



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Partijautonomie in het relatievermogensrecht

Schonewille, F.

Citation

Schonewille, F. (2012, February 14). *Partijautonomie in het relatievermogensrecht*. Maklu, Antwerpen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18483>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18483>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

8.1 INLEIDING

Op 1 maart 2009 is de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding in werking getreden.^{1 2}

Voor ouders van minderjarige kinderen zijn de belangrijkste onderdelen van deze wet de introductie van de norm van gelijkwaardig ouderschap na echtscheiding en de verplichting om een ouderschapsplan op te stellen, voorafgaand daaraan.³

In dit hoofdstuk worden eerst deze *novi* behandeld tegen de achtergrond van de wordingsgeschiedenis van de onderhavige wet en de positie van het kind, waarna een interpretatie van de desbetreffende bepalingen volgt.

Vervolgens beantwoord ik de vraag naar de juridische duiding van het ouderschapsplan en komen het karakter en de inhoud van een ouderschapsplan aan de orde, alsmede de handhaafbaarheid van de door de scheidende ouders in het kader van een ouderschapsplan gemaakte afspraken.

Het kernpunt van dit hoofdstuk betreft de vraag naar de grenzen van de contractvrijheid van echtgenoten die ouders zijn van minderjarige kinderen, mede in relatie tot het bepaalde in artikel 121 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek⁴ en afgezet tegen de bijzondere solidariteit die zij jegens elkaar als ouders aan de dag dienen te leggen. Gesteld kan worden dat solidariteit hier sterk wordt ingekleurd door de onverbreekelijke lotsverbondenheid die per

1 Dit hoofdstuk is grotendeels een bewerking van mijn artikelen: *De Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding is een feit: exit klassieke omgangsregeling! Can we change? Yes, we can!* (Schonewille, 2009 (A)) en *Kunnen huwelijkse voorwaarden en samenlevingscontract een ouderschapsplan bevatten?* (Schonewille, 2007 (B)).

2 Wet van 27 november 2008 (30 145), *Stb.* 2008, 500; in werking getreden op 1 maart 2009, *Stb.* 2009, 56; hierna kortheidshalve ook te noemen: Wet scheiding en ouderschap.

3 De verplichting een ouderschapsplan op te stellen geldt uit hoofde van artikel 815 lid 2 onder a. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voor echtgenoten die gezamenlijk minderjarige kinderen hebben over wie zij al dan niet gezamenlijk het gezag uitoefenen. Ingeval een van de echtgenoten bijvoorbeeld een kind uit een eerder huwelijk heeft over wie hij alleen of tezamen met zijn gewezen echtgenote het gezag heeft, behoeft ten aanzien van dat kind derhalve geen ouderschapsplan te worden opgesteld; vgl. Nuytinck, 2007, p. 49 en 50 en Nuytinck, 2008 (A), p. 397-398. De verplichting geldt op gelijke wijze voor geregistreerde partners met gezamenlijke minderjarige kinderen over wie zij al dan niet gezamenlijk het gezag uitoefenen. In dit hoofdstuk richt ik mij in beginsel slechts op ouders die gezamenlijk het gezag hebben over hun gezamenlijke minderjarige kinderen en die een echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek wensen.

4 Dit artikel is door mij meer uitvoerig besproken in paragraaf 5.2.3.

definitie tussen partners in hun hoedanigheid van ouders van kinderen bestaat en die zich manifesteert in hun gezamenlijke relatie tot de kinderen, doch ook in hun onderlinge verhouding.

Met verplichting om een ouderschapsplan op te stellen beoogt de wetgever om ouders voorafgaand aan de echtscheiding na te laten denken over de invulling van hun ouderschap in de periode daarna en daarover met elkaar goede afspraken te maken. De vraag is dan interessant of het niet veel beter zou zijn om reeds in huwelijksvoorwaarden een (vorm van een) ouderschapsplan op te nemen om daardoor het nadenken en het maken van afspraken door ouders over hun ouderschap in een veel eerder stadium te bevorderen. Hierdoor zou ook denkbaar zijn dat een onverhoopte echtscheiding mogelijk soepeler verloopt op dit punt. Deze kwestie wordt tot besluit van dit hoofdstuk door mij behandeld.⁵

8.2 HET GEZAG VAN DE OUDERS EN HET BELANG VAN HET KIND

Het Verdrag inzake de rechten van het kind⁶ bepaalt in artikel 7 dat een kind het recht heeft zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.

Voorts stelt artikel 10 van het verdrag dat de staten die partij zijn bij het verdrag, dienen te waarborgen dat een kind niet tegen zijn wil wordt gescheiden van zijn ouders, tenzij de bevoegde autoriteiten – onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing –, in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat de desbetreffende scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind. Een

5 De verplichting om een ouderschapsplan op te stellen geldt niet alleen voor gehuwde ouders van minderjarige kinderen maar *mutatis mutandis* eveneens voor ongehuwde ouders van minderjarige kinderen. Tijdens de plenaire beraadslagingen is in de Tweede Kamer uitvoerig gesproken over de wijze waarop ook voor samenwonenden met minderjarige kinderen een verplichting tot het maken van een ouderschapsplan zou kunnen worden ingevoerd. Het ontbreken van een juridisch relevant aanknopingspunt ten tijde van de scheiding van samenwoners en de onmogelijkheid een dergelijk aanknopingspunt te creëren, verhinderde naar de mening van de minister echter de invoering van deze verplichting, hoe betreuwenswaardig ook, omdat het opnemen van een niet-afdwingbare norm in de wet dient te worden vermeden. Zijn verwachting is dat veel samenwonende ouders, ook al bevat de wet voor hen geen uitdrukkelijk voorschrift, toch dienovereenkomstig zullen handelen, welk verschijnsel door hem met de term reflexwerking wordt aangeduid. Niettemin is op grond van een motie van het Kamerlid De Pater-Van der Meer artikel 247a Boek 1 Burgerlijk Wetboek in de wet opgenomen dat ook samenwoners verplicht zijn om een ouderschapsplan op te stellen; vgl. Handelingen I 2008/09, p. 8-412. Door M.V. Antokolskaia en L.M. Coenraad is rechtsvergelijkend onderzoek verricht naar de wijze waarop in enkele andere landen hieromtrent regelingen zijn getroffen; *Afspraken met betrekking tot kinderen bij scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders; een rechtsvergelijkend onderzoek*, Vrije Universiteit Amsterdam, Faculteit Rechtsgeleerdheid en WODC: Amsterdam/Den Haag 2006.

6 Dit verdrag werd aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 20 november 1989 en werd van kracht op 2 september 1990; het verdrag is door Nederland geratificeerd op 6 februari 1995.

zodanige beslissing kan noodzakelijk zijn in bepaalde gevallen, zoals wanneer de ouders gescheiden leven en er een beslissing moet worden genomen ten aanzien van de verblijfplaats van het kind.

Indien een kind van een van zijn ouders is gescheiden, dienen de bedoelde staten het recht van het kind te eerbiedigen om op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden, tenzij dat in strijd is met het belang van het kind.

Verder brengt artikel 12 van het verdrag mee dat de staten die partij zijn aan het kind dat in staat is om zijn eigen mening te vormen, het recht dienen te verzekeren dat het die mening ook vrijelijk kan uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen, waarbij aan de mening van het kind een passend belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid. Het artikel noemt in dit verband met name het recht van het kind om gehoord te worden in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft.

Tot slot bepaalt artikel 18 dat de aangesloten staten alles wat in hun vermogen ligt dienen te doen om de erkenning te verzekeren van het beginsel dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind:

Ouders (...) hebben de eerste verantwoordelijkheid voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Het belang van het kind is hun eerste zorg.⁷

De conclusie is mitsdien gerechtvaardigd dat het verdrag met name de notie van het belang van het kind op het oog heeft.⁸

Tevens kan worden vastgesteld dat – na de inwerkingtreding van het verdrag voor Nederland – de ontwikkelingen in de Nederlandse wetgeving, alsmede in de jurisprudentie van de Hoge Raad, redelijk in lijn zijn met deze voor Nederland uit het verdrag voortvloeiende verplichtingen.

Zo werd in 1998 in artikel 251 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek vastgelegd dat ouders die gezamenlijk het gezag uitoefenen over hun minderjarige kinderen, dit gezamenlijke gezag na de ontbinding van hun huwelijk in beginsel voortzetten.

De Wet scheiding en ouderschap scherpt deze bepaling aan waar deze voorschrijft dat de rechter nog slechts het gezag over het kind aan een van

7 Artikel 18 lid 1 Verdrag inzake de rechten van het kind.

8 Over het belang van het kind zijn vele boeken geschreven, vaak op grond van wetenschappelijk onderzoek. Genoemd kunnen in dit verband worden: *The unhappy child. What every parent needs to know* (K.N. Condrell, New York: Prometheus Books 2006); *Scheidingskinderen. Overzicht van recent sociaalwetenschappelijk onderzoek naar de gevolgen van ouderlijke scheiding voor kinderen en jongeren* (E. Spruijt, Amsterdam: SWP 2007); *Het verdeelde kind. Literatuuronderzoek omgang na scheiding* (E. Spruijt e.a., publicatie van de Raad voor de Kinderbescherming 2002); *Ouderschapsplan. De vele gezichten van het belang van het kind* (L.A. Groenhuijsen, Amsterdam: SWP 2006); *Rechten van het kind en ouderlijke verantwoordelijkheid* (E.A. de Graaf e.a. (red.), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008); *Kind en echtscheiding. Een ontwikkelingspsychologisch perspectief* (K. Singendonk en G. Meesters, Harcourt 2002).

de ouders kan opdragen, indien is voldaan aan het 'klem of verloren'-criterium of indien dit in het belang van het kind noodzakelijk is. De mogelijkheid voor ouders de rechter te verzoeken een van hen met het gezag te belasten is er dus alleen nog binnen strikte criteria.⁹

Voorts benadrukt de onderhavige wet de eigen verantwoordelijkheid van de ouders na de scheiding en bevordert deze. Hierin kan men ik een uitwerking van artikel 18 van het Verdrag inzake de rechten van het kind worden ontwaard.

8.3 AANLOOP NAAR DE WET VAN 1 MAART 2009

Sinds 2002 is de politieke discussie over het aanpassen van de wettelijke regels op het terrein van ouderschap na echtscheiding in een stroomversnelling geraakt.

Tegen het einde van dat jaar werden vier moties aanvaard door de Tweede Kamer, die de minister van Justitie opriepen om respectievelijk onderzoek te doen naar de mogelijkheid van echtscheiding zonder tussenkomst van de rechter, een standaard (minimum) omgangsregeling in de wet op te nemen, te bevorderen dat het instrument van de dwangsom vaker wordt toegepast indien een ouder de afgesproken of opgelegde omgangsregeling frustreert en tot slot een wettelijke verplichting in te voeren om voorafgaand aan de echtscheiding afspraken te maken over de zorg voor de kinderen.¹⁰

Omdat deze breed ondersteunde moties de minister niet in beweging zetten, diende het Kamerlid Luchtenveld (VVD) een initiatief-wetsvoorstel in, waarin de genoemde moties waren uitgewerkt.¹¹ Dit wetsvoorstel is vervolgens langdurig onderwerp van debat geweest in de Tweede Kamer, maar werd uiteindelijk verworpen in de Eerste Kamer nadat de Tweede Kamer het al tamelijk ingrijpend had geamendeerd.¹²

Inmiddels was de minister van Justitie langszij gekomen met een eigen wetsvoorstel, dat vervolgens in behandeling is genomen. Het ministeriële wetsvoorstel bevatte minder vergaande aanpassingen van het echtscheidingsrecht dan het genoemde initiatief-wetsvoorstel, maar is in de loop van de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer door amendementen op veel punten gelijkenis gaan vertonen met het wetsvoorstel van Luchtenveld.

Het meest in het oog springende verschil tussen beide is dat de Wet scheiding en ouderschap geen regeling bevat voor een echtscheiding zonder tussenkomst van de rechter, in tegenstelling tot het bedoelde initiatief-wetsvoorstel.

9 Vgl. respectievelijk artikel 251 en artikel 251a lid 1, onder a en b, Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

10 Respectievelijk de motie Schonewille e.a., de motie Dittrich e.a., de motie Luchtenveld e.a. en de motie De Pater-van der Meer e.a., TK 2002/03, 28 600 VI, nrs. 114, 115, 57 en 112.

11 EK 2005/06, 29 676, nrs. A-G.

12 Ik ben als deskundige nauw betrokken geweest bij het opstellen van dit initiatief-wetsvoorstel en verdediging daarvan in de Tweede en Eerste Kamer.

