

AFSPRAKEN MET BETREKKING TOT KINDEREN BIJ SCHEIDING VAN ONGEHUWDE/NIET-GEREGISTREERDE OUDERS

Een rechtsvergelijkend onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie

Prof. mr. M.V. Antokolskaia

Mr. L.M. Coenraad

Vrije Universiteit Amsterdam

Amsterdam, september 2006

SAMENVATTING

Momenteel ligt bij de Tweede Kamer het regeringsvoorstel inzake bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding (Kamerstukken II 2004 - 2005, 30 145). Hierbij wordt onder meer voorgesteld dat het verzoekschrift tot echtscheiding of tot ontbinding van een geregistreerd partnerschap een **ouderschapsplan** moet bevatten. Voor de naar schatting 18.000 kinderen die betrokken zijn bij een scheiding van ongehuwde/niet-geregistreeerde ouders stelt het wetsvoorstel vooralsnog het ouderschapsplan echter niet verplicht.

De doelstelling van dit onderzoek is het inwinnen van informatie uit het buitenland die ondersteuning kan bieden bij de discussie of iets dergelijks als een ouderschapsplan ook mogelijk en nuttig is in geval van uiteen gaan van ouders die noch gehuwd zijn noch in een geregistreerd partnerschap zijn verbonden en van informatie die nuttig kan zijn bij de uitwerking van een dergelijk idee.

Oostenrijk, Portugal, Servië en Slovenië zijn de enige landen in Europa die het maken van afspraken over de kinderen vereisen bij het verbreken van informele relaties. Het maken van deze afspraken is in deze landen een formele voorwaarde voor continuering van gezamenlijk gezag na scheiding.

Naar **Oostenrijks recht** is de overeenkomst over de hoofdverblijfplaats van het kind de enige afspraak die ouders bij het beëindigen van hun informele relatie omtrent hun minderjarige kinderen moeten maken (art. 167 lid 1 j° art. 177 lid 2 ABGB). Omdat informeel samenlevende ouders hun relatie in Oostenrijk ook op informele wijze kunnen beëindigen, zal de rechter doorgaans geen weet hebben van hun scheiding. Zolang de rechter niet op de hoogte is van het ontbreken van de overeenkomst, loopt het gezamenlijk gezag na scheiding gewoon door, ongeacht of de ouders daadwerkelijk de vereiste overeenkomst hebben gemaakt. De Oostenrijkse wetgever gedooft deze vorm van automatische voortzetting van gezamenlijk gezag.

De verplichting tot het sluiten van de overeenkomst is in deze gedoogperiode een *lex imperfecta*. Hiermee wordt bedoeld dat alle rechtshandelingen die door de gescheiden ouders in deze periode van voortgezet ouderschap zijn verricht, hun geldigheid behouden en deze niet met terugwerkende kracht verliezen.

Indien aan de rechter naderhand - bijvoorbeeld bij gerezen problemen tussen de ouders over het voortgezet ouderschap - mocht blijken dat ouders er niet in zijn geslaagd de vereiste overeenkomst over de hoofdverblijfplaats van het kind te maken, zal de rechter aan een van beide ouders het eenhoofdig gezag toekennen. Anders dan in Nederland is de verplichte overeenkomst daarmee een formele voorwaarde voor voortzetting van gezamenlijk gezag na scheiding, hoewel de wetgever, bij gebrek aan controlemogelijkheden, automatische voortzetting van gezamenlijk gezag zonder overeenkomst gedooft.

Naar **Portugees recht** moeten ouders in geval van het verbreken van hun informele relatie een overeenkomst maken over de hoofdverblijfplaats van het kind, omgang en kinderalimentatie (art. 1912 j° 1905 van het Portugees BW). Net als in Oostenrijk is deze overeenkomst, formeel gezien, een voorwaarde voor voortgezet gezamenlijk gezag. De scheiding vindt echter op informele wijze plaats en daarom zal de rechter in de praktijk daarvan doorgaans geen weet hebben en kan het gezamenlijk gezag derhalve na scheiding gewoon doorlopen, terwijl de daarvoor formeel vereiste overeenkomst ontbreekt. Ook hier is weer sprake van gedogen.

De vraag rijst of de rechtshandelingen, verricht in de gedoogperiode door de ouder(s) die naderhand niet door de rechter met het gezag is (zijn) belast, rechtsgeldig zijn verricht en deze geldigheid ook behouden, of dat zij deze geldigheid met terugwerkende kracht verliezen.

Het antwoord op deze vraag is helaas niet met zekerheid te geven, nu zelfs de voor dit onderzoek geconsulteerde Portugese informanten, zij het met de nodige voorzichtigheid, lijken te willen suggereren dat de geldigheid van deze rechtshandelingen ‘may be questioned’.

Indien de rechter naderhand ontdekt dat de vereiste overeenkomst ontbreekt, leidt dit er, net als in Oostenrijk, (zo mogelijk na het beproeven van mediation) toe dat de rechter het eenhoofdig gezag toewijst aan een van beide ouders, of, in uitzonderlijke gevallen, aan een derde of aan een heropvoedings- of welzijnsinstituut.

Naar **Sloveens recht** moeten informeel samenwonende ouders die hun relatie verbreken een overeenkomst maken over het gezag, de opvoeding, kinderalimentatie, omgang, de hoofdverblijfplaats van het kind en de wijze waarop voor het kind bestemde goederen (bijvoorbeeld post) en informatie aan het kind zullen worden overgedragen (art. 105 MFRA). In Slovenië zijn duurzame informele relaties met het huwelijk juridisch gelijk gesteld. Toch geschiedt, net als in Oostenrijk en Portugal, het verbreken van informele relaties op informele wijze. Formeel gezien is de overeenkomst van art. 105 MFRA derhalve vereist voor voortgezet gezamenlijk gezag, maar *de facto* loopt de gezagstoestand van voor de scheiding gewoon automatisch door. De bevoegde autoriteiten vernemen de verbreking van de informele samenleving dikwijls pas als problemen tussen de ouders ontstaan zijn en ze zich tot de rechter of het *center for social work* wenden. Hierbij sluit aan dat ook in Slovenië de bepaling van art. 105 MFRA ten aanzien van informeel samenlevenden een *lex imperfecta* is, in die zin dat het niet voorziet in sancties in geval van schending daarvan.

