de man, nimmer moeilijkheden zijn ontstaan met de uitoefening van het gezag over de kinderen. De rechter is ook van mening dat er verder geen feiten en omstandigheden zijn waaruit volgt dat de voortzetting van het gezamenlijk gezag niet mogelijk is. De ouders blijven dan ook het gezag gezamenlijk uitoefenen over de kinderen. De ouders zijn nu nog aan het procederen over het gezamenlijk gezag. Deze zaak illustreert dat het gezamenlijk gezag na scheiding tot veel conflicten kan leiden. Tevens laat deze zaak zien dat de rechter veel waarde hecht aan het gezamenlijk gezag na scheiding en dat er lang geprocedeerd kan worden omtrent het gezamenlijke gezag.
- EJ nr. 2178 van 2009 (bijlage 3). In deze zaak zijn de man en vrouw ongehuwd. De vader heeft het kind erkend en wordt ook belast met het gezag over het kind. De relatie tussen de vader en de moeder is slecht en er ontstaan al snel communicatieproblemen en conflicten rondom het kind. De moeder verblijft illegaal in Aruba en heeft geen vaste verblijfplaats. De vader heeft echter wel een legale status om op Aruba te verblijven. Uit een rapport van de voogdijraad komt naar voren dat het kind diverse achterstanden heeft, waaronder een spraak achterstand en een emotionele achterstand. Uit het rapport komt ook naar voren dat het kind een onstabiel leven heeft mede doordat de moeder illegaal op Aruba verblijft en dat het kind geen algemene ziektekosten verzekering heeft, waardoor de moeder vaak niet met het kind naar de dokter of tandarts gaat omdat ze het geld niet heeft. De moeder werkt ook niet mee met het verkrijgen van een Nederlands paspoort. Naar aanleiding van het rapport wordt het kind onder toezicht gesteld. Vervolgens ontstaan er conflicten omtrent het gezag. De vader heeft verzocht om eenhoofdige gezag, dit verzoek is echter afgewezen en de vader en moeder werden gezamenlijk met het gezag belast. De vader heeft om eenhoofdige gezag verzocht omdat de moeder helemaal niet of slecht voor het kind zorgt. Dit blijkt ook uit een rapport van de voogdijraad. Hieruit blijkt onder andere dat de moeder het kind slecht te eten geeft, het kind weinig of niet verschoond, niet betrokken is bij het kind en zelfs doodsb bedreigingen uit tegen over de vader en het kind. De vader verzoekt om het gezamenlijk gezag op te heffen, ook dit wordt weer afgewezen. Uiteindelijk is bij beschikking van 6 juli 2011 de vader met het eenhoofdige gezag belast. Bij de beslissing is het klem- en verloren criterium in acht genomen. Ook deze zaak illustreert dat de rechter veel waarde hecht aan het gezamenlijke gezag na scheiding, terwijl er aanwijzingen zijn dat het gezamenlijk gezag niet in het belang van het kind is.

4.3.6 Geschillenregeling ex artikel 1:253a BW

Indien bij het uitoefenen van gezamenlijk gezag geschillen ontstaan tussen beide ouders, kan artikel 1:253a BW in het leven worden geroepen. Op verzoek van één ouder of van beide ouders kan het geschil voor de rechter worden voorgelegd. De rechter zal een beslissing nemen dat in het belang van het kind is. De wet stelt geen eisen aan de aard van

⁷⁴ De uitspraken zijn niet gepubliceerd, daarom zijn de uitspraken als bijlagen bijgevoegd. In verband met de privacy zijn de persoonlijke gegevens weggestreept.

of de ernst van het geschil. De rechter zal altijd eerst proberen de ouders alsnog tot elkaar te brengen om een oplossing te vinden. Indien dit niet lukt, kan hij de wens van één van de ouders volgen of zelf een beslissing nemen, het belang van het kind zal echter altijd voorop staan. De rechter dient alle omstandigheden van het geval in acht te nemen. Het belang van kind weegt altijd zwaarder bij geschillen omtrent gezamenlijke gezagsuitoefening dan andere belangen.⁷⁵

Zoals beschreven in het vorige hoofdstuk bestaat in Nederland de raad voor de kindbescherming. In Aruba wordt dit de voogdijraad genoemd. De voogdijraad in Aruba heeft dezelfde functie als in Nederland zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.3.4.

4.3.7 Omgang en informatie

Het recht van omgang en informatie zijn naast gezag belangrijke onderdelen bij de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken na de scheiding. Het recht op omgang is neergelegd in artikel 9 IVRK. De ouder die niet met het gezag is belast en het kind hebben recht op omgang met elkaar op grond van artikel 1:377a BW.⁷⁶ Zoals in het vorige hoofdstuk is aangegeven, is het belangrijk dat de ouders in onderling overleg zo snel mogelijk in de scheidingsprocedure een regeling maken omtrent omgang en informatie. Een regeling getroffen in onderling overleg functioneert over het algemeen het beste⁷⁷. Indien de ouders samen niet uit een omgangsregeling komen dan kan een van de ouders de rechter verzoeken op grond van artikel 1:377a lid 2 BW een regeling inzake de uitoefening van het omgangsrecht vast te stellen, al dan niet voor een bepaalde tijd. De rechter kan in een aantal gevallen het recht op omgang ontfeggen op grond van artikel 1:377a lid 3 BW. In Aruba zijn dit dezelfde gronden als in Nederland. Voor de gronden wordt dan ook verwezen naar hoofdstuk drie, paragraaf 3.3.5.

De wettelijke regeling omtrent de wijziging van de omgangsregeling is hetzelfde als in Nederland. Voor de wijziging van de omgangsregeling wordt dan ook verwezen naar hoofdstuk drie, paragraaf 3.3.6.

In tegenstelling tot het Nederlandse recht, bestaat artikel 1:377f BW nog in het Arubaanse recht. In dit artikel is neergelegd dat de rechter een omgangsregeling kan vaststellen tussen het kind en degene die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind. De rechter kan het verzoek afwijzen, indien het belang van het kind zich tegen de toewijzing verzet of indien het kind dat twaalf jaar of ouder is bezwaar maakt. In Nederland is dit bij de invoering van de 'Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' bij artikel 1:377a BW toegevoegd.

Het laatste artikel in het Arubaanse omgangsrecht is artikel 1:377h BW. Ook dit artikel is sinds de invoering van de 'Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' in Nederland vervallen. Dit artikel is in Nederland opgenomen bij artikel 1:253a BW. In Aruba bestaat het artikel echter nog wel. In artikel 1:377h BW is de regeling neergelegd dat in geval de ouders het gezag gezamenlijk uitoefenen, zij of één van hen de rechter kan verzoeken een regeling vast te stellen inzake de omgang tussen het kind en ouder bij wie het kind zijn gewone verblijfsplaats niet heeft, of inzake het verschaffen van informatie.

Net als in Nederland bestaat in Aruba het recht op informatie. Dit recht is neergelegd in artikel 1:377b BW en artikel 1:377c BW. Het recht van informatie is op dezelfde wijze geregeld als in Nederland (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.3.9). Indien ouders gezamenlijk

⁷⁵ M.J.C. Koens & A.P.M.J. Vonken, *Personen- en familierecht, tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2010, p. 358.

⁷⁶ S.F.M Wortmann & J. van Duivendijk-Brand, *Compendium, personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 203.

⁷⁷ A. Heida & C.A. Kraan & Q.J. Marck, *Echtscheidingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 89.

gezag hebben en er ontstaan geschillen omtrent de informatieverplichting wordt dit in de praktijk opgelost door middel van de geschillenregeling van artikel 1:253a BW. Ouders kunnen ook in het echtscheidingsconvenant afspraken vastleggen omtrent de informatieverplichting.

5. Verschillen en overeenkomsten

In de voorgaande hoofdstukken is beschreven hoe het voortgezet ouderschap na scheiding in Nederland en in Aruba is geregeld. Dit hoofdstuk gaat in op de verschillen en overeenkomsten tussen beide Koninkrijkslanden. Het grootste verschil is dat Aruba in tegenstelling tot Nederland geen ouderschapsplan kent. Daarnaast bestaan er ook verschillen en overeenkomsten tussen de wetgevingen van beide landen. Deze verschillen en overeenkomsten zullen dan ook in dit hoofdstuk beschreven worden.

5.1 Verschillen en overeenkomsten met betrekking tot echtscheiding

Voor zowel Nederland als Aruba geldt als echtscheidingsgrond 'duurzame ontwrichting van het huwelijk' op grond van artikel 1:151 BW. In Aruba is deze grond echter wel later ingevoerd, namelijk in 2002. In beide landen begint de echtscheiding met een verzoekschrift. Aruba kent in tegenstelling tot Nederland geen geregistreerd partnerschap.

5.2 Ouderlijk gezag

In de volgende paragrafen zullen de verschillen en overeenkomsten met betrekking tot ouderlijk gezag uiteen worden gezet. In de voorgaande hoofdstukken zijn verschillende artikelen aan bod gekomen omtrent het gezag. In de onderstaande paragrafen komen de verschillen en overeenkomsten per artikel aan bod.

5.2.1 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:247 BW en 1:247a BW

Artikel 1:247 lid 1 BW is in beide landen hetzelfde. Het eerste verschil begint bij lid 2 van artikel 1:247 BW. De laatste volzin die in Nederland is opgenomen namelijk; *in de verzorging en opvoeding van het kind passen de ouders geen geestelijke of lichamelijke geweld of enige andere vernederende behandeling toe*, is in Aruba niet opgenomen. In Nederland is de laatste volzin toegevoegd bij de wet van 8 maart 2007, Stb. 145, inwerking getreden op 25 april 2007. Dit onderdeel is toegevoegd om een bijdrage te leveren aan het voorkomen van het gebruik van geestelijke of lichamelijke geweld of van enige andere vernederende behandeling van kinderen in de verzorging en opvoeding.⁷⁸ Aruba heeft dit niet opgenomen in de wet. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat Aruba achterloopt met de wetgeving ten opzichte van Nederland. Wijzigingen die in Nederland al zijn ingevoerd, zijn in Aruba vaak nog niet ingevoerd.