8.4 OUDERSCHAPSPLAN EN WETTELIJKE NORMEN

De Wet scheiding en ouderschap introduceert de verplichting een ouderschapsplan op te stellen, maar omschrijft het ouderschapsplan als zodanig niet en stelt daaraan evenmin vormvoorschriften, doch volstaat met voor te schrijven dat het (gemeenschappelijk) verzoekschrift¹³ tot echtscheiding een ouderschapsplan dient te bevatten en geeft daarnaast een niet-limitatieve opsomming van afspraken die de ouders in elk geval met elkaar moeten maken als zij een ouderschapsplan met elkaar overeenkomen. Deze afspraken hebben betrekking op:

- a. de wijze waarop de echtgenoten de zorg- en opvoedingstaken, bedoeld in artikel 247 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, verdelen;
- b. de wijze waarop de echtgenoten elkaar informatie verschaffen en raadplegen omtrent gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van de minderjarige kinderen;
- c. de kosten van de verzorging en opvoeding van de minderjarige kinderen.¹⁴

Daarnaast bevat de hier besproken wet een aantal dwingende normen waaraan de ouders in het belang van het kind invulling dienen te geven bij het opstellen van hun ouderschapsplan.

Deze normen zijn opgenomen in artikel 247 leden 3 tot en met 5 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, in aanvulling op de daarin reeds geformuleerde normen¹⁵ en bepalen respectievelijk:

1. Het ouderlijk gezag omvat mede de verplichting van de ouder om de ontwikkeling van de banden van zijn kind met de andere ouder te bevorderen.¹⁶

13 De verplichting een ouderschapsplan op te stellen geldt evenzeer ingeval een eenzijdig verzoekschrift tot echtscheiding wordt ingediend door een ouder; deze variant laat ik in dit hoofdstuk echter buiten beschouwing.

14 Artikel 815 leden 2 en 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

15 Lid 1 van artikel 247 luidt: *Het ouderlijk gezag omvat de plicht en het recht van de ouder zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden.* Het tweede lid van dit artikel bepaalt: *Onder verzorging en opvoeding worden mede verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn en de veiligheid van het kind, alsmede het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid. In de verzorging en opvoeding van het kind passen de ouders geen geestelijk of lichamelijk geweld of enige andere vernederende behandeling toe.* Voor echtgenoten sluit het bepaalde in lid 1 naadloos aan bij artikel 82 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat luidt: *Echtgenoten zijn jegens elkaar verplicht de tot het gezin behorende minderjarige kinderen te verzorgen en op te voeden en de kosten van die verzorging en opvoeding te dragen.* Vgl. in dit verband ook het bepaalde in artikel 404 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

16 I. Jansen stelt ter zake van deze norm terecht vast dat ouders in een ouderschapsplan niet kunnen vastleggen dat het kind geen contact heeft met een van zijn ouders. Het door hem toegevoegde ‘in beginsel’ kan daarbij naar mijn oordeel gevoegelijk worden gemist. Jansen wijst er voorts op dat door de wetgever niet is overgegaan tot het verbinden van de sanctie van nietigheid aan het door de ouders uitsluiten van het contact van het kind met de ouder bij wie het niet woont, ondanks het daartoe strekkende advies van de RvS; I. Jansen, 2010, aantekening 3B bij Titel 14 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Ik ben echter van mening dat de desbetreffende nietigheid reeds rechtstreeks voortvloeit uit het dwingend-rechtelijke karakter van de onderhavige norm.

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

De Wet scheiding en ouderschap leidt er derhalve toe dat in elke individuele scheiding door middel van een ouderschapsplan door beide ouders in gezamenlijk overleg tot maatwerk moet worden gekomen, waarbij de genoemde normen een dwingendrechtelijk kader vormen: deze staan immers – in het belang van het kind – niet ter vrije beschikking van de ouders met gezamenlijk gezag.¹⁷

8.5 NORM VAN GELIJKWAARDIG OUDERSCHAP

Duidelijk lijkt wel dat de norm van gelijkwaardige opvoeding en verzorging door elk van beide ouders, waarop het minderjarige kind recht heeft, geen ruimte meer laat voor de klassieke omgangsregeling die meebrengt dat de ene ouder – meestal de moeder – de verzorgende ouder is en de andere ouder – meestal de vader – het kind één weekeinde per twee weken bij zich heeft.

Anderzijds wordt evenmin beoogd om de desbetreffende norm in conflictsituaties uit te leggen als een verplicht 'co-ouderschap', derhalve als een fifty-fifty verdeling van de zorg en opvoeding tussen de ouders, op welk uitgangspunt alleen praktische belemmeringen die ontstaan in verband met de echtscheiding, een uitzondering kunnen rechtvaardigen, zoals blijkt uit de memorie van antwoord van de beide betrokken ministers aan de Eerste Kamer.¹⁸

Omdat deze nieuwe norm is geschreven vanuit het perspectief van het kind, kan worden gesteld dat de opvattingen van de ouders daarover in beginsel van secundair belang zijn, maar wel in de te maken afwegingen kunnen worden betrokken.¹⁹

De als vijfde genoemde norm spreekt bovendien slechts over praktische belemmeringen die ontstaan in verband met de scheiding en dan nog uitsluitend voor zover en zolang de desbetreffende belemmeringen bestaan.

Gezien het feit dat de norm van gelijkwaardig ouderschap, alsmede de norm dat alleen praktische belemmeringen die ontstaan in verband met de scheiding (tijdelijk) afbreuk mogen doen aan de desbetreffende gelijkwaar-

17 Vgl. artikel 121 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

18 EK 2007/08, 30 145, nr. C, p. 2.

19 Vgl. HR 25 april 2008, NJ 2008, 414, m.nt. SFMW.

digheid, aan de hier behandelde wet zijn toegevoegd door een amendement²⁰ waarvan de inhoud rechtstreeks is ontleend aan het hiervoor genoemde initiatief-wetsvoorstel Luchtenveld²¹ en een inhoudelijke toelichting daarop grotendeels ontbreekt, is het naar mijn oordeel noodzakelijk om bij de interpretatie van deze beide normen de parlementaire geschiedenis van dit initiatief-wetsvoorstel te betrekken.^{22 23}

Zo wordt door de initiatiefnemer in diens memorie van antwoord aan de Eerste Kamer opgemerkt dat:

(...) door het opstellen van een goed ouderschapsplan waarin een meer gelijkwaardige rol in de zorg- en opvoedingstaken van beide ouders is vastgelegd, kan voorkomen worden dat men bijna automatisch in het traditionele patroon komt waarbij de kinderen bij de moeder verblijven en de vader zo nu en dan omgang met de kinderen mag hebben.²⁴

en stelde de indiener in de memorie van toelichting op zijn wetsvoorstel eerder dat:

(...) het echtgenoten duidelijk moet zijn dat de scheiding in beginsel geen verandering aanbrengt waar het betreft het vormgeven door hen van hun ouderschap. De norm dient dan ook te bevestigen dat de wetgever geen onderscheid maakt tussen de ouders. Daarom is bepaald dat een kind over wie de ouders het gezamenlijke gezag uitoefenen na ontbinding van het huwelijk, recht houdt op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders.²⁵

Mede op grond van deze beide citaten kan worden betoogd dat een klassieke omgangsregeling in strijd komt met de door de Wet scheiding en ouderschap geïntroduceerde norm van gelijkwaardig ouderschap, beschouwd in samenhang met de eveneens door deze wet geformuleerde, direct daaraan gekoppelde norm van de praktische belemmeringen.²⁶

De uitleg die tijdens de plenaire behandeling van de onderhavige wet in de Eerste Kamer door de woordvoerder van de Socialistische Partij, Quick-Schuijt, is gegeven, waar zij stelt dat de zinsnede 'behoudt recht op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding' in het amendement duidt op een aansluiting bij de situatie tijdens de samenwoning,²⁷ is derhalve juist voor

20 TK 2006/07, 30 145, nr. 26; dit amendement is ingediend door Kamerlid De Wit (SP).

21 De Wit maakt dit zelf ook duidelijk in zijn bijdrage 'Een reactie op het artikel 'Gelijkwaardig ouderschap', van mr. drs. J. Kok (FJR 2007, 98)', FJR 2008/19, p. 44.

22 Vgl. W. Snijders die stelt dat de wetsgeschiedenis voldoende overtuigingskracht dient te bezitten, wil deze gebruikt kunnen worden voor uitleg van de wet; W. Snijders, 2008, p. 843 e.v..

23 In deze zin ook Schrama en Vonk; Schrama en Vonk, 2009, p. 226

24 EK 2005/06, 29 676, nr. E, p. 8.

25 TK 2003/04, 29 676, nr. 3, p. 4.

26 Met betrekking tot de desbetreffende praktische belemmeringen merkt I. Jansen terecht op dat de regel van kracht is *dat ouders zelf alles in de mate van het mogelijke moeten doen om eventuele belemmeringen op te heffen cq ten minste te verminderen.*; I. Jansen, 2010, aantekening 3D bij Titel 14 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

27 Handelingen I 2008/09, nr. 8, p. 398.

zover daarmee wordt bedoeld vast te stellen dat ieder van de ouders substantiële zorg- en opvoedingstaken uitvoert tijdens de samenwoning (i.e. het huwelijk) en de bedoelde normen hen ertoe dwingen daarin na de scheiding geen wezenlijke verandering aan te brengen.

De desbetreffende uitleg is naar mijn oordeel echter onjuist als deze mee zou brengen dat op grond van deze normen van ouders niet zou mogen worden gevraagd om voor de periode na de scheiding een wijziging aan te brengen in hun onderlinge verdeling van de zorg- en opvoedingstaken, indien deze tijdens de samenwoning voor het overgrote deel op de schouders van één van hen (vaak: de moeder) hebben gerust.²⁸

De beide normen in samenhang gelezen betekenen denk ik dat in dat geval door de ouders bij de scheiding dient te worden gezocht naar het op zo kort mogelijke termijn realiseren van een beter evenwicht.

De thans in de wet verankerde plicht die beide ouders op grond van de in artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek vervatte normen hebben jegens hun kind (en elkaar) tot gelijkwaardige verzorging en opvoeding, leidt er tevens toe dat de 'afwezige ouder' door de andere ouder tot de orde kan worden geroepen om zijn aandeel in de verzorging en opvoeding van het kind op zich te nemen bij het maken van afspraken in het kader van het ouderschapsplan voor de periode na de scheiding.²⁹ Ook de in artikel 247 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – hiervoor genoemd – leidt tot deze gevolgtrekking.

De andere ouder kan dat doen in het belang van het kind, maar ook omdat er bij hem een eigen belang³⁰ bestaat ruimte te creëren voor het activeren of ontwikkelen van verdien capaciteiten of voor het laten opbloeien van een relatie met een nieuwe partner. Dit *emancipatieargument* is mijns inziens tot op heden ten onrechte onderbelicht gebleven maar hangt rechtstreeks samen met de solidariteit die tussen ouders een grote rol speelt.

Met betrekking tot de uitleg door Quick-Schuijt merk ik nog op dat het uiteraard ook niet denkbaar is dat een ouder tijdens de relatie precies één weekeinde per veertien dagen zorg- en opvoedingstaken verricht. Alleen daarom al is onder vigeur van de door de onderhavige wet geïntroduceerde normen, de klassieke omgangsregeling thans buiten de orde.³¹

28 Vgl. ook P. Dorhout, I.J. Pieters en P.A.J.Th. van Teeffelen die erop wijzen dat de door de wetgever beoogde gelijkwaardigheid mee zou kunnen brengen *dat een van de ouders een groter aandeel in de verzorging en opvoeding van de kinderen op zich neemt dan tijdens het huwelijk (...) wellicht gebruikelijk was*; 'Notitie Studiedag eerste ervaringen verplicht ouderschapsplan', *FJR* 2009/53, p. 137 en 138.

29 De Wit (SP) benadrukt deze 'opvoedplicht' eveneens in zijn toelichting op het door hem ingediende amendement, hiervoor aangehaald.

30 Vgl. de hiervoor genoemde uitspraak van de Hoge Raad waarin deze aan het eigen belang van de ouders gewicht toekent, naast het belang van het kind; HR 25 april 2008, *NJ* 2008, 414, m.nt. SFMW.

31 In het onwaarschijnlijke geval dat een ouder tijdens de relatie wel precies één weekeinde per veertien dagen zorg en opvoedingstaken verricht heeft, moet de conclusie zijn dat hierin verandering dient te worden aangebracht na de scheiding.