Hoewel de naleving van de plicht een overeenkomst te sluiten in geval van het verbreken van een informele relatie niet te controleren is, schrijft de MFRA dit toch ook in dit geval voor ter voorkoming van discriminatie tussen kinderen die binnen dan wel buiten huwelijk zijn geboren. De verplichting strekt derhalve ter bevordering van verdere gelijkstelling van huwelijkse en buiten-huwelijkse relaties.

Ook in **Servië** zijn duurzame informele relaties met het huwelijk juridisch gelijkgesteld. Naar Servisch recht moeten informeel samenwonende ouders die hun relatie verbreken ook een overeenkomst maken over de toekomstige uitoefening van het gezamenlijk gezag. De omvang van een dergelijke overeenkomst is echter veel beperkter dan in Slovenië. Net als in Oostenrijk is het enig verplichte punt waarover overeenstemming moet bestaan de hoofdverblijfplaats van het kind (art. 76 (2) FA).

Hoewel de overeenkomst weliswaar een formeel vereiste voor het voortzetten van het gezamenlijk gezag is, kan de gezamenlijke gezagstoestand van vóór de scheiding na de scheiding *de facto* derhalve gewoon automatisch doorlopen, zonder de vereiste overeenkomst. De samenwonende partners kunnen hun relatie namelijk beëindigen zonder enige overheidsinstantie daarover te informeren. Net als in de overige drie door ons onderzochte landen, gedooft ook de Servische wetgever deze vorm van voortgezet gezag zonder de daarvoor vereiste overeenkomst. Ook in Servië is de regeling van art. 75-76 FA een *lex imperfecta*, omdat de wet niet voorziet in sancties in geval van schending daarvan gedurende de gedoogperiode.

Als de rechter naderhand echter ontdekt dat de ouders geen overeenkomst hebben kunnen bereiken, of de voorgestelde overeenkomst door de rechtbank is verworpen, wordt het gezag door de rechtbank aan een van de ouders toegekend.

Net als in Slovenië is de eis tot het sluiten van een overeenkomst aangaande de kinderen een uitvloeisel van de gelijkstelling van huwelijk en buitenhuwelijkse samenleving.

Concluderend: verspreid over de vier onderzochte landen, zijn vier belangrijke redenen aan te wijzen voor de invoering van een verplichting tot het sluiten van de overeenkomst over kinderen in het geval van het verbreken van informele relaties:

- a) Voorwaarde voor voortzetting van het gezamenlijk gezag na scheiding (alle vier de landen)
- b) Het streven naar volledig gelijke behandeling van de binnen en buiten huwelijk geboren kinderen (Slovenië en Servië).
- c) Verdere gelijkstelling van het huwelijk en de buiten-huwelijkse relatie als instituten (Slovenië en Servië).
- d) Bevordering van een goede verstandshouding tussen de partners (alle vier de landen).

Met betrekking tot de omvang van de vereiste overeenkomst vallen de vier onderzochte landen in twee groepen uiteen. In Portugal en Slovenië is een tamelijk omvangrijke overeenkomst vereist, vergelijkbaar met het in Nederland voorgestelde ouderschapsplan. In Oostenrijk en Servië is daarentegen slechts het bereiken van overeenstemming over de gewone verblijfplaats van het kind verplicht.

In geen van de vier landen is de vereiste overeenkomst een voorwaarde voor de scheiding. Wel is de overeenkomst in alle vier onderzochte landen een formele voorwaarde voor voortgezet gezamenlijk gezag. Nu vanwege het informele karakter van de scheiding mogelijkheden tot controle van naleving van deze voorwaarde ontbreken, kan het gezamenlijk gezag in de praktijk gewoon doorlopen, zonder de vereiste overeenkomst. Alle wetgevers gedogen deze situatie. In Oostenrijk en Slovenië is dit gedoogbeleid openlijk erkend. De houding in Portugal is, voor zover wij daarachter konden komen, meer aarzelend, maar komt in de praktijk op hetzelfde neer. In Servië is nog bijna geen ervaring opgedaan met de toepassing van de pas in 2005 in werking getreden regels.

Het ontbreken van wettelijke sancties op het niet-naleven van de verplichting om de bedoelde overeenkomst te maken, maakt de wettelijke regeling bovendien in alle vier de onderzochte landen tot een *lex imperfecta*.

Tegelijkertijd is tijdens het onderzoek naar voren gekomen, dat de verplichting tot het sluiten van de bedoelde overeenkomst niet een volledig dode letter is. In Oostenrijk was de wetgever zich er wel degelijk van bewust dat de rechter in de praktijk geen weet zal hebben van een informele scheiding en dat de rechter daardoor geen controle kan uitoefenen op naleving van de plicht tot het overleggen van een overeenkomst. Toch koos de Oostenrijkse wetgever voor invoering van die verplichting, aangezien zij een rol gaat spelen, indien de gescheiden ouders naderhand problemen omtrent de uitoefening van het gezag krijgen en een van beide ouders zich alsnog tot de rechter wendt. En in Slovenië blijken ouders soms vrijwillig de vereiste overeenkomst ter goedkeuring aan de rechter voor te leggen, om zo meer rechtszekerheid te krijgen.