Een groot verschil tussen Nederland en Aruba met betrekking tot artikel 1:247 BW zijn leden 3, 4 en 5. Aruba heeft deze leden niet toegevoegd. In Nederland zijn deze leden toegevoegd naar aanleiding van 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding'. Aruba kent deze wet niet, dit verklaart het verschil tussen Nederland en Aruba. In Nederland is artikel 1:247a BW toegevoegd naar aanleiding van de bovengenoemde wet. Aruba kent dit artikel dus ook niet, omdat ze geen ouderschapsplan heeft.

5.2.2 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:251 BW en 1:251a BW

Artikel 1:251 BW is gelet op het eerste lid in beide landen hetzelfde. Het verschil begint bij lid 2 en verder. In Nederland is in lid 2 van artikel 1:251 BW bepaald dat het gezamenlijk gezag doorloopt na ontbinding van het huwelijk. In Nederland is dit de hoofdregel. In Aruba staat echter in lid 2 dat de ouders gezamenlijk belast blijven met het ouderlijk gezag, indien zij een eensluidend verzoek indienen bij de rechter. In een uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 20 april 2010 is echter besloten dat als uitgangspunt moet worden genomen dat in beginsel gezamenlijk gezag na scheiding doorloopt. Dit komt dus overeen met Nederland. Uit de praktijk in Aruba blijkt echter wel dat

⁷⁸ M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijks- vermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 215.

er altijd een verzoek tot gezamenlijk gezag wordt ingediend. Een mogelijke verklaring hiervoor is, is dat er uit zekerheid toch een verzoek wordt ingediend omdat de wet nog niet is aangepast. Uit de praktijk blijkt dat gezamenlijk gezag bijna altijd wordt toegekend. Alleen in uitzonderlijke gevallen wordt eenhoofdig gezag toegewezen⁷⁹. Zowel in Aruba als in Nederland wordt veel waarde gehecht aan het gezamenlijk gezag na scheiding (zie hoofdstuk drie en vier)

In Nederland loopt van rechtswege het gezamenlijk gezag na scheiding door. Indien één van de ouders niet wil dat het gezamenlijk doorloopt moet zij een verzoek indienen bij de rechter op grond van artikel 1:251a BW. Alleen de wens is echter onvoldoende, er dient sprake te zijn van het klem- en verloren criterium of eenhoofdig gezag moet anderszins in het belang van het kind zijn (zie hoofdstuk drie, paragraaf 3.3.4).

In Aruba is artikel 1:251a BW niet opgenomen in de wet. Nederland kent dit artikel sinds de invoering van het ouderschapsplan in 2009. In Nederland is in dit artikel onder andere het klem- en verloren criterium opgenomen. Uit de praktijk blijkt echter dat het klem- en verloren criterium wel wordt toegepast in Aruba, maar dan op grond van jurisprudentie. In hoofdstuk 4 paragraaf 4.2.4 is een zaak aan bod gekomen (EJ nr. 2178 VAN 2009, zie bijlage 3). In deze zaak komt duidelijk het klem- en verloren criterium naar voren. Deze uitspraak illustreert dat er in de wetgeving verschillen zijn tussen beide landen, maar dat door de toepassing van jurisprudentie er in de praktijk overeenkomsten zijn.

In Nederland heeft de minderjarige een informele rechtsingang op grond van artikel 1:251a lid 4 BW. Aruba heeft deze mogelijkheid niet opgenomen in de wet. Uit de jurisprudentie blijkt niet dat dit artikel wordt toegepast in Aruba. In Aruba worden wel net als in Nederland kinderen van twaalf en ouder gehoord op grond van artikel 809 Rv. Voor kinderen onder de twaalf jaar kan de rechter een beslissing nemen om het kind te horen.

5.2.3 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:252 BW

Artikel 1:252 BW gaat over gezamenlijk gezag van ongehuwden. Over het algemeen is dit artikel in beide landen vrijwel hetzelfde, op één verschil na. Nederland heeft de mogelijkheid tot geregistreerd partnerschap, Aruba niet. In Nederland is daarom in lid 1 in de eerste zin opgenomen: *de ouders die niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan*. In Aruba bestaat de mogelijkheid tot geregistreerd partnerschap niet, daarom is dit ook niet opgenomen in lid 1.

Zowel in Aruba als in Nederland dienen de ouders die geen formele relatie zijn aangegaan en zij willen wel gezamenlijk gezag, dit op beider verzoek in de registers aantekenen. Zowel voor Nederland als voor Aruba heeft de Hoge Raad besloten, dat op 'beider' verzoek een ongeoorloofde beperking vormt op het aan artikel 6 lid 1 EVRM gegarandeerde recht tot toegang tot een recht ter vaststelling van het recht op 'family life' op grond van artikel 8 lid 1 EVRM. In de praktijk kan dus zowel in Nederland als in Aruba een bevoegde ouder alleen gezamenlijk gezag verzoeken, ook al is hij niet gehuwd of geen geregistreerd partner.

5.2.4 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:253a BW

Artikel 1:253a BW is zowel in Nederland als in Aruba de geschillenregeling. In dit artikel is neergelegd dat indien ouders geschillen hebben omtrent de uitoefening van het gezag, de ouders of één van hen dit geschil kan voorleggen aan de rechter. Tussen Nederland en Aruba zijn er grote verschillen met betrekking tot dit artikel. In Aruba bestaat artikel 1:253a BW uit een lid. Voor 2009 bestond in Nederland artikel 1:253a BW ook slechts uit een lid. Na invoering van 'de wet Voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' is artikel 1:253a BW gewijzigd. In Nederland zijn er vijf leden aan toegevoegd (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.3.6).

⁷⁹ Lezing gezamenlijk ouderlijk gezag gegeven door mevr. mr. M.M. Malmberg 2010, geraadpleegd op 1 maart 2012

5.3 Omgang

In de voorgaande paragrafen zijn overeenkomsten en verschillen omtrent het gezag uiteen gezet. In de volgende paragrafen worden de overeenkomsten en verschillen weer gegeven omtrent de omgang.

5.3.1 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:377a BW

Het recht op omgang en informatie begint zowel in Aruba als in Nederland bij artikel 1:377a BW. De inhoud van het artikel verschilt echter wel tussen beide landen. In Nederland staat in lid 1 dat het kind naast zijn ouders ook recht op omgang heeft met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staan. In lid 2 staat dan ook beschreven dat niet alleen de ouders een verzoek tot een omgangsregeling kunnen in stellen, maar ook degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan (zie paragraaf 3.3.6). In Aruba is in artikel 1:377a lid 1 en lid 2 neergelegd dat de met gezag belaste ouder en het kind recht hebben op omgang en dat de ouders of één van hen een verzoek kunnen indien voor een omgangsregeling. In artikel 1:377f BW is in Aruba neergelegd dat ook degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan een omgangsregeling kunnen verzoeken. In Nederland was dit voor 2009 ook in een apart artikel geregeld, namelijk in artikel 1:377f BW. Door 'De Wet voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' is deze mogelijkheid bij artikel 1:377a gevoegd. In Aruba is deze mogelijkheid nog wel bij artikel 1:377f geregeld. In de praktijk is er weinig verschil. In beide landen kan een persoon die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind een omgangsregeling verzoeken. In Nederland is artikel 1:377a BW de wettelijke grondslag en in Aruba is artikel 1:377f BW de wettelijke grondslag. De gronden waarop de rechter de omgangsregeling kan ontzeggen, lid 3, zijn zowel in Nederland als in Aruba hetzelfde.

5.3.2 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:377e en 1:377f BW

Artikel 1:377e BW gaat over de wijziging van de omgangsregeling. Zowel in Aruba als in Nederland is dit artikel hetzelfde.

Zoals al is aangegeven in hoofdstuk 5, paragraaf 5.3.1, is artikel 1:377f BW in Nederland toegevoegd bij artikel 1:377a BW. In Aruba bestaat dit artikel nog wel.

5.3.3 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:377b en 1:377c BW

In artikel 1:377b BW is het recht op informatie vastgelegd. 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. De eerste twee leden zijn zowel in Nederland als in Aruba hetzelfde. In lid 3 van het Nederlandse artikel 1:377b BW wordt verwezen naar artikel 1:377e BW. Hierin is de wijziging van de omgangsregeling opgenomen. Op grond van artikel 1:377b lid 3 BW kan de rechter, indien hij een informatieregeling heeft vastgesteld, dit wijzigen. De wijziging kan alleen plaatsvinden indien een van de gronden van artikel 1:377e aanwezig zijn (zie paragraaf 3.3.6). In Aruba wordt in lid 3 niet verwezen naar artikel 1:377e BW, maar is in het artikel beschreven dat de rechter een regeling kan wijzigen. Hierbij zijn de gronden van artikel 1:377e BW al opgenomen.

In artikel 1:377c BW is de informatieplicht opgenomen voor derden jegens de niet met gezag belaste ouder. Dit artikel kent geen verschillen tussen Nederland en Aruba. Ook in de praktijk zijn hier geen verschillen.

Indien ouders gezamenlijk gezag hebben zou het vanzelfsprekend moeten zijn dat ouders elkaar informatie verschaffen omtrent de minderjarige. Dit is in de praktijk helaas niet het geval. In de Nederlandse praktijk worden in het ouderschapsplan afspraken gemaakt omtrent

de informatieplicht ook al hebben de ouders beide het gezag. In Aruba wordt de geschillenregeling van artikel 1:253a BW in het leven geroepen.

5.3.4 Verschillen en overeenkomsten ex artikel 1:377g en 1:377h BW

Artikel 1:377g BW gaat over de rechtsgang van het kind. Dit artikel is zowel in Nederland hetzelfde als in Aruba.