Kok wijst erop dat de uitleg van de onderhavige normen bij gebreke van overeenstemming tussen de ouders zou kunnen betekenen dat de rechter zal moeten besluiten tot een gelijke verdeling van de zorg- en opvoedingtaken in kwantitatieve zin³² en spreekt de hoop uit dat rechters zich in de praktijk wijzer zullen tonen.³³ Ik denk echter dat deze uitleg de juiste is, behoudens in die gevallen waarin die niet in het belang van het kind is.

De Wit benadrukt in diens reactie op de opvatting van Kok dat de desbetreffende norm ouders een uitgangspositie geeft om gezamenlijk tot een bij hun situatie passende oplossing te komen. Indien er geschillen ontstaan moet ook de rechter bij de beslechting daarvan het beginsel hanteren dat beide ouders gelijkwaardig zijn, en het kind recht heeft op opvoeding en verzorging door beide ouders.³⁴

Ook De Wit maakt hiermee mijns inziens duidelijk dat er een sterk verband bestaat tussen het kwalitatieve karakter van de onderhavige norm enerzijds en het kwantitatieve karakter daarvan anderzijds.

De rechter bij wie de echtscheiding aanhangig wordt gemaakt, zal derhalve – in overleg met de ouders – tot bijstelling moeten overgaan indien blijkt dat de in het ouderschapsplan opgenomen afspraken in strijd zijn met de dwingende normen van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.^{35 36}

Van belang is in dit verband nog erop te wijzen dat de wet, waar het gaat om ouders met gezamenlijk gezag, nog slechts spreekt over verdeling van de zorg- en opvoedingtaken en het begrip omgang reserveert voor de verhouding tussen de niet met het gezag belaste ouder, respectievelijk niet-ouders met een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind, en het minderjarige kind.³⁷

32 Vgl. de door haar aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Haarlem, 14 november 2006, LJN AZ5284.

33 J. Kok, 'Gelijkwaardig ouderschap', *FJR* 2007/98, p. 225.

34 J. de Wit, 'Een reactie op het artikel 'Gelijkwaardig ouderschap', van mr. drs. J. Kok (*FJR* 2007, 98)', *FJR* 2008/19, p. 44.

35 Hetgeen door mij is gesteld brengt vanzelfsprekend mee dat ik de opvattingen van Ackermans-Wijn en Brands-Bottema niet deel waar zij de rechter slechts een marginale toetsingsbevoegdheid toekennen ingeval ouders overeenstemming hebben over een standaard omgangsregeling van een weekend per veertien dagen bij de vader. Hun conclusie: *De rechter zal naar ons oordeel niet ambtshalve beoordelen of het overgelegde plan wel genoeg uitdrukking geeft aan het beginsel van gelijkwaardig ouderschap of dat een uitgebreidere omgangsregeling in dit geval meer aangewezen zou zijn geweest.*, getuigt ervan dat het voor rechters, naar te voren valt, moeilijk zal zijn om de omslag naar het thans geldende normenstelsel te maken. De auteurs – beiden zelf rechter – miskennen hier immers het dwingende karakter van de norm van gelijkwaardig ouderschap (artikel 247 lid 4 Boek 1 Burgerlijk Wetboek); Ackermans-Wijn en Brands-Bottema, 2009 (A), p. 51. Coenraad lijkt eveneens het dwingendrechtelijke karakter van de norm van gelijkwaardig ouderschap te miskennen; Coenraad, 2010 (B), p. 90-92.

36 Ook Schrama komt tot de conclusie dat de nieuwe wet prescriptief van aard is en *dwingende normen geeft over wat goed en fout ouderschap is en hoe echtgenoten uit elkaar moeten gaan*; Schrama, 2009, p. 81. Zij toont zich overigens afkerig van deze ontwikkeling.

37 Vgl. de artikelen 247 lid 4, 253a lid 2, onder a, en 377a lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, alsmede artikel 815 lid 3, onder a., Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

8.6 CEFL-NORMEN TER ZAKE VAN *PARENTAL RESPONSIBILITIES*

De *Commission on European Family Law* heeft recentelijk de *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities* in kaart gebracht.³⁸

Het is interessant om vast te stellen dat de hiervoor geschetste ontwikkeling in Nederland, waar het betreft het ouderschapsplan en de normen die gelden in geval van gezamenlijk gezag van ouders over hun minderjarige kind na echtscheiding, kennelijk heel goed aansluit bij de door de commissie geformuleerde *common core* in Europa op het terrein van ouderlijke verantwoordelijkheid na scheiding.

De commissie komt immers tot de conclusie dat ouderlijke verantwoordelijkheid niet mag worden beïnvloed door de juridische of feitelijke scheiding tussen de ouders. Voorts dienen ouders met ouderlijke verantwoordelijkheid gelijke rechten en plichten te hebben in de uitoefening van deze verantwoordelijkheid en oefenen zij deze voor zover mogelijk ook gezamenlijk uit.

De commissie beveelt verder aan dat ouders met gezamenlijke verantwoordelijkheid een overeenkomst kunnen sluiten over de uitoefening daarvan, in overeenstemming met het belang van het kind. De totstandkoming van een dergelijke overeenkomst dient te worden bevorderd door de bevoegde autoriteit, die ook de mogelijkheid kan hebben de desbetreffende overeenkomst te controleren.

Tot slot geeft de CEFL criteria die door de bevoegde autoriteit kunnen worden gewogen waar het betreft het vaststellen of later wijzigen van de hoofdverblijfplaats van het kind. Uitgangspunt is hier overigens wel dat het kind bij één van zijn ouders verblijft, tenzij de ouders zijn overeengekomen dat het afwisselend bij beide ouders verblijft.³⁹

8.7 OUDERSCHAPSPLAN ALS VERPLICHTING EN LATERE WIJZIGING DAARVAN

De Wet scheiding en ouderschap ziet het ouderschapsplan als een document dat door de echtgenoten dient te worden bijgevoegd bij het (gemeenschappelijk) verzoekschrift waarin de rechter wordt gevraagd om de echtscheiding uit te spreken; gesteld kan derhalve worden dat het opstellen en indienen van een ouderschapsplan in de eerste plaats een procesrechtelijke verplichting is.

Coenraad acht het desbetreffende ontvankelijkheidsvereiste voor het verzoekschrift tot echtscheiding bezwaarlijk, met name omdat dit tot vertraging leidt en stelt voor de wet zodanig aan te passen dat het bestaan of de kwaliteit van het ouderschapsplan niet meer bepalend zijn voor de ontvan-

38 Boele-Woelki e.a., 2007 (B).

39 Boele-Woelki e.a., 2007 (B), p. 305-313.

kelijkheid van het echtscheidingsverzoekschrift.⁴⁰ Ik deel deze visie niet omdat een dergelijke aanpassing slechtwillende ouders meer ruimte geeft voor chicanes.⁴¹

De Bruijn-Lückers constateert dat ruim een jaar na de introductie van het ouderschapsplan uit een analyse van een aantal daarna gepubliceerde uitspraken van rechtbanken is gebleken dat deze in de meeste gevallen de zaak aanhouden indien zij van mening zijn dat het ouderschapsplan niet concreet genoeg is. Niettemin verklaarde de rechtbank Rotterdam een vrouw niet-ontvankelijk in haar – eenzijdige – echtscheidingsverzoek omdat het door haar ingeleverde ouderschapsplan niet aan de wettelijke eisen voldoet.⁴²

De vraag doet zich voor of de wet ook voorziet in het geval waarin ouders er niet in slagen om een ouderschapsplan op te stellen.

Artikel 815 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bepaalt in het vierde lid dat het verzoekschrift dient te vermelden over welke van de door de wet voorgeschreven onderwerpen door de ouders overeenstemming is bereikt en over welke van deze thema's tussen de ouders verschil van inzicht bestaat met de gronden daarvoor. Voorts stelt het zesde lid van dit artikel dat, indien het ouderschapsplan redelijkerwijs niet kan worden overlegd, volstaan kan worden met overlegging van andere stukken, of op andere wijze daarin kan worden voorzien, een en ander ter beoordeling van de rechter.

Dat hiermee echter niet een gemakkelijke wijze van het omzeilen van de verplichting een ouderschapsplan op te stellen wordt gecreëerd, maakt de discussie tussen de beide betrokken ministers en de desbetreffende woordvoerders in de Eerste Kamer duidelijk.⁴³ Minister Hirsch Ballin antwoordt in dit verband desgevraagd dat, ingeval een ouderschapsplan ontbreekt bij het verzoekschrift, de rechter de ouders daarop attendeert, waarna het procesreglement partijen nog vier weken geeft om alsnog aan hun verplichting te voldoen.⁴⁴

40 Coenraad, 2010 (A), p. 45 en 46.

41 Wortmann interpreteert de parlementaire geschiedenis op zodanige wijze dat de verplichting een ouderschapsplan op te stellen uiteindelijk niet een ontvankelijkheidsvereiste zou zijn en laat naar mijn mening daarmee een gedachtenwisseling in de Eerste Kamer ten onrechte zwaarder wegen dan de ook door haar opgemerkte algemene bedoeling van de wetgever met de introductie van het ouderschapsplan, die ook al uit het hiervoor genoemde concurrerende wetsvoorstel van Luchtenveld naar voren kwam. Naar mijn mening dient gewaakt te worden voor het wijd openzetten van de poort van echtscheiding op eenzijdig verzoek, teneinde op die wijze het opstellen van een ouderschapsplan te omzeilen; Wortmann, 2010, p. 47 en 48. Vgl. in dit verband ook Lenters, 2010, p. 101. Ter zake van de door mij gevreesde chicanes zij verwezen naar Ackermans-Wijn en Brands-Bottema die hiervan een overzicht geven; Ackermans-Wijn en Brands-Bottema, 2009 (B), p. 181 en 182.

42 De Bruijn-Lückers, 2010, p. 89 en 90; Rb. Rotterdam 17 juli 2009, *LJN* BK1422.

43 Handelingen I 2008/09, nr. 8, p. 403.

44 Vgl. artikel 2.3 Procesreglement Scheiding.

Indien dit niet het gewenste resultaat heeft, zal de rechter de ouders vervolgens naar 'een mediator' verwijzen. Als zou blijken dat ook daarna nog geen ouderschapsplan is opgesteld, biedt lid 6 van het genoemde artikel 815 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de rechter de mogelijkheid om partijen niet ontvankelijk te verklaren, als hij van mening is dat het in het specifieke geval niet zo is dat niet van de ouders zou kunnen worden gevraagd om een ouderschapsplan op te stellen.

In dat geval resteert nog slechts de mogelijkheid voor partijen om een eenzijdig verzoek tot echtscheiding in te dienen met alle bezwaren die daaraan kleven.⁴⁵

Mijns inziens dient de rechter zich steeds zeer terughoudend op te stellen waar het betreft de mogelijkheid die de wet hem in artikel 815 lid 6 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering biedt om, ingeval het overleggen van het ouderschapsplan redelijkerwijs niet mogelijk is, daarin zelf te voorzien.

De verplichting voor ouders die willen scheiden om een ouderschapsplan op te stellen en dit aan de rechter voor te leggen in het kader van hun (gemeenschappelijk) verzoek tot echtscheiding is eenmalig. Indien door hen later wijzigingen worden aangebracht in de in het ouderschapsplan vastgelegde afspraken, bestaat derhalve niet de verplichting om opnieuw naar de rechter te gaan.

Het ouderschapsplan vormt een dynamisch onderdeel van het echtscheidingsconvenant – waarvan het in de meeste gevallen onderdeel zal uitmaken – en is derhalve onderhevig aan veranderingen. Deze hangen samen met het opgroeien van het kind, alsmede met de levensloop van zowel het kind als ieder van de ouders. Voor de ouders is het daarom zaak goede afspraken met elkaar te maken over een periodieke evaluatie van de door hen in het ouderschapsplan opgenomen afspraken, alsook over de manier waarop wijzigingen van de door hen gemaakte afspraken en door hen nieuw te maken afspraken tot stand zullen komen en worden vastgelegd.

8.8 DE POSITIE VAN HET KIND

In de hier besproken wet wordt slechts bepaald dat in het verzoekschrift tot echtscheiding (waarbij het ouderschapsplan wordt overgelegd) dient te worden vermeld op welke wijze het kind is betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan.⁴⁶ Dit werpt de vraag op naar de wijze waarop het kind door zijn ouders bij het scheidingsproces moet worden betrokken.

45 Vgl. ook Wortmann die stelt dat een eenzijdig verzoek tot scheiding niet niet-ontvankelijk zal worden verklaard als er geen ouderschapsplan is overgelegd; Wortmann, 2010, aantekening 2 bij Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

46 Artikel 815 lid 4 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

In mediation is steeds gebruikelijker dat de ouders met de mediator een gesprek voeren ter voorbereiding op het gesprek dat zij zelf met de kinderen voeren en waarin zij hun vertellen dat zij zullen gaan scheiden. Dit gesprek wordt door Hoefnagels het paraplugesprek genoemd.⁴⁷

De bedoeling van een dergelijk gesprek is in de kern dat de ouders hun kinderen gezamenlijk vertellen dat ze weliswaar gaan scheiden, maar dat ze beiden ouders blijven en het kind niet tussen hen beiden hoeft te kiezen: ouders kunnen scheiden van elkaar, maar niet van hun kind.