Artikel 1:377h BW bestaat echter niet meer in Nederland. Sinds 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' is dit artikel bij artikel 1:253a BW gevoegd (zie hoofdstuk drie, paragraaf 3.3.6). In Aruba bestaat het artikel echter nog wel. In artikel 1:377h BW is de regeling neergelegd dat in geval de ouders het gezag gezamenlijk uitoefenen, zij of één van hen de rechter kan verzoeken een regeling vast te stellen inzake de omgang tussen het kind en ouder bij wie het kind zijn gewone verblijfsplaats niet heeft, of inzake het verschaffen van informatie.

6. Problemen in Nederland omtrent het voortgezet ouderschap

In de voorgaande hoofdstukken is het voortgezet ouderschap uiteen gezet voor Nederland en Aruba en zijn de verschillen in de wetgeving en de praktijk benoemd. In dit hoofdstuk komen de problemen aan bod die zich rondom het voortgezet ouderschap in Nederland afspelen.

6.1 Kritiek op het ouderschapsplan

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel en nadat het ouderschapsplan is ingevoerd, is er door verschillende politici, rechtsgeleerden en onderzoekers kritiek geuit op het verplichte ouderschapsplan. In de volgende paragrafen zullen de kritiekpunten aan bod komen.

6.1.1 Toegang tot de rechter formele relaties

Indien er geen ouderschapsplan wordt opgesteld, is in beginsel het verzoekschrift tot echtscheiding niet ontvankelijk. Dit brengt de vraag met zich mee hoe het zit met het recht tot toegang tot de rechter op grond van artikel 6 EVRM. Op het ontvankelijkheidsvereiste is dan ook veel kritiek geuit. Naar aanleiding van deze kritiek is er in de Eerste Kamer gedebatteerd over het verplichte ouderschapsplan. Tijdens dit debat is naar voren gekomen dat de niet-ontvankelijkheidsverklaring van een verzoeker alleen mogelijk is bij een gemeenschappelijk verzoek waarbij geen ouderschapsplan is overgelegd. In dergelijke gevallen kan de verzoeker altijd een eenzijdig verzoek indienen.⁸⁰ Door deze oplossing zou het recht tot toegang tot de rechter gewaarborgd blijven. In de wettekst van het ouderschapsplan wordt echter geen onderscheid gemaakt tussen eenzijdige en gemeenschappelijke verzoeken. In de praktijk blijkt dan ook dat rechters de wettekst volgen.⁸¹ Uit het procesreglement scheiding blijkt uit artikel 2.2 jo 2.3 dat de sanctie van niet ontvankelijkheid vanwege het ten onrechte ontbreken van een ouderschapsplan voor alle verzoekschriften geldt, dus ook voor eenzijdige verzoekschriften. De oplossing van het eenzijdige verzoekschrift om de toegang tot de rechter te waarborgen gaat dus in de praktijk niet op.

In artikel 815 lid 6 Rv is een ontsnappingsclausule opgenomen. Indien het redelijkerwijs niet mogelijk is om het ouderschapsplan te overleggen, kan worden volstaan met overlegging van andere stukken. Hierdoor kan het verzoekschrift tot echtscheiding wel ontvankelijk worden verklaard. De rechter zal beoordelen of het ouderschapsplan wel of niet redelijkerwijs opgesteld kan worden. Bij critici bestond echter de vraag of de ontsnappingsclausule wel voldoende waarborgen biedt om de toegang tot de rechter op grond van artikel 6 EVRM te garanderen.

Er zijn een aantal voorbeelden waarin ouders niet konden scheiden omdat zij geen ouderschapsplan hadden. Een van deze voorbeelden is een uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 15 juni 2010.⁸² In deze zaak ging het om een vrouw die geen ouderschapsplan had opgesteld. De rechtbank heeft haar de mogelijkheid gegeven om alsnog een ouderschapsplan op te stellen. De vrouw heeft nu wel een ouderschapsplan, maar deze voldoet echter niet aan de wettelijke vereisten. De rechtbank heeft haar vervolgens in de gelegenheid gesteld om te motiveren waarom zij niet in staat is een ouderschapsplan op te stellen die aan de wettelijke vereiste voldoet. De vrouw reageert echter niet meer op de verzoeken van de rechtbank. De vrouw wordt dan ook niet ontvankelijk verklaard, in haar verzoek tot echtscheiding. Een tweede voorbeeld is een uitspraak van de rechtbank Utrecht van 16 februari 2011.⁸³ In deze zaak is door de man een eenzijdig ouderschapsplan opgesteld, er is echter geen overeenstemming bereikt over het eenzijdige plan tussen de man en vrouw. Uit het ouderschapsplan blijkt ook niet op welke wijze de kinderen zijn

⁸⁰ Handelingen I 2008/2009, nr. 8, p. 402-404.

⁸¹ M. van der Lans, het ouderschapsplan in de rechtspraktijk, justitiële verkenningen, jrg. 37, nr. 6, 2011, p. 23.

⁸² Rechtbank Haarlem 15 juni 2010, *LJN BN1638*.

⁸³ Rechtbank Utrecht 16 februari 2011, *LJN BR4126*.

betrokken. De rechtbank is van mening dat de man onvoldoende pogingen heeft gedaan om met de vrouw tot een ouderschapsplan te komen. De rechtbank merkte ook op dat de inhoud van het eenzijdige ouderschapsplan niet in het belang van de kinderen is. In het eenzijdige ouderschapsplan is onder andere opgenomen dat de man geen contact- zorgregeling wil met de kinderen. Verder is er in het ouderschapsplan opgenomen dat de moeder met het eenhoofdige gezag wordt belast en dat de man niet zal bijdragen in de kosten van de kinderen. De man wordt dan ook niet ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot echtscheiding.

Of een beroep op de ontsnappingsclausule slaagt, moet per geval door de rechter worden beoordeeld. Uit jurisprudentie blijkt dat onder andere in de volgende gevallen een beroep op de ontsnappingsclausule gedaan kan worden;

- Uiteenlopende standpunten en ernstig verstoorde communicatie: in verschillende uitspraken is de ontsnappingsclausule toegepast op grond van uiteenlopende standpunten en ernstig verstoorde communicatie. Een voorbeeld hiervan is, is de uitspraak van de rechtbank Utrecht van 2 september 2009.⁸⁴ In deze zaak ging het om het volgende: de vrouw heeft in haar verzoekschrift tot echtscheiding een ouderschapsplan opgenomen. De vrouw stelde dat zij samen met haar man mondeling overeenstemming hebben bereikt over het ouderschapsplan. Uit het verweerschrift van de man en tijdens de zitting is gebleken dat partijen echter geen volledige overeenstemming hebben kunnen bereiken over de zorg- en opvoedingstaken, de wijze waarop zij elkaar informatie verschaffen en raadplegen met betrekking tot de kinderen en over de kosten van de verzorging en opvoeding van de kinderen. Bij de zitting heeft de rechter nog geprobeerd om de ouders tot een overeenstemming te brengen. Gebleken is dat partijen niet met elkaar kunnen communiceren over de kinderen. Partijen hebben uiteenlopende standpunten en er heerst onderlinge strijd. De rechter oordeelde dat redelijkerwijs van de ouders niet verwacht kan worden dat zij een ouderschapsplan opstellen. De ontsnappingsclausule van artikel 816 lid 6 Rv wordt dan ook toegepast. De rechter heeft een beslissing genomen over de verzochte nevenvoorzieningen.

Er zijn nog meer voorbeelden waarin uiteenlopende standpunten en verstoorde communicatie leidt tot toepassing van artikel 816 lid 6 Rv. In een uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 1 april 2010.⁸⁵ is ook gebruik gemaakt van artikel 816 lid 6 Rv wegens uiteenlopende standpunten en verstoorde communicatie. In een andere uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 4 april 2011⁸⁶ is artikel 816 lid 6 Rv ook toegepast op dezelfde grond als hierboven genoemd. Hier ging het echter om een geregistreerd partnerschap.

- Uithuisplaatsing van de kinderen: in een uitspraak van de rechtbank Groningen van 31 augustus 2010⁸⁷ heeft de rechter bepaald dat uithuisplaatsing van de kinderen een reden kan zijn om geen ouderschapsplan op te stellen. De ontsnappingclausule van artikel 816 lid 6 Rv kan toegepast worden.
- De vrouw verblijft in een vrouwenopvanghuis: in een uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 22 februari 2010⁸⁸ heeft de rechter geoordeeld dat redelijkerwijs het ouderschapsplan niet opgesteld hoeft te worden, omdat de vrouw in angst voor haar man in een vrouwenopvanghuis verblijft. Ook hier wordt artikel 816 lid 6 Rv gebruikt.

⁸⁴ Rechtbank Utrecht 2 september 2009, *LJN BJ6994*.

⁸⁵ Rechtbank 's-Gravenhage 1 april 2010, *LJN BM3090*.

⁸⁶ Rechtbank 's-Gravenhage 4 april 2011, *LJN BQ3546*.

⁸⁷ Rechtbank Groningen 31 augustus 2010, *LJN BN5877*.

⁸⁸ Rechtbank 's-Gravenhage 22 februari 2010, *LJN BL8027*.

Uit de hierboven genoemde voorbeelden en uit andere jurisprudentie blijkt dat de rechter de ontsnappingsclausule ruim toepast en dat in uitzonderlijke gevallen de verzoekers niet ontvankelijk worden verklaard. Het ouderschapsplan lijkt hiermee geen dusdanige grote drempel dat artikel 6 EVRM wordt geschonden.⁸⁹ Naar mijn mening is het ontvankelijkheidsvereiste zeer ongelukkig. Uit het bovenstaande blijkt dat de ontsnappingsclausule ruim wordt toegepast. Het blijft echter een feit dat een aantal ouders niet hebben kunnen scheiden vanwege het ontvankelijkheidsvereiste. Door het ontvankelijkheidsvereiste blijft er een kans bestaan dat ouders niet kunnen scheiden.

6.1.2 Toegang tot de rechter informele relaties

In hoofdstuk drie is beschreven dat het ouderschapsplan ook verplicht is voor ouders die een informele relatie willen beëindigen (artikel 1:247a BW). De kritiek hierop was dat ouders hun relatie kunnen verbreken zonder officiële instantie. Hierdoor zou het bijna onmogelijk worden om te controleren of ouders daadwerkelijk aan de verplichting van het ouderschapsplan hebben voldaan. De verplichting zou dan ook als een 'dode letter' worden gezien.⁹⁰ Om er voor te zorgen dat de regeling geen 'dode letter' is, is in de wet opgenomen dat ouders een gezamenlijk ouderschapsplan moet opstellen als ze op een later tijdstip een conflict over de uitoefening van het gezamenlijk gezag aan de rechter willen voorleggen. Indien ouders geen ouderschapsplan kunnen opstellen, houdt de rechter de zaak aan totdat het ouderschapsplan is opgesteld. De rechter houdt de zaak niet aan als het belang van het kind dit vergt (artikel 1:253a lid 3 BW). Dit kan als de ontsnappingclausule worden gezien bij informele relaties. Wat onder 'het belang van het kind' wordt verstaan is echter niet duidelijk. De rechter zal dit per geval moeten bekijken of aanhouding wel of niet in strijd is met het belang van het kind⁹¹.

Naar mijn mening strookt deze regeling niet met de gedachte achter het ouderschapsplan. De bedoeling van het ouderschapsplan is om afspraken te maken om te voorkomen dat er later conflicten ontstaan. De kans bestaat natuurlijk dat ouders die in een informele relatie zitten uit eigen beweging afspraken maken ook al zijn er nog geen conflicten. Echter niet alle ouders zullen hier aan denken. De kans bestaat dat ouders pas een ouderschapsplan gaan opstellen indien er al conflicten zijn, om aan de verplichting van het ouderschapsplan te voldoen.

6.1.3 Vertraging in de procedure

Een ander probleem wat bij het ontvankelijkheidsvereiste komt kijken is de vertraging in de procedure. De regeling van het ouderschapsplan leidt tot vertraging bij het in behandeling nemen en daarmee uitspreken van de echtscheiding en van niet-kindgerelateerde nevenverzoeken⁹². Mevr. mr. L.M. Coenraad gaat in het artikel, *ouderschapsplan en ontvankelijkheid, een voorstel voor betere toegang en voortgang van de scheidingsprocedure*, in op deze problematiek. Indien er geen ouderschapsplan wordt opgesteld of het ouderschapsplan voldoet niet aan de eisen, kan de rechter de ouders naar een mediator sturen, hij kan om aanvulling vragen en de ouders op zitting uitnodigen om zo tot een ouderschapsplan te komen. De stappen die gericht zijn om te bepalen of redelijkerwijs een ouderschapsplan overgelegd kan worden en dus of de verzoekers ontvankelijk zijn kosten extra tijd. Uit de praktijk blijkt ook dat beslissingen worden aangehouden. De rechtbank van Maastricht heeft in een uitspraak van 29 juli 2009⁹³ de

⁸⁹ M. van der Lans, het ouderschapsplan in de rechtspraak, justitiële verkenningen, jrg. 37, nr. 6, 2011, p. 26.

⁹⁰ M. van der Lans, het ouderschapsplan in de rechtspraak, justitiële verkenningen, jrg. 37, nr. 6, 2011, p. 27.

⁹¹ M. van der Lans, het ouderschapsplan in de rechtspraak, justitiële verkenningen, jrg. 37, nr. 6, 2011, p. 28.

⁹² L.M. Coenraad, ouderschapsplan en ontvankelijkheid, Een voorstel voor betere toegang en voortgang van de scheidingsprocedure, FJR 2010, 19, p. 1

⁹³ Rechtbank Maastricht 29 juli 2009, *LJN BJ 5265*.

beslissing tot echtscheiding aangehouden. De rechtbank van Utrecht heeft in een uitspraak van 14 oktober 2009⁹⁴ ook de beslissingen tot echtscheiding aangehouden.

Met name op financieel gebied, kan het zeer nadelig zijn voor de ouders als de beslissing tot echtscheiding wordt aangehouden. Mevr. mr. L.M. Coenraad heeft in het artikel een voorstel gedaan om het ouderschapsplan los te koppelen van het verzoekschrift. Volgens haar zou het ouderschapsplan gekoppeld moeten worden aan de nevenverzoeken omtrent de kinderen ingevolge artikel 819 en 827 Rv. Ouders moeten wel tegelijk met het verzoekschrift een ouderschapsplan indienen of een verklaring geven waarom ze geen ouderschapsplan hebben. Indien ouders geen ouderschapsplan hebben, betekent dit niet dat zij niet ontvankelijk zijn in hun verzoek. Op deze manier ontstaan er geen problemen rondom artikel 6 EVRM en de beslissing op echtscheiding loopt geen vertraging op. Indien de ouders geen nevenvoorziening verzoeken omtrent de kinderen, is de rechter toch betrokken bij de gevolgen van de scheiding. Uit de praktijk blijkt echter dat ouders bijna altijd nevenvoorzieningen verzoeken omtrent de kinderen.⁹⁵ Naar mijn mening zou dit een oplossing kunnen zijn rondom de ontvankelijkheid en de vertragingen. Er zijn echter wel een aantal vragen die bij het voorstel gesteld kunnen worden zoals, wat zijn goede redenen die in de verklaring kunnen staan om geen ouderschapsplan te hebben? Wat is de sanctie als er geen ouderschapsplan is en geen verklaring? Wat zijn de gevolgen als de redenen in de verklaring niet toereikend zijn? Nader onderzoek zal moeten uitwijzen hoe dit voorstel het beste tot zijn recht komt.

6.1.4 Toegevoegde waarde van het ouderschapsplan

Er werd ook kritiek geuit op de proportionaliteit en effectiviteit van het ouderschapsplan. Alle ouders zijn verplicht om een ouderschapsplan op te stellen, terwijl niet duidelijk is of alle ouders daar baat bij hebben.⁹⁶ Fractielid mevrouw Broeders – Knol van de VVD stelt⁹⁷ de vraag wat de toegevoegde waarde is van het ouderschapsplan. Ouders die van goede wil zijn, maken uit eigen beweging goede afspraken over de kinderen. De vraag die dan ook wordt gesteld is, of door het ouderschapsplan onwillende ouders nu opeens wel gaan nadenken over goede afspraken omtrent de kinderen. In de memorie van toelichting staat dat het ouderschapsplan de ouders zal stimuleren om over afspraken na te denken. Het is natuurlijk de vraag of onwillende ouders dit ook daadwerkelijk gaan doen door het verplichte ouderschapsplan. De fractie van de VVD vreesde dat het ouderschapsplan voor deze ouders geen oplossing biedt.⁹⁸ Volgens de fractie ligt het dan ook erg voor de hand dat ouders die geen moeite willen doen voor een ouderschapsplan, er een van internet afhalen om aan de verplichting te voldoen. De vraag wordt ook gesteld of het ouderschapsplan geen vorm is van 'window dressing'.⁹⁹ Door het verplichte ouderschapsplan lijkt de problematiek rondom scheiding waarbij minderjarigen zijn betrokken opgelost. De praktijk wijst echter anders uit.

Op bovengenoemde vragen wordt in de memorie van antwoord¹⁰⁰ als volgt gereageerd: volgens de memorie van antwoord is het belangrijk om de ouders te stimuleren om over de gevolgen van hun scheiding na te denken. De verantwoordelijkheid ligt bij de ouders. Het ouderschapsplan heeft dus volgens de memorie van antwoord wel zeker een toegevoegde waarde. Indien het niet lukt om een ouderschapsplan op te stellen, zal de rechter de ouders doorverwijzen naar een mediator of zelf een regeling vast stellen. Naar mijn mening kan mediation een goede oplossing zijn. De ouders moeten echter wel beide

⁹⁴ Rechtbank Utrecht 14 oktober 2009, *LJN BK0439*

⁹⁵ L.M. Coenraad, ouderschapsplan en ontvankelijkheid, Een voorstel voor betere toegang en voortgang van de scheidingsprocedure, *FJR* 2010, 19, p. 7.

⁹⁶ M. van der Lans, het ouderschapsplan in der rechtspraak, justitiële verkenningen, jrg. 37, nr. 6, 2011, p. 21.

⁹⁷ *Handelingen* 1 2008/09, nr. 8, p. 3.

⁹⁸ Zie voetnoot 82.

⁹⁹ *Kamerstukken I* 2007/08, 30 145, B, p. 4.

¹⁰⁰ *Kamerstukken I* 2007/08 30 145, C.

bereidt zijn om aan mediation deel te nemen. Mediation zal dus niet alle gevallen goed uitpakken. Indien de rechter zelf een regeling vast stelt, is het de vraag of ouders zich hier ook daadwerkelijk aan houden.

Met betrekking tot de opmerking dat een ouderschapsplan ook van internet kan worden gehaald, wordt gereageerd met het argument dat iedere scheiding verschillend is. Een ouderschapsplan van internet kan wel als hulpmiddel dienen, maar ook niet meer dan dat.¹⁰¹ Naar mijn mening zit hier in een kern van waarheid in. Het probleem blijft echter dat in deze tijd veel via internet te vinden is, dus ook verschillende ouderschapsplannen. Indien men goed zoekt en een ouderschapsplan vindt, kan met een aantal aanpassingen een ouderschapsplan worden opgesteld die op de situatie aansluit. In de memorie van antwoord wordt aangegeven dat het ouderschapsplan ook nut heeft voor ouders die niet welwillend zijn. Het ouderschapsplan is geen 'window dressing', het maken van goede afspraken is in het belang van het kind aldus de memorie van toelichting. Naar mijn mening wordt de vraag of het ouderschapsplan wel nut heeft voor niet welwillende ouders ontweken. Het maken van goede afspraken is zeker in het belang van het kind. Ouders die hier niets van willen weten, zullen waarschijnlijk niet door een wettelijke verplichting tot het maken van een ouderschapsplan gestimuleerd worden om alsnog afspraken te maken.