Vervolgens wordt door de ouders een (concept-)ouderschapsplan opgesteld, waarna de mediator een gesprek voert met de kinderen. Dit gesprek heeft geen andere strekking dan het kind in de gelegenheid te stellen te worden gehoord (uit hoofde van de hiervoor aangehaalde bepaling uit het Verdrag inzake de rechten van het kind) en zelf te vertellen hoe het de scheiding ervaart en te spreken over zijn voorkeuren voor de periode na de scheiding.⁴⁸

De Wet scheiding en ouderschap voorziet er niet in dat de rechter die het ouderschapsplan controleert, het kind oproept en met hem spreekt over de inhoud daarvan. Wel bepaalt artikel 809 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat de rechter in zaken betreffende minderjarigen geen beslissing neemt voordat hij een minderjarige van twaalf jaar of ouder in de gelegenheid heeft gesteld om zijn mening aan hem kenbaar te maken. Met betrekking tot een minderjarige die jonger is dan twaalf jaar, geldt dat de rechter deze in de gelegenheid kan stellen om aan hem zijn mening kenbaar te maken op een door hem te bepalen wijze.

Aangenomen moet worden dat alleen in die gevallen waarin het ouderschapsplan vragen oproept, dit onder de maat is of de rechter van oordeel is dat het ouderschapsplan aanpassing behoeft, het bepaalde in artikel 809 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering door hem zal worden toegepast.

8.9 DE RECHTEN DIE VOORTVLOEIEN UIT HET OUDERLIJK GEZAG

Artikel 121 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt in het verband van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden dat ouders daarin niet kunnen afwijken van de rechten die voortspruiten uit het ouderlijk gezag.⁴⁹ De wetgever heeft derhalve aanleiding gezien om niet te volstaan met het bepaalde

⁴⁷ Hoefnagels, 2007, p. 99 e.v..

⁴⁸ Voor ogen moet in dit verband steeds worden gehouden dat de ouders met het gezag over hun kind zijn belast en zij uiteindelijk beslissingen nemen. De mediator dient er dan ook voor te waken dat bij het kind de indruk wordt gewekt dat zijn wensen door de ouders zullen worden gehonoreerd. Anderzijds behoort de mediator de ouders ook te wijzen op het spanningsveld dat bestaat omdat ouders het gezag hebben en beslissen, terwijl het kind daar de gevolgen van ondervindt.

⁴⁹ Luijten en Meijer wijzen op de vroegere universele betekenis van huwelijkse voorwaarden waarvan deze bepaling een overblijfsel is; Luijten-Meijer, 2005, p. 211.

in het eerste lid van dit artikel dat stelt dat huwelijkse voorwaarden niet strijdig mogen zijn met dwingende wetsbepalingen, goede zeden of de openbare orde.⁵⁰

Met De Boer moet worden aangenomen dat de zin van de bepaling is gelegen in het feit dat aldus de dwingendrechtelijke aard van deze rechten buiten twijfel wordt gesteld.⁵¹

Stille is in dit licht van mening dat het derde lid van artikel 121 alleen betrekking heeft op vermogensrechtelijke aspecten *omdat de regels van het familierecht naar hun aard al (nagenoeg uitsluitend) dwingend recht behelzen*.⁵²

De bepaling ziet mijns inziens echter op de rechten van zowel familie- als vermogensrechtelijke aard. Slechts waar het betreft de eerste categorie kan worden gesteld dat deze tevens van openbare orde zijn en zich in de eerste plaats op die grond onttrekken aan de contracteervrijheid van echtgenoten.⁵³

Dit is ook juist omdat vanuit ethisch perspectief gezien onaanvaardbaar en overigens moeilijk voorstelbaar zou zijn dat door ouders wordt onderhandeld over deze direct statusgerelateerde rechten.⁵⁴ Het moge duidelijk zijn dat de in het Nederlandse recht geldende gelijkwaardigheid van de posities die ouders ten opzichte van elkaar jegens hun kind innemen, in het tegenovergestelde geval vrijwel per definitie in het gedrang zou komen.

Ten aanzien van de vermogensrechtelijke rechten die uit het ouderschap voortvloeien rijst de vraag of de wetgever echtgenoten terecht verbiedt om afspraken te maken over zaken als het bewind over het vermogen van het kind en het ouderlijk vruchtgenot.⁵⁵

Enerzijds zou het antwoord kunnen zijn dat hier sprake is van een zodanig nauwe band met de rechten uit de eerste categorie dat het maken van onderscheid op het terrein van de contractvrijheid niet aangewezen is.

Anderzijds zou ik echter menen dat heel wel betoogd kan worden dat het hier gaat om fundamenteel andersoortige rechten, van vermogensrechtelijke aard of een zeer nauwe samenhang daarmee vertonend en dat bepalingen van regeland recht daarom kunnen volstaan.

De wetgever vaart in dezen ook niet steeds een vaste koers. Zo bepaalt artikel 253i Boek 1 Burgerlijk Wetboek in het eerste lid dat de ouders het kind gezamenlijk vertegenwoordigen in burgerlijke handelingen, met dien

50 Dit betreft een herhaling van hetgeen reeds geldt op basis van hetgeen in artikel 3:40 lid 1 Burgerlijk Wetboek is bepaald.

51 Asser-De Boer, 2010, p. 352.

52 Stille, 2010, aantekening 4 bij Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

53 Praktisch gezien leiden beide opvattingen mijns inziens overigens tot hetzelfde resultaat.

54 In herinnering moet hier voorts worden gebracht dat gelijkwaardigheid van beide ouders ter zake van de uit het ouderschap voortvloeiende rechten van verzorging en opvoeding van kinderen al door Domat werd bepleit op grond van het natuurrecht; vgl. E.P. Rijks, *Omgang moet: een rechtshistorisch onderzoek betreffende voogdij, ouderlijk gezag na echtscheiding en omgangsrecht in relatie tot de recente wetsvoorstellen*, Nieuwegein: SBO 1987, p. 37.

55 Respectievelijk de artikelen 253i en 253l Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

verstande dat een ouder alleen daartoe ook bevoegd is, mits niet van bezwaren van de andere ouder is gebleken.

Dat de door mij gestelde gelijkwaardigheid van elk van beide ouders de centrale norm is in het Nederlandse familierecht blijkt duidelijk uit artikel 251 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, dat als hoofdregel geeft dat beide ouders gedurende het huwelijk gezamenlijk het gezag uitoefenen over hun kind en dat deze hoofdregel nog bevestigt door te bepalen dat dit gezamenlijk gezag voortduurt na echtscheiding.

Artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek noemt in het eerste lid vervolgens expliciet het recht van elke met gezag belaste ouder zijn kind te mogen verzorgen en op te voeden maar toont tegelijkertijd de andere zijde van de medaille door ieder van de ouders ook de plicht tot verzorging en opvoeding van zijn kind op te leggen: recht en plicht zijn in dit verband derhalve niet los van elkaar te zien.⁵⁶

8.10 DE VERPLICHTINGEN DIE VOORTVLOEIEN UIT HET OUDERLIJK GEZAG

Waar de wet in het derde lid van artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek duidelijkheid schept ten aanzien van de rechten die uit het ouderlijk gezag voortvloeien, ontbreekt een vergelijkbare bepaling over de voor ouders uit het ouderlijk gezag voortvloeiende verplichtingen.

Dàt aan het ouderschap verplichtingen zijn verbonden spreekt voor zich en blijkt uit het hiervoor aangehaalde artikel 247 Boek 1 lid 1 Burgerlijk Wetboek; voorts worden deze – soms impliciet – ook verwoord door een aantal bepalingen in de Titels 11 tot en met 15 en 17 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek.⁵⁷

Het ontbreken van een verbod op het afwijken door echtgenoten van de plichten die door de wet worden verbonden aan het ouderschap, zou tot de gevolgtrekking kunnen leiden dat het ouders kennelijk – in algemene zin – vrij staat ter zake van deze plichten met elkaar overeen te komen.

Kraan neemt echter als vanzelfsprekend aan dat de bepalingen met betrekking tot het ouderlijk gezag van dwingend recht zijn zodat daarvan niet kan worden afgeweken.⁵⁸ Luijten en Meijer stellen – iets genuanceerder – dat de regels van het familierecht in het algemeen dwingendrechtelijk van aard zijn en dat aan huwelijkse voorwaarden geen eigenstandige familie-rechtelijke inslag toe zou komen.⁵⁹

56 Zie voor een korte beschrijving van het wetgevingsproces dat het toegroeien naar de desbetreffende gelijkwaardigheid van beide ouders reflecteert: M.J.C. Koens en C.G.M. van Wamelen, *Kind en scheiding*, 's-Gravenhage: Vermande 2001, p. 51 e.v..

57 Vgl. bijvoorbeeld het eerder genoemde artikel 253i en de artikelen 395a en 404 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

58 Kraan, 2008, p. 165.

59 Luijten-Meijer, 2005, p. 219.

Zoals door mij in hoofdstuk 5 beargumenteerd, verzet niets zich er tegen om in huwelijkse voorwaarden ook andere dan vermogensrechtelijke afspraken op te nemen, waaronder begrepen afspraken van familierechtelijke aard.⁶⁰ Dit neemt uiteraard niet weg dat ook dan niet kan worden afgeweken van familierechtelijke bepalingen die van dwingend recht zijn.

8.11 AFSPRAKEN TUSSEN OUDERS MET GEZAMENLIJK GEZAG

Het gestelde in paragraaf 8.10 leidt echter niet tot de conclusie dat elke contractuele afspraak tussen ouders over rechten en plichten die voortvloeien uit het ouderschap steeds nietig is.

In het algemeen kan veeleer worden gesteld dat de wijze waarop door hen invulling zal worden gegeven aan de uit het ouderschap voortvloeiende rechten en met name ook hoe door hen de aan het ouderschap verbonden verplichtingen zullen worden uitgevoerd, juist onderwerp kan – of beter: moet – zijn van een door de ouders te sluiten overeenkomst met betrekking tot het ouderschap.

Voor deze stelling kan een aantal argumenten worden aangevoerd. In de eerste plaats noopt het gegeven van twee personen die in hun hoedanigheid van ouders een ten opzichte van elkaar gelijkwaardige positie innemen jegens hun kind, de desbetreffende personen *ipso facto* tot het maken van afspraken over de rol die ieder van hen in dit spectrum zal vervullen.

Enigszins paradoxaal kan in dit verband – naar analogie van de rechtspositie van echtgenoten binnen het verband van de huwelijksgemeenschap –, worden opgemerkt dat ieder van de ouders bevoegd is zijn ouderschapsrechten volledig uit te oefenen onder respectering van de gelijke bevoegdheid van de andere ouder.

Eenzelfde situatie doet zich voor waar het de ouderschapsverplichtingen betreft, zij het uiteraard dat het een bevoegdheid betreft die niet ter discretie van elk van beide ouders staat maar dwingt tot handelen. Dat hierdoor door de ouders met regelmaat dient te worden geopereerd in een zeker spanningsveld wordt vooral duidelijk na echtscheiding.

Een tweede argument wordt aangereikt door het feit dat de wetgever nadere uitwerking van de wijze waarop beide ouders zich ten opzichte van elkaar dienen te manifesteren achterwege heeft gelaten en heeft volstaan met het formuleren van de norm, de bedoelde uitwerking daarmee overlatend aan de beide ouders.

Indien de wetgever immers geen uitlatingen doet over wat hem voor ogen staat waar het betreft de (praktische) consequenties van de door hem geïntroduceerde norm, roept hij voor de ouders de noodzaak in leven om

60 In deze zin ook Stille, 2010, aantekening 4 bij Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Overigens is het ook goed mogelijk om een ouderschapsplan op te nemen in een onderhandse schriftelijke overeenkomst.

over te gaan tot het maken van nadere afspraken ter zake. De visie van De Graaf lijkt mij in dezen juist:

In de ouder-kind relatie wordt solidariteit verondersteld en tegen deze achtergrond genieten ouders een grote mate van autonomie bij de wijze waarop zij aan hun taak als ouder invulling geven.⁶¹

Tevens kan worden gewezen op artikel 253a Boek 1 Burgerlijk Wetboek, dat in het vijfde lid bepaalt dat de rechter, alvorens een uitspraak te doen, een vergelijking tussen de ouders dient te beproeven, welk artikel mitsdien aldus kan worden gelezen dat het de rechter opdraagt om de ouders te stimuleren om samen afspraken te maken teneinde tot een oplossing te komen voor hun geschil.⁶²

8.12 JURISPRUDENTIE OUDERLIJK GEZAG

Uit de jurisprudentie omtrent het ouderlijk gezag kan als algemene lijn worden gedestilleerd dat ouders die gezamenlijk het gezag uitoefenen over hun minderjarige kind, gehouden zijn met elkaar te overleggen over de verzorging en opvoeding van hun kinderen en in samenspraak beslissingen te nemen in belangrijke kwesties.