6.2 Kritiek en praktijk

Het ouderschapsplan bestaat nu ruim drie jaar. In deze drie jaren zijn er al verschillende problemen gesignaleerd omtrent het verplichte ouderschapsplan. Hierboven zijn verschillende kritiekpunten aangegeven. Er werd vooral veel kritiek gegeven op het ontvankelijkheidsvereiste. Tot nu toe blijkt dat de toegang de rechter niet op een zodanige wijze wordt belemmerd dat er strijd is met artikel 6 EVRM. De ontsnappingsclausule wordt ruim toegepast. Er zijn echter wel enkele gevallen waarin de verzoekers niet ontvankelijk werden verklaard door het ontbreken van het ouderschapsplan (zie paragraaf 6.1). Hierbij kan dus de vraag worden gesteld of in deze gevallen artikel 6 EVRM wordt geschonden. Ook al wordt de ontsnappingsclausule ruim toegepast, de kans dat ouders niet ontvankelijk worden verklaard in hun verzoek tot echtscheiding blijft bestaan. Uit de praktijk blijkt ook dat procedures vertraagd worden door het verplichte ouderschapsplan. Indien er geen ouderschapsplan is, worden de zaken vaak aangehouden.

Er werd ook kritiek gegeven op de effectiviteit en proportionaliteit van het ouderschapsplan. Gedurende het onderzoek is er contact gezocht met mevrouw mr. van der Lans en mevrouw mr. L. Coenraad (beide verbonden aan de universiteit van Amsterdam). Zij hebben verschillende artikelen geschreven over het ouderschapsplan. Mevrouw mr. van der Lans is op het moment bezig met een onderzoek naar de werking en de effectiviteit van het ouderschapsplan. Deze resultaten zijn helaas pas eind 2012 begin 2013 beschikbaar. Mevrouw mr. L. Coenraad gaf aan dat er een onderzoek is opgestart naar de effectiviteit van het ouderschapsplan. Er zijn echter nog geen concrete resultaten.

Gelet op de informatie die wel beschikbaar is en de gegeven kritiek, bestaan er op dit moment al problemen rondom het ouderschapsplan en de effectiviteit ervan. De bedoeling van het ouderschapsplan is om ouders te stimuleren om na te denken over de gevolgen van hun scheiding en hier afspraken over te maken. Indien ouders uit eigen beweging het beste voor hun kind(eren) willen, zal naar mijn mening het ouderschapsplan niet de stimulans vormen maar de kinderen. Indien ouders niet bereidwillig zijn om zelf afspraken te maken en er is onderling strijd tussen de ouders, is het de vraag of het ouderschapsplan deze ouders zal stimuleren. Naar mijn mening bestaat er juist een kans dat het ouderschapsplan alleen maar meer conflicten en spanningen met zich mee brengt.

¹⁰¹ Kamerstukken I 2007/08 30 145, C, p. 7.

7. Problemen in Aruba omtrent het voortgezet ouderschap

In het voorgaande hoofdstuk is de problematiek rondom het voortgezet ouderschap in Nederland beschreven. Dit hoofdstuk gaat in op de problematiek die zich in Aruba afspeelt rondom het voortgezet ouderschap.

7.1 Geen ouderschapsplan

Zoals in de eerdere hoofdstukken aangegeven heeft Aruba geen wettelijke verplichting tot het opstellen van een ouderschapsplan. Aruba kent ook geen andere mogelijkheid om het voortgezet ouderschap na scheiding te waarborgen. In hoofdstuk drie is beschreven dat op grond van artikel 9 IVRK jo artikel 8 EVRM de overheid een positieve verplichting heeft om te zorgen dat een kind contact heeft met beide ouders, ook na een scheiding. De vraag kan worden gesteld of Aruba aan zijn positieve verplichting voldoet op grond van artikel 9 IVRK en 8 EVRM. Zaken die in Nederland in het ouderschapsplan worden geregeld, zoals omgang en gezag worden in Aruba bij het gerecht geregeld. Aruba heeft dus geen wettelijke verplichting opgenomen om het voortgezet ouderschap na scheiding te waarborgen. In Aruba wordt er echter wel voor gezorgd dat het kind contact houdt met beide ouders na scheiding. Dit komt onder andere naar voren door het gezamenlijke gezag na scheiding. Indien een ouder niet belast is met het gezag, wordt in de meeste gevallen een omgangsregeling vastgesteld. Zoals eerder aangegeven in deze scriptie wordt in Aruba, net als in Nederland, heel erg vastgehouden aan het gezamenlijke gezag na scheiding.

7.2 Overbelasting van het gerecht

Zaken die in Nederland in het ouderschapsplan worden geregeld, worden in Aruba bij het gerecht geregeld. Dit betekent dat ouders een advocaat moeten inschakelen en hun geschillen bij het gerecht moeten voorleggen. Dit brengt met zich mee dat de werkdruk bij het gerecht in Aruba zeer hoog is. Dit blijkt ook uit de praktijk, veel beschikkingen worden aangehouden. De ouders blijven lang in onzekerheid zitten. Indien er geen duidelijke afspraken zijn en de verstandhouding tussen beide ouders is slecht, bestaat de kans dat het kind schade oploopt door conflicten. Zolang er geen duidelijke afspraken zijn en de ouders zijn verwickeld in juridische procedures bestaat de kans dat er veel stress ontstaat binnen het gezin, dit kan gevolgen hebben voor het kind. Uit de Arubaanse praktijk blijkt dat verschillende ouders verwickeld zijn in juridische procedures. Deze procedures hebben voornamelijk betrekking op gezag, omgang en alimentatie. Wat opvallend is, is dat ouders met veel geld langer procederen tegen elkaar dan ouders met minder geld. Een verklaring hiervoor kan zijn, is dat ouders verwickeld zijn in een vechtscheiding en door middel van het procederen hun gelijk willen halen. Het kind is degene die hier tussen in staat. De kans dat het kind emotionele schade oploopt door dergelijke juridische procedures is groot.

Een groot gedeelte van de procedures gaat over het gezamenlijke gezag. Net als in Nederland wordt in Aruba heel erg aan het gezamenlijk gezag na scheiding vast gehouden. In hoofdstuk vier zijn twee zaken besproken waarin het gezamenlijk gezag niet in het belang van het kind is. Gezamenlijk gezag na scheiding dwingt de ouders om samen beslissingen te nemen. Dit zorgt voor veel conflicten. Dit blijkt ook uit de praktijk in Aruba. De geschillenregeling van artikel 1:253a BW wordt dan ook veelvuldig toegepast.

In hoofdstuk zes is echter beschreven dat het ouderschapsplan in Nederland ook zorgt voor aanhoudingen van beschikkingen. De oorzaak hiervoor is het ontvankelijkheidsvereiste dat aan het ouderschapsplan is verbonden. Het voordeel in Aruba is dat de weg naar de rechter altijd toegankelijk is, omdat aan verzoekschrift geen ontvankelijkheidsvereiste is verbonden.

8. Noodzakelijk dat de wet in Aruba wordt aangepast?

In de voorgaande hoofdstukken is uiteen gezet hoe het voortgezet ouderschap in Nederland en Aruba is geregeld, wat de overeenkomsten en verschillen zijn en welke problemen er spelen in beide landen. Naar aanleiding van de informatie in de voorgaande hoofdstukken, wordt in dit hoofdstuk beschreven of het wel of niet noodzakelijk is dat de wetgeving in Aruba wordt aangepast conform de Nederlandse wetgeving op het gebied van voortgezet ouderschap.

8.1 Het concordantiebeginsel

In hoofdstuk twee, paragraaf 2.2.1 is het concordantiebeginsel aan bod gekomen. Dit is beginsel is neergelegd in artikel 39 lid 1 van het Statuut. Het concordantiebeginsel houdt in dat de landen binnen het Koninkrijk de wetgevingen op het gebied van; burgerlijk- en handelsrecht, burgerlijke rechtsvordering, het strafrecht, industriële eigendom, notarisambt en het auteursrecht zoveel mogelijk op overeenkomstige wijzen dienen te regelen. Landen binnen het Koninkrijk mogen echter wel hun eigen wetgevingen maken en afwijkingen zijn toegestaan. Alleen als er ingrijpende wijzigingen in de wetgevingen zijn, moeten andere landen hierop haar zienswijzen geven.

De vraag is hoe het concordantiebeginsel zich verhoudt tot de verschillen in wetgeving tussen Nederland en Aruba op het gebied van voortgezet ouderschap. In het 'homohuwelijk' arrest¹⁰² is het verschil tussen de wetgeving van Nederland en Aruba en het concordantiebeginsel aan bod gekomen. In deze zaak ging het om twee vrouwen die in Nederland waren gehuwd. De vraag was of de opgemaakte huwelijksakte vatbaar was voor opneming in het register van de burgerlijke stand in Aruba. Aruba heeft immers in de wet het homohuwelijk niet opgenomen. De Hoge Raad oordeelde dat het concordantiebeginsel met zich mee brengt dat het burgerlijk recht op zoveel mogelijk overeenkomstige wijze geregeld dient te worden. Echter, indien er in het Koninkrijk fundamenteel verschillende maatschappelijke opvattingen heersen aangaande een bepaald gebied, blijven de landen van het Koninkrijk bevoegd dat onderdeel van het recht anders te regelen. Daarentegen oordeelde de Hoge Raad ook dat alle delen van het Koninkrijk binnen hun eigen rechtsorde de rechtskracht en daarmee de rechtsgevolgen van elkaars rechterlijke uitspraken en authentieke akte moeten aanvaarden. Dit is ook het geval indien die rechtsgevolgen niet aansluiten bij de plaatselijke opvattingen.

Gelet op het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat het burgerlijke recht zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze geregeld dient te worden. Verschillen zijn echter wel toegestaan, maar de landen binnen het Koninkrijk dienen wel de rechterlijke uitspraken te volgen en de rechtsgevolgen daarvan. Dit betekent voor Aruba dat de verschillen met betrekking tot het voortgezet ouderschap zijn toegestaan. Indien ouders in Nederland een ouderschapsplan zijn overeengekomen en zij emigreren bijvoorbeeld naar Aruba met de minderjarige(n), dan heeft het plan in Aruba rechtskracht.

8.2 Voor- en nadelen van het ouderschapsplan

In hoofdstuk drie en in hoofdstuk zes is het ouderschapsplan uitgebreid besproken. Om een oordeel te kunnen geven of het noodzakelijk is dat de wet in Aruba wordt aangepast, is het belangrijk om de voor- en nadelen van het ouderschapsplan op een rijtje te zetten en deze tegen elkaar af te wegen. In hoofdstuk zes zijn de problemen uiteen gezet omtrent het ouderschapsplan. Hieronder wordt schematisch de voor- en nadelen van het ouderschapsplan weergegeven. Voor de uitleg wordt verwezen naar hoofdstuk zes (voor de uitleg van de positieve verplichting ex artikel 9 IVRK en 8 EVRM wordt verwezen naar hoofdstuk drie).

¹⁰² Hoge Raad 13 april 2007, *LJN AZ6095*.

Voordelen	Nadelen
Stimulans voor de ouders (nog niet helemaal duidelijk of dit voor alle ouders geldt) (zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.1.4)	Ontvankelijkheidsvereiste (zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.1.1).
Positieve verplichting van de overheid op grond van artikel 9 IVRK en 8 EVRM is in de wet vastgelegd.	Vertraging in de procedure (zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.1.3).
	Effectiviteit en proportionaliteit (zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.1.4)

8.3 Wet in Aruba conform de Nederlandse wet wel of niet aanpassen?

Naar mijn mening is het idee van het ouderschapsplan goed. Het ouderschapsplan is voornamelijk in het belang van het kind. In de praktijk werkt het ouderschapsplan echter niet naar behoren. De nadelen hebben naar mijn mening de overhand. Het is dan ook niet noodzakelijk dat de wetgeving in Aruba conform de Nederlandse wetgeving op het gebied van voortgezet ouderschap wordt aangepast. In Aruba worden zaken die in Nederland in het ouderschapsplan worden geregeld bij het gerecht geregeld. In een aantal gevallen worden afspraken omtrent de minderjarige gemaakt in het echtscheidingsconvenant. In hoofdstuk zeven is beschreven dat het gerecht overbelast raakt door het aantal procedures. Dit brengt met zich mee dat beschikkingen worden aangehouden. In Nederland worden echter ook procedures aangehouden omdat aan ouderschapsplan het ontvankelijkheidsvereiste is verbonden. Hierdoor kunnen ouders niet altijd meteen scheiden als zij geen ouderschapsplan hebben of het ouderschapsplan voldoet niet aan de wettelijke vereisten. Doordat in de Arubaanse wet geen wettelijke verplichting is opgenomen tot het opstellen van een ouderschapsplan is de toegang tot de rechter, in tegenstelling tot Nederland, altijd vrij.

In hoofdstuk drie is naar voren gebracht dat de overheid op grond van artikel 9 IVRK jo artikel 8 EVRM een positieve verplichting heeft om te zorgen dat het kind contact heeft met beide ouders, ook na scheiding. Een voordeel van Nederland is dat door de wettelijke verplichting van het ouderschapsplan, de positieve verplichting van de overheid in de wet is vastgelegd. Aruba heeft geen dergelijke verplichting in de wet opgenomen. Aruba zorgt er echter wel voor dat een kind contact heeft met beide ouders na scheiding. Dit blijkt uit het gezamenlijke gezag na scheiding. Zoals in hoofdstuk vier aangegeven houden rechters in Aruba zich heel erg vast aan het gezamenlijke gezag na scheiding.

8.4 Andere oplossingen?

Aan het ouderschapsplan kleven een aantal nadelen en de problematiek rondom de scheidingen waarin minderjarigen betrokken zijn, is (nog) niet opgelost. In Aruba bestaan ook problemen rondom scheidingen waarin minderjarigen betrokken zijn (zie hoofdstuk zeven). Nu het naar mijn mening niet noodzakelijk is dat de wet in Aruba wordt aangepast conform de Nederlandse wetgeving, is het de vraag of er mogelijk een andere oplossing is om de problematiek te verminderen.

In Nederland is het de bedoeling dat door het ouderschapsplan ouders gestimuleerd worden om over de gevolgen van hun scheiding na te denken en hier afspraken over te maken. In hoofdstuk zes, paragraaf 6.1.3 is uiteen gezet dat mevr. mr. L.M. Coenraad een voorstel heeft om het ouderschapsplan los te koppelen van het ontvankelijkheidsvereiste. Zoals aangegeven in hoofdstuk zes, paragraaf 6.1.3 is er naar mijn mening nader onderzoek nodig om te beoordelen of dit een passende oplossing zou kunnen zijn. Andere landen proberen door andere instrumenten de ouders te stimuleren om afspraken te maken. In Noorwegen is bijvoorbeeld één mediationssessie verplicht voor ouders die gaan scheiden met

minderjarigen.¹⁰³ In de Verenigde Staten en in Noorwegen wordt ook gewerkt met preventie. Stabiele gezinsrelaties worden gezien als 'public health'. Gescheiden mannen en vrouwen doen relatief vaak een beroep op de zorg. Dit kost de maatschappij geld. Indien het aantal scheiding afneemt zal dit positieve maatschappelijk effecten hebben. Een stabiele gezinsrelatie is natuurlijk ook in het belang van het kind. In deze landen zijn dan ook verschillende initiatieven genomen om de belangen van het kind beter te beschermen door te investeren in relaties. Dit wordt gedaan in de vorm van voorlichting en educatie over het huwelijk, ouderschap en scheiding. Het doel van deze voorlichting en educatie is ouders bewust te maken van de gevolgen van een scheiding voor kinderen en het belang van samenwerken na een scheiding.¹⁰⁴

Naar mijn mening is het van belang voor Aruba en ook voor Nederland, dat nader onderzocht wordt of een van de hierboven genoemde alternatieven een oplossing kan bieden voor de scheidingsproblematiek waarbij minderjarigen zijn betrokken. Om te kunnen beoordelen of deze oplossingen passend zijn voor Aruba en misschien ook voor Nederland, is nader onderzoek nodig. Het gaat voor deze scriptie te ver om deze oplossingen nader te onderzoeken. Het nader onderzoek zal zich vooral op de sociale kant moeten richten in plaats van de juridische kant. Bij scheidingen zijn vaak heftige emoties betrokken van zowel de partners als van het kind. Het is daarom naar mijn mening belangrijk om de oplossing niet te zoeken in de juridische kant, maar meer in de sociale kant.

¹⁰³ M. van der Lans, Het ouderschapsplan in de rechtspraktijk justitiële verkenningen, jrg. 37, nr. 6, 2011, p. 20.

¹⁰⁴ <www.nji.nl> 'ouderschapsplan alleen volstaat niet, geraadpleegd op 20 april 2012.

9. Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk komen alle conclusies en aanbevelingen aan bod van de kernhoofdstukken. De conclusies bevatten de belangrijkste resultaten van het rechtsvergelijkend onderzoek tussen Nederland en Aruba op het gebied van voortgezet ouderschap.

Op grond van artikel 9 IVRK jo artikel 8 EVRM heeft de overheid een positieve verplichting om ervoor te zorgen dat een kind contact heeft met beide ouders, ook na een scheiding. In Nederland is het voortgezet ouderschap geregeld in 'de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding'. Sinds deze wet is het voor ouders met minderjarige kinderen, die gaan scheiden verplicht om op grond van artikel 815 lid 2 Rv een ouderschapsplan op te stellen. Het ouderschapsplan dient met het verzoekschrift te worden ingediend (zowel bij eenzijdige als gezamenlijke verzoeken). Het ouderschapsplan moet tenminste afspraken bevatten over;

- het verdelen van de zorg- en opvoedingstaken;
- informatie-uitwisseling en
- kinderalimentatie.

Indien het ouderschapsplan redelijkerwijs niet overgelegd kan worden, kan naar het oordeel van de rechter, de ontsnappingsclausule worden toegepast op grond van artikel 815 lid 6 Rv. Op grond van artikel 1:247a BW geldt het ouderschapsplan voor alle soorten relaties, dus formele relaties (trouwen en geregistreerd partnerschap) maar ook informele relaties (samenwonen).

Door verschillende politici, rechtsgeleerden en onderzoekers is kritiek geuit op het ouderschapsplan in Nederland. Het eerste kritiekpunt heeft betrekking op het ontvankelijkheidsvereiste. Indien geen ouderschapsplan wordt overgelegd is het verzoek tot echtscheiding niet ontvankelijk. De vraag is of dit ontvankelijkheidsvereiste niet in strijd is met artikel 6 EVRM (toegang tot de rechter). Uit het onderzoek is gebleken dat de ontsnappingsclausule ruim wordt toegepast. Zo kan de ontsnappingsclausule worden toegepast bij uiteenlopende standpunten en ernstig verstoorde communicatie op grond van jurisprudentie (uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage 1 april 2010¹⁰⁵. De ontsnappingsclausule slaagt ook indien de vrouw verblijft in een vrouwenopvanghuis (uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage 22 februari 2010¹⁰⁶. Er zijn echter gevallen bekend waarin ouders niet konden scheiden door het ontbreken van een ouderschapsplan. In een uitspraak van de rechtbank Haarlem van 15 juni 2010¹⁰⁷, is de verzoekster niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek tot echtscheiding. In een uitspraak van de rechtbank Utrecht van 16 februari 2011¹⁰⁸ is de verzoeker ook niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot echtscheiding. In beide was het ouderschapsplan de oorzaak voor de niet-ontvankelijkheid. Naar mijn mening is het ontvankelijkheidsvereiste zeer ongelukkig. Naar mijn mening waarborgt de ontsnappingsclausule de toegang tot de rechter niet voldoende. De kans bestaat altijd dat door het ontvankelijkheidsvereiste ouders niet kunnen scheiden. Het ontvankelijkheidsvereiste brengt ook vertragingen met zich mee in de procedure. Indien geen ouderschapsplan is overgelegd, kan de rechter de ouders naar een mediator sturen. Hij kan om aanvulling vragen of proberen door middel van een zitting de ouders trachten te bewegen om tot afspraken te komen. De beslissing tot echtscheiding wordt dan aangehouden. Met name op financieel gebied kan het voor ouders zeer nadelig zijn als de beslissing tot echtscheiding wordt aangehouden.