Zo houdt de rechtbank Utrecht een moeder op basis van deze norm voor dat ouders ingeval van gezamenlijk gezag gehouden zijn:

(...) om belangrijke beslissingen over de kinderen gezamenlijk te nemen en in ieder geval daarover met elkaar te overleggen.⁶³

Verscheidene uitspraken maken voorts duidelijk dat de door ouders gemaakte afspraken door rechters zeer serieus worden genomen zolang deze in het belang van het kind zijn; eenzijdige aanpassing daarvan door één van de ouders wordt in beginsel in strijd met dit belang geacht.⁶⁴

Alleen in uitzonderlijke gevallen worden gemaakte afspraken aangepast door de rechter. Zo liet het Hof Amsterdam bij diens beslissing om een door de ouders gesloten ouderschapsplan *avant la lettre* (kinderconvenant) niet te eerbiedigen de zorg van de vrouw over het gedrag van de vader als travestiet zwaar meewegen, alsmede het feit dat niet vaststond dat deze zijn overmatige alcoholgebruik uit het verleden onder controle had gekregen. Met name de eerste omstandigheid achtte het Hof schadelijk voor de ontwikkeling van de kinderen en derhalve niet in hun belang.⁶⁵

61 De Graaf, 2003, p. 27.

62 Vgl. in dit verband ook de conclusie van A.G. Wesseling-Van Gent bij HR 10 november 2006, L/JN AY8773.

63 Rb. Utrecht 18 augustus 2006, RFR 2006, 13.

64 Vgl. bijvoorbeeld Hof Arnhem 3 november 2009 L/JN BK7534..

65 Hof Amsterdam 13 oktober 2005, L/JN AY8773; RvdW 2006, 1065; vgl. ook HR 10 november 2006, L/JN AY8773. Vgl. voorts Hof Amsterdam 6 juli 2006, L/JN AY 3929.

Ook is in verschillende uitspraken vastgesteld dat een door de ouders gemaakte afspraak die tot gevolg heeft dat een van hen ontslagen wordt uit diens uit artikel 404 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek voortvloeiende plicht bij te dragen in het levensonderhoud van het kind, nietig is.⁶⁶ Een dergelijke afspraak is mijns inziens ook per definitie in strijd met het belang van het kind.

Het betreft hier uitspraken in echtscheidingszaken maar dit doet uiteraard niets af aan de algemene geldigheid van de norm, die bijvoorbeeld ook door de rechtbank Utrecht in de door mij aangehaalde uitspraak wordt benadrukt.

8.13 DE JURIDISCHE KWALIFICATIE VAN HET OUDERSCHAPSPLAN

Het is opmerkelijk dat in de parlementaire stukken vrijwel niets is te vinden over het antwoord op de vraag hoe het ouderschapsplan juridisch dient te worden gekwalificeerd.⁶⁷

Met Nuytinck neem ik echter aan dat – ondanks het feit dat de benaming ‘plan’ wellicht anders doet vermoeden –, het ouderschapsplan moet worden geduid als een overeenkomst met een familierechtelijk karakter.⁶⁸

Wortmann neemt eveneens aan dat het ouderschapsplan een overeenkomst betreft, waar zij stelt:

Hoewel niet wettelijk geregeld, is het de bedoeling dat het ouderschapsplan door beide ouders is ondertekend.⁶⁹

Ook Doek gaat er van uit dat een ouderschapsplan een overeenkomst is,⁷⁰ evenals Ackermans-Wijn en Brands-Bottema.⁷¹

66 Asser-De Boer, 2010, p. 924. Wel kan geldig worden overeengekomen dat de bijdrage van een ouder op nul wordt gesteld, bijvoorbeeld indien de echtgenoten ervoor kiezen om uit fiscale overwegingen een hogere partneralimentatie overeen te komen. Vgl. ook Wortman en Van Duijvendijk-Brand die stellen dat de rechter in het algemeen niet gebonden is aan een door de ouders gesloten overeenkomst betreffende de onderhoudsbijdrage voor hun kind; Wortmann en Van Duijvendijk-Brand, 2009, p. 165. Ik onderschrijf hun opvatting indien deze veronderstelt dat de rechter daarbij de maatstaf van het belang van het kind hanteert.

67 In de Eerste Kamer is tijdens de behandeling van de Wet scheiding en ouderschap ook uitgesproken dat het ouderschapsplan een overeenkomst betreft; *Handelingen I* 2008/09, p. 8.

68 Vgl. Nuytinck in diens editorial voor *WPNR* 2009/6800, p. 427.

69 Wortmann, 2010, aantekening 2 bij Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

70 Doek, 2010, aantekening 1 bij Titel 14 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

71 Ackermans-Wijn en Brands-Bottema, 2009 (B), p. 181. Deze auteurs wijzen er ook op dat aanvankelijk in het wetsvoorstel de eis van ondertekening van het ouderschapsplan was opgenomen, welke eis zonder motivering is komen te vervallen ten gevolge van een amendement dat een andere strekking had.

Door vast te stellen dat een ouderschapsplan een overeenkomst betreft die *familierechtelijk* van aard is wordt duidelijk gemaakt dat dit een zeer bijzondere overeenkomst is.

Met betrekking tot de huwelijksovereenkomst wordt door Hartkamp betoogd dat dit geen obligatoire overeenkomst is, doch een *contractus sui generis*⁷² en ik ben geneigd hetzelfde te verdedigen waar het betreft het ouderschapsplan.

In de eerste plaats kan daartoe – naar analogie van de door Hartkamp voor het huwelijkscontract gegeven onderbouwing – het argument worden aangevoerd dat een ouderschapsplan alleen kan worden aangegaan door personen die de ouders van een kind zijn in de door de onderhavige wet bedoelde zin. Er is derhalve sprake van een sterke beperking ter zake van de keuze van de contractpartner.

Voorts is slechts in het geval dat een ouder kinderen uit verschillende relaties heeft, denkbaar dat voor hem twee of meer ouderschapsplannen tegelijk van kracht zijn.

Een derde, bepaald overtuigend, argument is dat ingeval van echtscheiding geen sprake is van contractvrijheid maar zelfs van contractdwang. Zoals hiervoor besproken dienen ouders dan op straffe van niet-ontvankeelijkheid in dan wel het aanhouden van hun verzoek tot echtscheiding een ouderschapsplan op te stellen.

Hiermee is overigens niet gezegd dat ouders niet op een ander moment dan voorafgaand aan de echtscheiding een ouderschapsplan zouden mogen opstellen. Ik betoog hierna in paragraaf 8.17 juist dat ouders voorafgaand aan of tijdens het huwelijk een ouderschapsplan zouden moeten opnemen in huwelijkse voorwaarden.⁷³

Tot slot heeft – zoals reeds besproken – het familierecht een dwingend-rechtelijk karakter, hetgeen ook tot uitdrukking komt in de in artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek opgenomen normen, welke normen de pijlers van een ouderschapsplan vormen. Ouders dienen hiermee terdege rekening te houden bij het opstellen van een ouderschapsplan.

Anders dan ingeval van de huwelijksovereenkomst, wordt de overeenkomst die het ouderschapsplan is slechts zeer summier in de wet geregeld en aanvaard moet daarom worden dat de door de wet in de Boeken 3 en 6 gegeven bepalingen voor de obligatoire overeenkomst *mutatis mutandis* van toepassing zijn op het ouderschapsplan.⁷⁴

72 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 18 e.v..

73 Voor de goede orde merk ik op dat aan het ouderschapsplan door de wetgever geen vormvereisten zijn verbonden. Wel moet worden aangenomen dat dit een schriftelijke overeenkomst dient te zijn.

74 De door Nuytck in diens editorial voor WPNR 2009/6800 op p. 427 gestelde vraag of ingeval van wanprestatie nakoming of ontbinding van het ouderschapsplan kan worden gevorderd, dan wel schadevergoeding dient naar mijn mening dan ook bevestigend te worden beantwoord, zij het vanzelfsprekend met inachtneming van het bijzondere karakter van deze overeenkomst.

8.14 WAT MAAKT EEN OUDERSCHAPSPLAN TOT EEN GOED OUDERSCHAPSPLAN?

In een ouderschapsplan dienen in elk geval de genoemde drie wettelijke thema's te worden uitgewerkt: de verdeling tussen de ouders van de zorg- en opvoedingtaken met betrekking tot het kind, de wijze waarop de ouders elkaar informatie verschaffen en met elkaar overleggen en afspraken over het dragen van de kosten van verzorging en opvoeding van het kind.

Indien deze onderwerpen – binnen het hiervoor beschreven dwingend-rechtelijke kader – zijn uitgewerkt, kan naar mijn mening echter niet worden gesteld dat daarmee een goed ouderschapsplan tot stand is gekomen.⁷⁵

Wil sprake zijn van een ten minste toereikend ouderschapsplan, dan zullen de door de wet genoemde onderwerpen daarin verder inhoudelijk moeten zijn uitgewerkt en zullen de ouders voorts ook afspraken hebben gemaakt over een groot aantal andere thema's, zoals bijvoorbeeld over het feitelijk verblijf van de kinderen bij ieder van hen, over het handelen van de ouders in medische aangelegenheden die hun kind betreffen, over vakanties, feestdagen, schoolkeuze en communicatie met de school, respectievelijk participatie in de schoolactiviteiten door ieder van de ouders, over de omgang na de scheiding met de grootouders en andere familieleden, over de introductie in het leven van een kind van een nieuwe partner⁷⁶ bij een van de ouders, maar ook over heel praktische punten als bijvoorbeeld de wettelijke aansprakelijkheid van de ouders voor het kind, bedtijden en andere opvoedingsregels en de huisregels in beide huizen.

Bijzondere aandacht verdient in dit kader het maken van een evenwichtige afspraak over het verhuizen van een van de ouders in de periode waarin ouders samen het gezag over hun kind hebben en een ouderschapsplan hebben gemaakt dat daaraan invulling geeft.

Uit een relatief groot aantal rechterlijke uitspraken over dit thema kan worden afgeleid dat rechters niet snel meegaan met een ouder die eenzijdig de door de ouders overeengekomen regeling met betrekking tot het kind verbreekt indien sprake is van gelijkwaardige verdeling van de zorg- en opvoedingstaken.⁷⁷

⁷⁵ Deze paragraaf is deels geïnspireerd door een voordracht voor de Vereniging voor Mediators en Scheidingsbemiddelaars in het Notariaat (VMSN) in oktober 2007 van J.G. Luiten, als rechter verbonden aan de familiesector van de Rechtbank Arnhem.

⁷⁶ Het in opdracht van het ministerie van Jeugd en Gezin en in nauwe samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek door E-Quality opgestelde onderzoeksrapport *Nieuwe gezinnen, scheidingen en de vorming van stiefgezinnen* (2008) maakt duidelijk dat de komst van een stiefouder grote veranderingen en instabiliteit mee kan brengen.

⁷⁷ Vgl. bijvoorbeeld Rb. Utrecht 18 augustus 2006, *RFR* 2007, 13; Rb. Haarlem 28 december 2006, *RFR* 2007, 51, Rb. Roermond 7 mei 2008, *RFR* 2008, 101 en Hof Arnhem 29 augustus 2006, *RFR* 2006, 114. Groenleer toont zich dezen naar mijn oordeel veel te stellig waar hij concludeert dat als hoofdregel zou gelden dat het de moeder is toegestaan met het kind te verhuizen; Groenleer, 2008, p. 83. Anders ook Schrama en Vonk die waar het betreft de norm van gelijkwaardig ouderschap *hoogstens een kwalitatieve verplichting* bepleiten maar daarbij naar mijn mening de parlementaire geschiedenis geen recht doen; Schrama en Vonk, 2009, p. 228.

Wel heeft de Hoge Raad, zoals reeds aangehaald, beslist dat het niet zo is dat het belang van het kind bij geschillen tussen de ouders over hun gezamenlijke gezagsuitoefening altijd zwaarder weegt dan andere belangen; de rechter dient bij zijn beslissing over dergelijke geschillen alle omstandigheden van het geval in acht te nemen.⁷⁸

Een goed ouderschapsplan kent echter een hoger ambitieniveau. De totstandkoming daarvan brengt bij de ouders een bewustwordingsproces op gang en dwingt hen om over de meeste facetten van ouderschap (na scheiding) na te denken en daar met elkaar over te praten. Een goed ouderschapsplan bevat – naast een gedetailleerde uitwerking van de drie wettelijke thema's en afspraken over de genoemde andere onderwerpen –, daarom in elk geval ook een considerans, laat zien dat er over belangrijke dingen is nagedacht door de ouders, sluit aan op de behoeften (en capaciteiten) van de betrokken ouders en het kind en brengt dit tot uitdrukking, maakt het groeiproces zichtbaar en voelbaar, behoeft beslist niet een dichtgetimmerde overeenkomst te zijn, geeft inzicht in het denkproces daar waar nog geen sluitende regeling tot stand kan worden gebracht, biedt ouders een eenvoudige toegang tot nader overleg, is dynamisch en draagt er zorg voor dat afspraken toetsbaar zijn.

Een goed ouderschapsplan zal mitsdien vaak een groeimodel zijn, waarin de ouders de scheiding en dat wat in die fase mogelijk is als vertrekpunt nemen – met inachtneming van de thans vigerende wettelijke normen – en waarin zij voorts doelstellingen formuleren die door hen in de loop van de tijd haalbaar worden geacht, alsmede de weg waarlangs de desbetreffende doelstellingen door hen gezamenlijk zullen worden nagestreefd.

Een ouderschapsplan dat niet in voldoende mate uitdrukking geeft aan de bedoelde normen, is geen goed ouderschapsplan en dient naar mijn oordeel door de rechter te worden aangepast.

Wat zwaarder weegt is echter dat een ouderschapsplan waarin de genoemde normen niet naar voren komen, in beginsel niet in het belang is van het kind.

CASUS

In een mediation verschijnen echtgenoten met twee kinderen die respectievelijk 7 en 9 jaar zijn. De man is verliefd geworden op de beste vriendin van zijn vrouw en is een half jaar geleden bij haar ingetrokken.

Partijen hebben een huis waarvan zij ieder voor de helft eigenaar zijn (overwaarde ongeveer € 400.000,-). De man heeft tijdens het huwelijk een goed inkomen verdiend (€ 100.000,- bruto), maar is een jaar voorafgaand aan de scheiding een eigen BV begonnen in horecaexploitatie. Dit bedrijf loopt soms goed en soms komt er maanden vrijwel niets binnen.

De vrouw is van mening dat de man deze onzekere inkomenssituatie aan zichzelf te danken heeft en zij vindt dat hij maar moet zorgen dat hij weer zijn oude inkomen verdient; de te maken alimentatieafspraken moeten wat haar betreft in elk geval dat oude inkomen tot uitgangspunt nemen.

78 HR 25 april 2008, NJ 2008, 414, m.nt. SFMW.

De man stelt dat de beslissing om een eigen bedrijf te beginnen door hen samen is genomen en dat de daarbij behorende risico's dan ook voor rekening van hen beiden moeten komen. De vrouw heeft een universitaire opleiding, maar heeft sinds de komst van de kinderen niet meer gewerkt, min of meer in overleg met de man, die het volgens de vrouw ook heel goed uitkwam dat zij veel thuis was. Zij heeft in die periode wel tamelijk kostbare cursussen en trainingen gevolgd om zich te bekwalen in public relations en schriftelijke communicatie.

De vrouw heeft voorts een eigen bureau opgericht dat trainingen en cursussen op deze terreinen aanbiedt. Dit bureau begint kort na de feitelijke scheiding een klein beetje te lopen. De man vindt dat de – door hem betaalde – opleidingen die de vrouw heeft gevolgd haar heel goed in staat stellen om zelf op een goede wijze in haar levensonderhoud te voorzien, te meer omdat hij graag veel voor de kinderen wil zorgen, waardoor de vrouw ook tijd heeft om cursussen en trainingen te geven.

De vrouw heeft geen principiële bezwaren tegen een grotere ouderrol van de man, maar vreest dat hij die grotendeels zal laten invullen door zijn nieuwe vriendin, te meer omdat de man tijdens het huwelijk wel steeds goede voornemens koesterde, maar als het er op aankwam weinig tijd voor de kinderen had.

In het tweede mediationgesprek stelt de vrouw: "Ik heb jou moeten vertellen dat je wilde scheiden".

De mediation verloopt moeizaam, omdat partijen slecht met elkaar communiceren. De vrouw heeft grote moeite met het feit dat de man samenwoont met haar (gewezen) beste vriendin. De vrouw is ook tamelijk dominant en erg veel aan het woord. Partijen slagen er niettemin in om samen een partneralimentatieplan⁷⁹ uit te werken. Voorts is duidelijk geworden dat het huis zal worden verkocht en ieder zelf een huis gaat kopen, te financieren met het eigen aandeel in de overwaarde.

Het voorgaande brengt mee dat het ouderschapsplan moeizaam tot stand komt: de man wil toe naar een echt 'co-ouderschap', de vrouw niet. Zij toont zich wel bereid om te praten over een vorm van gedeeld ouderschap.

Uiteindelijk slagen partijen erin om in te zien dat ouderschapsplan en partneralimentatieplan zich als communicerende vaten tot elkaar verhouden: als de een meer gaat werken moet de ander meer zorgen en omgekeerd.

Zij stemmen vervolgens beide regelingen op zodanig genuanceerde wijze op elkaar af dat deze tot gevolg hebben dat – na verloop van een periode van vier jaren – de zorg voor de kinderen gelijk tussen hen zal zijn verdeeld, ieder van hen zelf in het eigen levensonderhoud voorziet en de kosten van de kinderen door ieder van hen voor de helft worden gedragen.

De in deze casus door partijen gemaakte afspraken bewerkstelligen dat de man zijn (werkzame) leven zo dient in te richten dat gedeeld ouderschap binnen een zekere termijn realistisch wordt en het door hem gewenste 'co-ouderschap' in zicht komt op de iets langere termijn.

De vrouw neemt in deze context de inspanningsverplichting op zich om stappen te ondernemen die ertoe leiden dat zij binnen een bepaalde periode een eigen inkomen genereert en die voorts meebrengen dat zij na het overeengekomen aantal jaren in het geheel geen partneralimentatie meer behoeft te ontvangen van de man en tevens een aan die van de man gelijke bijdrage kan leveren in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen.

In deze casus is het logisch – en mijns inziens ook onvermijdelijk – dat in het begin aansluiting wordt gezocht bij de feitelijke situatie welke tijdens het huwelijk is ontstaan, al dan niet op grond van concrete, bewust door de echt-

79 Vgl. Schonewille, 2008 (B).

genoten gemaakte afspraken daarover en dat zij vervolgens langzaam toegroeien naar een geformuleerd einddoel.

8.15 HANDHAVING VAN AFSPRAKEN TUSSEN OUDERS MET GEZAMENLIJK GEZAG

De Hoge Raad heeft recentelijk benadrukt dat het recht van de ouders om te bepalen in welke mate en omvang zij gestalte willen geven aan hun uit het (gezamenlijk) gezag voortvloeiende recht op omgang met hun kind vooropstaat, echter onverminderd hetgeen het belang van het kind vordert.

Voorts stelt hij in dezelfde uitspraak vast dat het uitgangspunt van de wetgever is dat het in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de ouders betreft om een regeling tot stand te brengen ten aanzien van het contact tussen het kind en de ouder bij wie het niet verblijft.⁸⁰

Hieruit kan derhalve de gevolgtrekking worden gemaakt dat ook onder gelding van de Wet scheiding en ouderschap de contractvrijheid van ouders met gezamenlijk gezag voorop staat bij het invulling geven aan de hiervoor besproken, door de wet gegeven normen voor het opstellen van een ouderschapsplan.

De desbetreffende normen zelf staan, zoals hiervoor beargumenteerd, echter niet tot hun vrije beschikking.

Tijdens de behandeling van het hiervoor genoemde initiatief-wetsvoorstel Luchtenveld is veel aandacht besteed aan de handhaving van de door de ouders in een ouderschapsplan opgenomen afspraken, dan wel van de door de rechter aan de ouders opgelegde regeling. Dit vloeiende uiteraard ook voort uit de door de initiatiefnemer zelf ingediende motie die mede ten grondslag heeft gelegen aan dit wetgevingsproces.

In de eerste plaats is daarbij van belang het antwoord op de vraag in hoeverre de door de ouders in het ouderschapsplan gemaakte afspraken afdwingbaar zijn indien het ouderschapsplan onderdeel uitmaakt van een echtscheidingsconvenant, hetgeen in de regel het geval zal zijn.

Artikel 819 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bepaalt dat de rechter op verzoek van de echtgenoten of van een van hen de door hen in het echtscheidingsconvenant getroffen regelingen geheel of gedeeltelijk in zijn beschikking kan opnemen. In dit verband noemt het artikel in het bijzonder de door de echtgenoten gemaakte afspraken omtrent uitkeringen tot levensonderhoud en die omtrent de kosten van verzorging en opvoeding van een minderjarige.

Hierdoor wordt krachtens de artikelen 430 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een executoriale titel verworven, op grond waarvan een deurwaarder is gemachtigd om over te gaan tot de executie die uit de desbetreffende titel – de beschikking van de rechter – voortvloeit.

80 HR 19 oktober 2007, NJ 2008, 51, m.nt. SFMW.

Een alternatief voor de rechterlijke beschikking is de notariële akte: afspraken die door de echtgenoten in de vorm van deze authentieke akte zijn vastgelegd, leveren immers eveneens een executoriale titel op.

Duidelijk mag echter zijn dat een dergelijke directe tenuitvoerlegging door de deurwaarder alleen aan de orde kan zijn ingeval van eenduidige afspraken die vrijwel altijd betrekking hebben op het verschuldigd zijn van een direct herleidbare geldsom door de ene echtgenoot aan de andere. Dit blijkt ook uit de in artikel 819 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gegeven voorbeelden.

Waar het betreft de in het ouderschapsplan opgenomen afspraken, betekent dit dat directe tenuitvoerlegging door de deurwaarder eigenlijk alleen aan de orde kan zijn indien de ene ouder zijn verplichting tot het betalen van de afgesproken bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen jegens de andere ouder niet nakomt.⁸¹

De vraag op welke wijze de overigens door de ouders in het ouderschapsplan gemaakte afspraken kunnen worden geëffectueerd door een van hen, dringt zich derhalve op.

In de memorie van antwoord⁸² wordt door de minister van Justitie ingegaan op de vraag van de woordvoerders in de Eerste Kamer naar de instrumenten die kunnen worden gehanteerd om de verdeling van de overeengekomen zorg- en opvoedingstaken daadwerkelijk af te dwingen als de andere ouder daaraan niet of niet voldoende meewerkt.

De minister geeft een overzicht van de desbetreffende civielrechtelijke dwangmiddelen en noemt in dat verband de dwangsom, lijfswang, het door de rechter (tijdelijk) toekennen van het eenhoofdig gezag aan de ouder

81 Jonker constateert in haar artikel mijns inziens ten onrechte dat ongehuwde ouders na inwerkingtreding van de nieuwe wet niet vaker dan voorheen over zullen gaan tot het maken van formele afspraken over de verdeling van de kosten van verzorging en opvoeding van hun kinderen, zoals voorgeschreven door artikel 815 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; Jonker, 2008, p. 121 e.v.. Zij miskent hier echter dat samenlevers ingeval van scheiding in vele gevallen de notaris zullen inschakelen voor het opmaken van bijvoorbeeld een akte van verdeling van hun gezamenlijke woning. De zorgplicht van de notaris brengt dan mee dat hij de desbetreffende samenlevers wijst op de verplichting een ouderschapsplan op te stellen ingeval zij gezamenlijke minderjarige kinderen hebben over wie zij gezamenlijk het gezag uitoefenen; zie artikel 247a Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Antokolskaia en Coenraad verwachten dat de verplichting voor ongehuwde ouders een ouderschapsplan op te stellen bij scheiding *wel een volledig dode letter zal zijn*, omdat *elk aanknopingspunt, elke stimulans en elke controlemogelijkheid ontbreken*; Antokolskaia en Coenraad, 2007, p. 312. Om voornoemde reden deel ik hun mening niet. Ook Schrama heeft in haar opinie in *NJB* forse kritiek op het ook aan samenwoners opleggen van de verplichting een ouderschapsplan op te stellen maar ziet naar mijn mening met name over het hoofd dat de wet Scheiding en ouderschap geïnterpreteerd dient te worden in het licht van een scheiding die in mediation wordt geregeld; vgl. ook Wortmann, 2010, aantekening 4 bij Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Dit laat echter onverlet haar terechte kritiek op de sanctie die artikel 247a Boek 1 Burgerlijk Wetboek in het vooruitzicht stelt aan samenwoners die het voorschrift veronachtzamen; *NJB* 2008/10, nr. 576.