Het tweede kritiekpunt heeft betrekking op het verplichte karakter van het ouderschapsplan voor informele relaties. Hierbij werd de vraag gesteld hoe de controle hierop plaats vindt. Er komt immers geen formele instantie aan te pas. Om ervoor te zorgen dat de regeling geen

¹⁰⁵ Rechtbank 's-Gravenhage 1 april 2010, L/JN BM3090.

¹⁰⁶ Rechtbank 's-Gravenhage 22 februari 2010, L/JN BL8027.

¹⁰⁷ Rechtbank Haarlem 15 juni 2010, L/JN BN1638.

¹⁰⁸ Rechtbank Utrecht 16 februari 2011, L/JN BR4126.

‘dode letter’ is, is in de wet opgenomen dat bij latere conflicten een ouderschapsplan overgelegd moet worden. Op deze regeling werd kritiek geuit. De bedoeling van het ouderschapsplan is om conflicten later te voorkomen. Door deze regeling zou men pas een ouderschapsplan kunnen opstellen als er al conflicten zijn. Als de ouders geen ouderschapsplan hebben, zal de rechter hun verzoek om een regeling over de uitoefening van het gezamenlijk gezag vast te stellen, aanhouden tot dat aan de verplichting van het ouderschapsplan is voldaan (artikel 1:253a lid 3 BW).

Ten slotte is kritiek geuit met betrekking tot de toegevoerde waarde van het ouderschapsplan. Voor ouders die uit eigen beweging het beste voor hun kind willen en die zelf bereid zijn afspraken te maken, lijkt het ouderschapsplan overbodig. Dan blijft de groep ouders over die niet bereid zijn om over de gevolgen van hun scheiding na te denken en die geen afspraken maken. De vraag is of voor deze groep het ouderschapsplan effectief is. Het is niet waarschijnlijk dat onwillende ouders door het verplichte ouderschapsplan in een keer wel gaan nadenken over de gevolgen van hun scheiding en hier afspraken over gaan maken. De kans bestaat dat het ouderschapsplan alleen maar meer spanningen met zich mee brengt en dat er meer conflicten ontstaan tussen de ouders, met alle nadelige gevolgen van dien voor de minderjarige. Indien ouders er onderling niet uit komen, kan de rechter de ouders doorverwijzen naar een mediator. Dit heeft echter alleen een positief effect indien ouders zich hier voor willen inzetten.

Het ouderschapsplan bestaat nu ruim drie jaar. Op dit moment lopen er verschillende onderzoeken over de effectiviteit van het ouderschapsplan. De concrete resultaten zijn eind 2012 begin 2013 beschikbaar. Gelet op de beschikbare informatie bestaan er op dit moment problemen rondom de effectiviteit van het ouderschapsplan en deze problemen zullen in de toekomst naar mening voortduren. Indien ouders het beste voor hun kind willen, zal het kind de stimulans zijn om goede afspraken te maken en niet het verplichte ouderschapsplan. Ouders die niet bereid zijn om goede afspraken te maken zullen naar mijn mening niet door het ouderschapsplan gestimuleerd worden om wel over de gevolgen na te denken en afspraken hierover te maken. Door het verplichte ouderschapsplan bestaat ook de kans dat er meer spanningen en conflicten ontstaan tussen de ouders.

Aruba kent geen verplicht ouderschapsplan of een andere mogelijkheid om ouders te stimuleren om over gevolgen van hun scheiding na te denken en hier afspraken over te maken. In de praktijk komt het voor dat ouders afspraken maken over de minderjarige in een echtscheidingsconvenant. Dit gebeurt echter niet alle scheidingszaken. Mediation wordt ook toegepast in Aruba, dit gebeurt tevens niet in alle scheidingszaken en mediation heeft niet altijd een positief effect. De echtscheidingsprocedure is in tegenstelling tot Nederland wel altijd toegankelijk, omdat er geen ontvankelijkheidsvereiste aan het verzoekschrift is verbonden.

In Aruba worden zaken die in Nederland in het ouderschapsplan worden geregeld bij het gerecht voorgelegd. Het aantal scheidingen neemt toe op het eiland en uit de praktijk blijkt dat ouders veel procederen over zaken die de minderjarige aangaan, zoals gezag, omgang en alimentatie. Het gerecht raakt door de vele procedures overbelast. Beschikkingen worden aangehouden, waardoor ouders lang in onzekerheid zitten. Het aanhouden van de beschikkingen is ook niet in het belang van het kind. Zowel de ouders als het kind weten niet waar ze aan toe zijn. Er is geen duidelijke structuur en indien de verstandshouding tussen de ouders slecht is, bestaat de kans dat er conflicten ontstaan. Hierdoor bestaat de kans dat het kind schade oploopt.

Gezag en omgang zijn belangrijke onderdelen bij de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken na scheiding. In Nederland zijn dit ook verplichte onderdelen in het ouderschapsplan. Uit onderhavig onderzoek is gebleken dat er grote verschillen zijn tussen

de wetgevingen van Nederland en Aruba. In de praktijk zijn er echter op een aantal gebieden weinig tot geen verschillen. Het onderstaande illustreert dit.

In Nederland geldt als hoofdregel dat het gezamenlijk gezag na scheiding doorloopt op grond van artikel 1:251 lid 2 BW. Van deze hoofdregel kan worden afgeweken als er sprake is van het klem- en het verloren criterium of als eenhoofdig gezag anderszins in het belang van het kind is ex. artikel 1:251a lid 1 BW. In Aruba is de hoofdregel van gezamenlijk gezag na scheiding niet in de wet neergelegd. In het Arubaanse artikel 1:251 lid 2 BW is neergelegd dat ouders een eensluidend verzoek moeten indienen om na scheiding gezamenlijk belast te blijven met het ouderlijk gezag. Echter op grond van jurisprudentie wordt in Aruba ook de Nederlandse hoofdregel gevolgd. Uit de praktijk blijkt wel dat ouders in Aruba toch een verzoek indienen. Een verklaring hiervoor kan zijn dat men dit uit voorzorg doet, omdat de wet (nog) niet is aangepast. Artikel 1:253a BW is in Aruba niet in de wet opgenomen. Uit jurisprudentie blijkt dat ook hier het Nederlandse artikel wordt toegepast in Aruba. Zowel in Nederland als in Aruba wordt er grote waarde gehecht aan het gezamenlijke gezag na scheiding. In Aruba is een ontwerp landsverordening in behandeling om de Arubaanse wet op het gebied van gezamenlijk gezag aan te passen conform de Nederlandse wet.

In beide landen is het recht op omgang geregeld in artikel 1:377a BW. In Nederland is in artikel 1:377a BW, naast het recht van de ouders op omgang, ook het recht op omgang van degene die tot een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat geregeld. In Aruba is het recht op omgang tussen het kind en degene die tot een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat geregeld in artikel 1:377f BW. De informatieverplichting tussen de met gezag belaste ouder en de niet met gezag belaste ouder is in beide landen geregeld in artikel 1:377b BW. In Artikel 1:377c BW is zowel voor Nederland als Aruba, de informatieplicht geregeld van een derde ten opzichte van de met niet met gezag belaste ouder. Indien ouders gezamenlijk gezag hebben zou het vanzelfsprekend moeten zijn dat ouders ook elkaar informatie verschaffen omtrent de minderjarige. Dit is in de praktijk helaas niet het geval. In de Nederlandse praktijk wordt in het ouderschapsplan afspraken gemaakt omtrent de informatieplicht bij gezamenlijk gezag. In Aruba wordt de geschillenregeling van artikel 1:253a BW in het leven geroepen indien er conflicten bij het gezamenlijk gezag ontstaan omtrent de informatieverplichting.

Uit het onderzoek is gebleken dat Aruba over het algemeen achterloopt met de wetgeving ten opzichte van Nederland. Wijzigingen die in Nederland al zijn ingevoerd op het gebied van personen- en familierecht, zijn in Aruba (nog) niet ingevoerd.

In artikel 39 lid 1 van het Statuut is het concordantiebeginsel neergelegd. Het concordantiebeginsel houdt in dat de landen binnen het Koninkrijk der Nederlanden de wetgeving onder andere op het gebied van burgerlijk recht zoveel mogelijk op overeenkomstige wijzen dienen te regelen. Landen binnen het Koninkrijk mogen echter wel hun eigen wetgevingen maken en afwijkingen zijn toegestaan. Alleen als er ingrijpende wijzigingen in de wetgevingen zijn, moeten andere landen hierop haar zienswijzen geven. De vraag is hoe het concordantiebeginsel zich verhoudt tot de verschillen in wetgeving met betrekking tot het voortgezet ouderschap. Gelet op het 'homohuwelijk' arrest van de Hoge Raad van 13 april 2007 kan geconcludeerd worden dat het concordantiebeginsel met zich mee brengt dat het burgerlijk recht in de Koninkrijkslanden op zoveel mogelijk overeenkomstige wijze geregeld dient te worden. Verschillen zijn echter wel toegestaan, maar de landen binnen het Koninkrijk dienen wel de rechterlijke uitspraken te volgen en de rechtsgevolgen daarvan. Dit betekent voor Aruba dat de verschillen met betrekking tot het voortgezet ouderschap zijn toegestaan. Echter, indien ouders in Nederland een ouderschapsplan zijn overeengekomen en zij emigreren bijvoorbeeld naar Aruba met de minderjarige, dan heeft het plan in Aruba rechtskracht.