82 EK 2007/08, 30 145, nr. C, p. 2 e.v.

bij wie het kind niet zijn hoofdverblijfplaats heeft, en het onder toezicht stellen van het kind. De door de minister opgesomde dwangmiddelen zijn alle reeds bestaande instrumenten.

Voorts is de mogelijkheid om een bijzonder curator te laten benoemen door de rechter vergemakkelijkt. Deze hoeft niet meer door de kantonrechter te worden benoemd in een aparte verzoekschriftprocedure, maar kan direct door de rechter aan wie een nakomingskwestie is voorgelegd door een van de ouders, worden aangesteld op verzoek van (een van) de ouders of ambtshalve. Een bijzonder curator vertegenwoordigt een kind in en buiten rechte en kan uit dien hoofde in het belang van het kind een sterke positie innemen jegens de ouders.⁸³

Verder stelt artikel 253a lid 5 Boek 1 Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk dat de rechter bij zijn beslissing inzake een geschil tussen de ouders in het kader van de gezamenlijke uitoefening van het gezag desverzocht en ook ambtshalve een door de wet toegelaten dwangmiddel kan opleggen. Dit is aan de orde indien tussen de ouders geen vergelijk tot stand komt en het belang van het kind zich daartegen niet verzet.

Ook kan de rechter bepalen dat diens beschikking of onderdelen daarvan met toepassing van artikel 812, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten uitvoer kunnen worden gelegd. Het tweede lid van dit artikel maakt het inschakelen van de sterke arm mogelijk ingeval van een beschikking uit hoofde van artikel 253a Boek 1 Burgerlijk Wetboek dient te worden gehandhaafd.

Uit het voorgaande – maar ook uit hetgeen tijdens het verloop van zowel het wetgevingsproces ter zake van het initiatief-wetsvoorstel Luchtenveld, als dat van de onderhavige wet naar voren is gebracht – kan de conclusie worden getrokken dat de wetgever de rechter heeft willen aanmoedigen om in voorkomende gevallen ook daadwerkelijk gebruik te maken van reeds bestaande dwangmiddelen, waarvan naar mijn mening zeker ook een preventieve werking uit zal gaan.

Daarnaast is de gevolgtrekking gerechtvaardigd dat de rechter een uitvoerig en zorgvuldig opgesteld ouderschapsplan zeer serieus zal nemen en de ouder die een gemaakte afspraak schendt, in beginsel tot de orde zal roepen, zo nodig onder het opleggen van een dwangmiddel uit het ruim beschikbare sanctiearsenaal.

Een interessante ontwikkeling is in gang gezet door de rechtbank Leeuwarden, die besliste dat het niet afgeven van een kind door de moeder aan de vader in het kader van een door de rechter opgelegde omgangsregeling van ouders met gezamenlijk gezag, kan vallen onder de reikwijdte van artikel 279 Wetboek van Strafrecht.

83 Vgl. Pieters, 2008.

De rechtbank verwijst in dit verband naar de uitspraak van de Hoge Raad uit 2005, waarin deze overweegt dat strafrechtelijke vervolging op grond van artikel 279 Wetboek van Strafrecht mogelijk is ingeval een ouder die mede het gezag uitoefent over een kind, dit kind desondanks aan het gezag van de andere gezagdragende ouder onttrekt door zich niet te houden aan een bij rechterlijke beslissing vastgestelde omgangsregeling.⁸⁴

In het door de rechtbank beoordeelde geval acht deze bewezen dat de moeder meermalen en telkens opzettelijk een minderjarige heeft onttrokken aan het wettig over hem gestelde gezag, door de desbetreffende minderjarige telkens niet mee te geven aan diens vader op de tijdstippen die daarvoor waren gesteld in de door de rechter opgelegde omgangsregeling.

Het vorenstaande leidt er in mijn visie toe dat de rechter ex artikel 253a Boek 1 Burgerlijk Wetboek krachtiger zal dienen te handhaven naarmate door de ouders meer zorgvuldigheid aan de dag is gelegd bij het opstellen van het ouderschapsplan, en dat er voor hem anderzijds meer ruimte is voor uitleg, wijziging en met name ook aanvulling van de door de ouders in het ouderschapsplan vastgelegde afspraken, naarmate er door de ouders minder zorg is besteed aan het maken van afspraken in het kader van het ouderschapsplan.

In het eerstbedoelde geval hebben beide ouders zich gecommitteerd aan de afspraken in een door hen op zorgvuldige wijze tot stand gebracht ouderschapsplan en in het tweede geval is dit in het geheel niet of in mindere mate het geval, al naar gelang de mate van zorg die door hen aan de dag is gelegd.

Een voorbeeld van een ouderschapsplan dat in beginsel volledig te handhaven zal zijn en waarop de rechter ex artikel 253a Boek 1 Burgerlijk Wetboek derhalve zijn uitgebreide sanctiearsenaal moet toepassen indien dat nodig is om de gemaakte afspraken te handhaven, is het ouderschapsplan dat door mij wordt bedoeld in paragraaf 8.14.

Een voorbeeld van het andere uiterste – een geheel niet of vrijwel niet handhaafbaar ouderschapsplan – betreft het ‘geheel standaard, van internet geplukte ouderschapsplan’ als bedoeld door Ackermans-Wijn en Brands-Bottema;⁸⁵ in dit geval is elke vorm van zorg en zorgvuldigheid immers achterwege gebleven.

Omdat de rechter die de echtscheiding uitspreekt, slechts de normen van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dient te handhaven, is niettemin in beginsel voorstelbaar dat een ouderschapsplan van de laatstbedoelde soort deze rechter toch passeert, ook indien daarin slechts marginaal wordt

84 Rb. Leeuwarden 5 februari 2009, *LJN* BH2027 en HR 15 februari 2005, *NJ* 2005, 218. De lijn die door de rechtbank is ingezet heeft inmiddels navolging gekregen.

85 Ackermans-Wijn en Brands-Bottema, 2009 (A), p. 51.

voldaan aan de desbetreffende normen⁸⁶ en uitdrukking wordt gegeven aan de door artikel 815 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan een ouderschapsplan gestelde voorwaarden. Naar mijn oordeel zou deze gang van zaken niettemin in strijd zijn met het doel en de strekking van de Wet scheiding en ouderschap.⁸⁷

Dat een aanpassing van het ouderschapsplan waarschijnlijk niet snel aan de orde zal zijn, blijkt uit de gedachtewisseling in de Eerste Kamer tussen de woordvoerder van de SP, Quik-Schuijt, en de ministers van Justitie en van Jeugd en Gezin, waarin onder meer de volgende passage kan worden aangetroffen:⁸⁸

(...) Daarbij rijst dezelfde vraag: hoe toets je, zonder de ouders op te roepen, of er wel een goede communicatie is en of gezamenlijk gezag wel in het belang van het kind is? Dat zal met een ouderschapsplan niet anders gaan. De minister denkt toch niet dat in het vervolg alle gemeenschappelijke verzoeken met kinderen op de zitting zullen worden behandeld? De opmerking van de minister op pagina 13 van de memorie van antwoord dat de toets van het ouderschapsplan steeds door de rechter zal plaatsvinden, getuigt van de nodige naïviteit. De griffie kijkt of het ouderschapsplan voldoet aan de minimale voorwaarden en legt het bij twijfel voor aan de rechter. Als deze ook twijfelt, zal hij of een nadere schriftelijke toelichting vragen, of de zaak op zitting zetten. Advocaten zullen echter wel zorgen dat de tekst in orde is. Hun eerste zorg is immers dat die echtscheiding er voorlopig komt. Als de rechter de zaak echter wel op zitting behandelt, zal hij veelal geen inzicht krijgen in de werkelijke stand van zaken. (...) In die twintig minuten kunnen goed door hun advocaat geïnstrueerde partijen de rechter alles wijs maken. Ik maak mij daarover geen enkele illusie.⁸⁹

De Wit stelt in zijn hiervoor aangehaalde reactie dat wanneer de rechter in het belang van het kind tot een beslissing komt die geen recht doet aan de hiervoor behandelde norm van gelijkwaardig ouderschap, hij dit bijzonder goed zal dienen te motiveren, omdat de desbetreffende norm voor hem een richtsnoer vormt.⁹⁰ Deze opmerking komt ook betekenis toe indien ouders in

86 Ackermans-Wijn en Brands-Bottema lijken merkwaardig genoeg echter van mening te zijn dat de rechter ook dan geen actieve taak heeft waar zij schrijven: *De rechter zal naar ons oordeel niet ambtshalve beoordelen of het overgelegde plan wel uitdrukking geeft aan het beginsel van gelijkwaardig ouderschap (...)*, terwijl dan toch sprake kan zijn van strijd met een wettelijke norm van dwingend recht; Ackermans-Wijn en Brands-Bottema, 2009 (A), p. 51.

87 Ik merk in dit kader op dat de Wet scheiding en ouderschap tijdens de parlementaire behandeling is besproken tegen de achtergrond van mediation, evenals het initiatief-wetsvoorstel Luchtenveld. Waar dit in het laatstbedoelde wetsvoorstel tot uitdrukking werd gebracht door enkele daarin opgenomen wettelijke bepalingen, beperkt de minister zich in de onderhavige wet tot artikel 818 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat bepaalt: *De rechter kan de echtgenoten naar een mediator verwijzen met als doel om de echtgenoten in onderling overleg tot afspraken over één of meer gevolgen van de echtscheiding te laten komen indien het verzoekschrift of de behandeling ter terechtzitting daartoe aanleiding geeft*. Dat de wetgever echter niet duidelijk voor ogen heeft gestaan wat met 'mediator' wordt bedoeld, heb ik eerder aangetoond; Schonewille, 2008 (A), p. 33.

88 Handelingen I 2008/09, nr. 8, p. 397-398.

89 In deze zin ook Coenraad; Coenraad, 2010 (B), p. 94.

90 J. de Wit, 'Een reactie op het artikel 'Gelijkwaardig ouderschap', van mr. drs. J. Kok (FJR 2007, 98)', FJR 2008/19, p. 45.

hun ouderschapsplan afspraken hebben gemaakt die nauw aansluiten bij de gelijkwaardigheidsnorm en de rechter van oordeel is dat het belang van het kind een andere verblijfsregeling vordert.

Vanzelfsprekend verdient het in het licht van het bovenstaande overweging om een ouderschapsplan op te nemen in een notariële – authentieke – akte, ook ingeval het een op zichzelf staand ouderschapsplan betreft dat geen onderdeel uitmaakt van een echtscheidingsconvenant. In dat geval is immers de identiteit van de ouders gewaarborgd, staat vast dat door hen is overeengekomen zoals blijkt uit de akte, kan geen discussie ontstaan over de echtheid van de handtekeningen onder het document en evenmin over de datum waarop door de ouders is overeengekomen.⁹¹

Voorts levert de materiële inhoud van een notariële akte – behoudens tegenbewijs –, dwingend bewijs op tussen de partijen bij de akte en mag worden verwacht dat de zorgplicht van de notaris een toegevoegde waarde meebrengt ter zake van de kwaliteit en de redactie van het ouderschapsplan.

8.16 EVALUATIE

Nu de Wet scheiding en ouderschap ruim twee jaar van kracht is, kan de vraag worden gesteld of de door de wetgever gewenste omslag in de praktijk al is gemaakt.

Vastgesteld moet worden dat met name door advocatuur en rechterlijke macht nog dient te worden onderkend dat het normstellend kader van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dwingendrechtelijk van aard is en derhalve leidt tot verplichtingen voor ouders van minderjarige kinderen bij het opstellen van een ouderschapsplan. Er dient afscheid te worden genomen van het oude, vertrouwde denkkader waarin begrippen als omgang, hoofdverblijfplaats en verzorgende ouder de bekende begrippen zijn en dat zal naar ik vrees enige tijd vergen.

Ook het opstellen van een ouderschapsplan zelf, voorafgaand aan de scheiding, is zoals besproken door de wetgever dwingend voorgeschreven. Naar mijn oordeel is dit een goede zaak omdat – zij het op enige termijn – daardoor wordt bereikt dat steeds minder ouders die niet van goede wil zijn, de gelegenheid krijgen om afscheid van de andere ouder te nemen bij de scheiding of zelf geen of weinig invulling te geven aan het eigen ouderschap.

Hiermee wordt recht gedaan aan de ook door de *Commission on European Family Law* geformuleerde norm – hiervoor genoemd – dat de ouderlijke verantwoordelijkheid niet mag worden beïnvloed door de juridische of feitelijke scheiding tussen de ouders.

91 De beschreven voordelen zijn in meer- of mindere mate ook verbonden aan een door een advocaat of mediator mede-ondertekend onderhands ouderschapsplan dat al dan niet onderdeel uitmaakt van een echtscheidingsconvenant.

Ouders die niet vanzelfsprekend zelf verantwoordelijkheid nemen voor het maken van goede en evenwichtige afspraken voorafgaand aan de scheiding, mogen wat mij betreft daartoe met zachte hand worden gedwongen.⁹²

In dit verband is tevens relevant er op te wijzen zoals Lenters doet dat *de doelbereiking van een wet afhankelijk is van de tijd die een wet krijgt om door te slijpen in de samenleving*.⁹³

8.17 HET OPNEMEN VAN EEN OUDERSCHAPSPLAN IN HUWELIJKSE VOORWAARDEN

De hiervoor behandelde invoering van de verplichting voor ouders van minderjarige kinderen om een ouderschapsplan op te stellen alvorens te kunnen scheiden kan, zoals hiervoor reeds opgemerkt, worden beschouwd als een vorm van contractdwang.⁹⁴

De codificering van deze verplichting benadrukt nog de – zoals door mij hiervoor aangetoond – reeds bestaande noodzaak voor ouders om ouderschapsafspraken met elkaar te maken voorafgaande aan of tijdens het huwelijk.

De door de wetgever artikel 815 lid 2 onder a. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering genoemde onderwerpen waarover door de ouders afspraken moeten worden gemaakt in het ouderschapsplan, hiervoor door mij

92 Schrama bekritiseert het door haar geconstateerde feit dat de wetgever overgaat tot wetgeving zonder dat deze beschikt over voldoende empirisch vergaarde gegevens: *neem het ouderschapsplan dat partners na een scheiding moeten opstellen over wie de kinderen mag zien en wanneer. Daarmee werd beoogd dat de gescheiden ouders meer overleggen en hun afspraken beter nakomen. Maar dat gedrag wordt slechts verondersteld. De norm is daarmee een feit geworden. Maar gaan ouders wel meer communiceren en hun afspraken beter nakomen? Het recht biedt daarop geen antwoord.*; Schrama in Mr. 2010/4, p. 61. Naar mijn mening veronderstelt de noodzaak voor ouders om in onderling overleg tot afspraken te komen binnen het kader van het gezamenlijk gezag over hun kinderen eenvoudigweg communicatie en het nakomen van afspraken. Ouders die dat niet al vanzelfsprekend doen dienen daartoe te worden aangezet en uiteindelijk daartoe te worden gedwongen. De wetgever kan hiervoor een context creëren door de desbetreffende consequentie van het krijgen van kinderen in een vroegtijdig stadium onder de aandacht te brengen, desnoods reeds op de middelbare school. Voorts kan deze aan (aanstaande) ouders laagdrempelige cursussen aanbieden en in dezen een rol geven aan adviescentra als het Centrum voor Jeugd en Gezin of de consultatiebureau's. Het is dus uiteindelijk niet relevant of ouders beter gaan communiceren en hun afspraken beter nakomen, het gaat er om dat ze *gehouden* zijn het te doen. Ik kan mij dan ook niet in de kritiek van Schrama verplaatsen en evenmin in die van Wortmann die spreekt over 'torenhoge verwachtingen' van ouders die de wetgever er op na zou houden; Wortmann, 2010, p. 45. Ik merk voorts nog op dat waar het betreft het ouderschapsplan *the proof of the pudding is in the eating* is: het door Schrama bedoelde prelegislatieve empirisch onderzoek zou kunnen uitwijzen dat een verplicht ouderschapsplan de daaraan ten grondslag liggende verwachtingen wel of niet waarmaakt maar de ervaring leert dat mensen zich vaak anders gedragen dan zij zich in questionnaires presenteren.

93 Lenters, 2010, p. 101.

94 Zie het hieromtrent in paragraaf 5.3.2.1 gestelde.

opgesomd, lenen zich er – in enigszins aangepaste vorm – in beginsel ook goed voor om in huwelijkse voorwaarden te worden uitgewerkt, op een moment waarop de kinderen van partijen zich nog niet hebben aangediend of in de loop van het ouderschap zonder dat sprake is van een echtscheiding.

Deze zouden dan moeten worden vertaald als respectievelijk: de onderlinge verdeling van de zorg- en opvoedingstaken ten aanzien van hun (toekomstige) kinderen door de ouders, in samenhang met ieders andere taken buitens- en binnenshuis, de wijze waarop ieder van de (toekomstige) ouders het zorgen voor en opvoeden van een kind *an sich* voor zich ziet en hoe hieromtrent door partijen wordt gecommuniceerd en tot slot de financiering van zorg, opvoeding en studie van (toekomstige) kinderen.

Aldus worden mogelijke bouwstenen aangereikt die deel kunnen uitmaken van een ouderschapsplan in de bedoelde overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Uiteraard behoeft een ouderschapsplan zich in dezen niet tot de desbetreffende thema's te beperken.

Zoals eerder in dit onderzoek vastgesteld, meldt zeker niet elk paar dat het ernstige voornemen heeft om een duurzame samenleving met elkaar aan te gaan, zich voorafgaand daaraan bij een notaris voor het opmaken van huwelijkse voorwaarden.

Deze situatie is – naar ik eveneens eerder heb betoogd –, onwenselijk. Het zou sterk de voorkeur verdienen indien alle paren – waaronder vanzelfsprekend ook de samenwonende partners zijn begrepen – zich goed zouden laten voorlichten teneinde afgewogen keuzen te maken in hun specifieke geval en geen genoegen te nemen met de mal van *one size fits all*.

Er zou naar mijn mening vooreerst al veel gewonnen zijn indien zoveel mogelijk paren in een vroeg stadium zouden gaan nadenken over de vormgeving van hun eventuele gezamenlijke ouderschap en in dat kader althans op hoofdlijnen afspraken met elkaar zouden gaan maken, onder leiding van een notaris, advocaat of family mediator. Ouderschap is een dynamisch fenomeen en (aanstaande) echtgenoten dienen te worden aangemoedigd om hierover vanaf het begin van hun – duurzame – relatie met elkaar te spreken en afspraken te maken, lès van hun partnerschap en in samenhang met ieders loopbaanverwachtingen en -keuzen.

Op die wijze kan een bijdrage worden geleverd aan de totstandkoming van een krachtige structuur op dit terrein waar beide echtgenoten achter staan.

Dergelijke afspraken doen tevens recht aan de door artikel 247 leden 1 tot en met 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek verwoorde normen die ook tijdens het huwelijk gelden en kunnen bovendien tot betrokken vaderschap leiden, hetgeen heilzaam is voor kinderen.⁹⁵

95 *Het geluk van betrokken vaders*, de Volkskrant 27 maart 2009; zie: www.hartenziel.nl; vgl. ook: *Vaderschap doet ertoe*, www.enova-ebd.nl.

Tevens is het risico in een (echt)scheiding terecht te komen – zoals ook eerder door mij besproken –, de laatste decennia aanmerkelijk groter geworden, waarmee door partners veel meer rekening zou moeten worden gehouden dan thans vaak gebeurt omdat ingeval van (echt)scheiding veelvuldig blijkt dat door de echtgenoten geen of onduidelijke afspraken zijn gemaakt over de gezamenlijke invulling van hun ouderschap voorafgaande aan of tijdens hun daadwerkelijke ouderschap en er bij hen dienaangaande verschillende verwachtingspatronen hebben bestaan.

De rolverdeling ter zake van het ouderschap tijdens het huwelijk waar de echtgenoten zijn ingerold, is voor beide echtgenoten dan onbevredigend geweest en er is in veel gevallen tot op zekere hoogte zelfs sprake van een causaal verband tussen de wijze waarop het gezamenlijk ouderschap vorm heeft gekregen en een latere echtscheiding.

CASUS

In de aanvangsfase van een mediation lopen de gemoederen hoog op.

De vrouw verwijt de man dat deze haar had beloofd dat zij, zodra hun jongste kind naar de basisschool zou gaan, weer een baan als lerares Frans zou kunnen nemen. Zij stelt dat dit punt door haar vaak aan de orde is gesteld omdat zij weliswaar met haar man van mening was dat het na de geboorte van het derde kind rustiger zou zijn als zij haar baan zou opgeven en thuis voor de kinderen zou gaan zorgen maar zij destijds ook uitdrukkelijk naar voren heeft gebracht dat dat een tijdelijke situatie zou zijn omdat zij niet voor niets een universitaire opleiding heeft gevolgd, van het lesgeven geniet, de sociale contacten op een school op prijs stelt en bovendien over een zekere mate van financiële zelfstandigheid wil beschikken.

De man wijst erop dat hij wel eens iets in die richting heeft opgevangen maar dat dan had gekoppeld aan een dag waarop een van de kinderen ziek of dreinerig was, dan wel zijn echtgenote slecht had geslapen. In zijn herinnering wilde zijn vrouw juist dolgraag thuis blijven bij de kinderen en heeft hij dat door hard werken mogelijk gemaakt, daarbij vaak een zekere jaloezie bij zichzelf waarnemend indien hij 's avonds laat thuis kwam na weer een lange dag vergaderen.

De mediator constateert dat het aanbeveling had verdiend indien een en ander destijds op constructieve wijze zou zijn besproken en vastgelegd in een overeenkomst.

8.18 AFSLUITING

De rechten en plichten die voor ouders voortvloeien uit hun gezamenlijk gezag over hun kinderen bevinden zich in een wettelijk kader dat dwingendrechtelijk van karakter is.

Niettemin gaat het hier om normen die door de ouders moeten worden uitgewerkt in gezamenlijk overleg. Het is derhalve zo dat er praktisch gezien voor ouders een veel grotere contractvrijheid bestaat dan op het eerste gezicht gedacht zou kunnen worden. Het behoeft hierbij geen betoog dat voor echtgenoten als (contracterende) ouders het rechtsbeginsel solidariteit een zeer grote rol speelt, zij het op een andere wijze dan aan de orde is voor de in de hoofdstukken 4 en 5 besproken vermogensrechtelijke thema's. Solidariteit wordt tussen echtgenoten die ouders zijn immers sterk geladen door het belang van hun kinderen. Dit belang vereist dat ouders in de eerste plaats in die hoedanigheid solidair zijn met elkaar, in de wetenschap dat

ouderschap een levenslange lotsverbondenheid impliceert. De wettelijke normen van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek verlenen hieraan nog een extra betekenis.

Het belang voor ouders van het overkoepelende beginsel partijautonomie als het gaat om het in praktijk brengen van hun ouderschap, is hiermee gegeven.

Ondanks het feit dat huwelijkse voorwaarden gewoonlijk primair een vermogensrechtelijke inslag hebben, bestaan er geen formele beletselen, noch zijn er in de literatuur steekhoudende argumenten aangevoerd die verhinderen dat daarin door de (aanstaande) echtgenoten ook andersoortige afspraken worden opgenomen. Een ouderschapsplan kan in dit licht beschouwd onderdeel uitmaken van huwelijkse voorwaarden en dit dient naar mijn oordeel zelfs te worden aangemoedigd.

De in dit hoofdstuk uitvoerig besproken norm van gelijkwaardig ouderschap is ook bij het vormgeven en verdelen door de ouders van hun zorg- en opvoedingstaken tijdens het huwelijk richtinggevend: deze ligt besloten in de eerste drie leden van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zoals wordt bevestigd door het vierde lid van dit artikel.

Hoewel het daartoe in veel gevallen slechts een aanzet kan zijn, worden in deze door mij voorgestane werkwijze de hoofdlijnen van de taakverdeling tussen de (aanstaande) ouders waar het betreft de verzorging en opvoeding van hun kinderen in relatie tot de vormgeving van de loopbanen van beide echtgenoten geformuleerd, alsmede de achterliggende overwegingen die daartoe hebben geleid, waardoor zij zich bewust worden van het in meer of mindere taakstellende karakter van de door hen gemaakte ouderschapsafspraken en van de knopen die daaruit voortvloeien en door hen zullen moeten worden doorgehakt.

Hiermee wordt het ontstaan van een vanzelfsprekende communicatie over dit thema bevorderd, hetgeen idealiter leidt tot een voor de desbetreffende ouders optimale situatie ten tijde van de geboorte van hun kind en daarna. Tevens mag dan worden verondersteld dat het thema ouderschap geen splijtzwam meer zal zijn ingeval zich een echtscheiding aandient. Het bij tijd en wijle bijstellen van het ouderschapsplan is uiteraard zeer wenselijk.