Met betrekking tot artikel 9 IVRK jo artikel 8 EVRM kan geconcludeerd worden dat de Arubaanse overheid de positieve verplichting, die in bovenstaande artikelen is neergelegd, niet schendt. In Aruba wordt er bijna altijd voor gezorgd dat het kind contact houdt met beide ouders na scheiding, tenzij dit niet in het belang van het kind is. Dit blijkt onder andere uit het gezamenlijke gezag na scheiding. Uit de praktijk blijkt dat indien de ouders geen gezamenlijk gezag hebben, de niet met gezag belaste ouder vaak contact houdt met het kind door middel van een omgangsregeling.

Uit het onderzoek is zelfs gebleken dat rechters zich hier vaak te erg aan vast houden. In een aantal gevallen is het gezamenlijk gezag niet in het belang van het kind maar er wordt toch gezamenlijk gezag toegewezen. Naar mijn mening is dit een kwalijke zaak. Uit het onderzoek is gebleken dat het gezamenlijk gezag na scheiding (bijna) altijd wordt toegewezen, ook al blijkt uit onderzoeken dat dit niet in het belang van het kind is.

Gelet op de informatie die gedurende het onderzoek naar voren is gekomen is naar mijn mening het idee van het ouderschapsplan goed. Het ouderschapsplan is bedoeld voor het belang van het kind. Daarnaast is de positieve verplichting van de overheid op grond van artikel 9 IVRK jo 8 EVRM in de wet verankerd. Echter, naar mijn mening is het ouderschapsplan alleen in theorie een goed plan. In de praktijk werkt het plan niet naar behoren. Naar mijn mening is dan ook niet noodzakelijk dat de Arubaanse wet op het gebied van voortgezet ouderschap wordt aangepast conform de Nederlandse wetgeving op het gebied van voortgezet ouderschap. De volgende nadelen hebben naar mijn mening de overhand;

- het ontvankelijkheidsvereiste bij formele relaties;
- vertragingen in de procedures in verband met het niet uitspreken van de echtscheiding door het ontvankelijkheidsvereiste;
- toegevoegde waarde/effectiviteit van het ouderschapsplan.

Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat in Aruba problematiek bestaat rondom scheidingen waarbij minderjarigen betrokken zijn. Naar mijn mening is het wel noodzakelijk dat er nader onderzoek wordt verricht voor een andere passende oplossing om de problematiek te verminderen. Een dergelijke oplossing zou misschien ook voor Nederland kunnen werken, nu uit het onderzoek blijkt dat aan het ouderschapsplan verschillende nadelen kleven. Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn om het ouderschapsplan los te koppelen van het ontvankelijkheidsvereiste en te koppelen aan de nevenverzoeken omtrent de minderjarigen ingevolge artikel 819 en 827 Rv. Ouders moeten wel tegelijk met het verzoekschrift een ouderschapsplan indienen of een verklaring waarom ze geen ouderschapsplan hebben. Op deze manier kan de echtscheiding worden uitgesproken zonder vertraging en is de weg tot de rechter altijd toegankelijk. Of dit een passende oplossing zou zijn is nader onderzoek nodig. Vragen die bij deze oplossing gesteld kunnen worden zijn onder andere; wat zijn goede redenen die in de verklaring kunnen staan om geen ouderschapsplan te hebben? Wat is de sanctie als er geen ouderschapsplan is en geen verklaring? Wat gebeurt er als de redenen in de verklaringen niet toereikend zijn?

Andere landen proberen door andere instrumenten de ouders te stimuleren om afspraken te maken. In Noorwegen is één mediationssessie verplicht voor ouders die gaan scheiden met minderjarigen. In de Verenigde Staten en in Noorwegen wordt ook gewerkt met preventie. Stabiele gezinsrelaties worden gezien als 'public health'. Gescheiden mannen en vrouwen doen relatief vaak een beroep op de zorg. Dit kost de maatschappij geld. Indien het aantal scheiding afneemt zal dit positieve maatschappelijk effecten hebben. Een stabiele gezinsrelatie is natuurlijk ook in het belang van het kind. In deze landen zijn dan ook verschillende initiatieven genomen om de belangen van het kind beter te beschermen door te investeren in relaties. Dit wordt gedaan in de vorm van voorlichting en educatie over het huwelijk, ouderschap en scheiding. Het doel van deze voorlichting en educatie is ouders bewust te maken van de gevolgen van een scheiding voor kinderen en het belang van samenwerken na een scheiding.

Het gaat voor deze scriptie te ver om te onderzoeken of bovenstaande oplossingen passend zijn voor Aruba en misschien ook voor Nederland. Door een scheiding kunnen kinderen schade oplopen en hier heel hun leven last van hebben. Gelet op de problematiek rondom scheidingen waarbij minderjarigen zijn betrokken beveel ik aan om nader onderzoek te verrichten of er een andere passende oplossing is die de problematiek kan verminderen. Bij een scheiding zijn vaak heftige emoties betrokken van zowel de partners als van het kind. Het nader onderzoek zal zich naar mijn mening moeten richten op de sociale aspecten in plaats van op de juridische aspecten.

Literatuurlijst

Boeken

- A.L. Groenhuijsen, *Ouderschapsplan. De vele gezichten van het belang van het kind*, Amsterdam: SWO 2009.
- A. Heida & C.A. Kraan & Q.J. Marck, *Echtscheidingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijks- vermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2009.
- M.J.C. Koens & A.P.M.J. Vonken, *Personen- en familierecht. Tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2010.
- M.K.M. Dewaerheijt, *Het Arubaans en Nederlands- Antilliaans personen, familie- en erfrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.
- S.F.M. Wortmann & J. van Duivendijk-Brand, *Compendium personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Artikelen

- L.M. Coenraad, 'Ouderschapsplan en ontvankelijkheid. Een voorstel voor betere toegang en voortgang van de scheidingsprocedure', *FJR* 2010, 19.
- M. van der Lans, 'Ouderschapsplan in de rechtspraktijk', *Justitiële verkenning* 2011, jrg. 37 nr. 6, p. 20-35.

Kamerstukken

- Kamerstukken II 2004/05, 30 145, nr. 3.
- Kamerstukken II 2003/04, 29 520, nr. 6.
- Kamerstukken II 2005/05, 30 145, nr. 5.
- Kamerstukken II 2006/07, 30 145, nr. 6.
- Kamerstukken I 2007/08, 30 145, B.
- Kamerstukken I 2007/08, 30 145, C.
- Kamerstukken I 2008/09, 30 145, E.

Handelingen

- Handelingen I 2008/2009, nr.8, p. 402-404

Jurisprudentie

- EHRM 23 september 2003, *NJ* 2004, 245.
- EHRM 19 september 2000, 32 346/06.
- HR 28 maart 2003, *NJ* 2003, 359.
- HR 10 september 1999, *NJ*, 2000, 20.
- HR 30 september 2011, *LJN* BQ8782.
- HR 4 april 2008, *LJN* BC2241.
- HR 27 mei 2005, *NJ* 2005, 485.
- HR 28 maart 2008, *LJN* BC 2255.
- HR 13 april 2007, *LJN* AZ6095.
- Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Ned. Antillen en Aruba 20 april 2010, *LJN* BM3147.
- Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Ned. Antillen en Aruba 16 augustus 2011, *LJN* BT2480.
- Rb. Haarlem 15 juni 2010, *LJN* BN1638.

- Rb. Utrecht 16 februari 2011, *LJN BR4126*.
- Rb. Utrecht 2 september 2009, *LJN BJ6994*.
- Rb. Groningen 31 augustus 2010, *LJN BN5877*.
- Rb. 's-Gravenhage 22 februari 2010, *LJN BL8027*.
- Rb. 's-Gravenhage 1 april 2010, *LJN BM3090*.
- Rb. Maastricht 29 juli 2009, *LJN BJ5265*.
- Rb. Utrecht 14 oktober 2009, *LJN BK0439*.

Elektronische bronnen

- <www.cbs.aw> 'marriages – divorces', geraadpleegd op 19 maart 2012.
- <www.eerstekamer.nl> Initiatief wetsvoorstel – Luchtenveld 'Wet beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap', geraadpleegd op 15 maart 2012.
- <www.eerstekamer.nl> 'Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding', geraadpleegd op 15 maart 2012.
- <www.kinderbescherming.nl> 'onderzoek en rapportage', geraadpleegd op 3 april 2012.
- <www.nji.nl> 'ouderschapsplan alleen volstaat niet', jeugd en samenleving 2010/7, geraadpleegd op 20 april 2012.
- <www.overheid.aw> 'Aruba en het Koninkrijk', historie, geraadpleegd op 29 februari 2012.
- <www.overheid.aw> 'Wetten', geraadpleegd op 1 maart 2012.
- <www.rijksoverheid.nl> 'geregistreerd partnerschap', geraadpleegd op 1 maart 2012.
- <www.rijksoverheid.nl> 'Statuut Koninkrijk', 'Koninkrijksaangelegenheden', geraadpleegd op 1 maart 2012.

Overig

- Lezing gezamenlijk ouderlijk gezag gegeven door mevr. mr. M.M. Malmberg 2010.
- S.F.M. Wortmann, Groene Serie Personen- en familierecht, 20. middelen ter effectuering van de omgang.
- C. Jeppesen de Boer, *Joint Parental Authority*, mei 2008 (proefschrift)