

Actuele ontwikkelingen in het familierecht

Veertiende UCERF symposium



ISBN 978-94-9276-688-5

NUR 822

Omslag ontwerp: Nicolette Schuurman

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaardt auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) deswege geen aansprakelijkheid.

© 2020 Ars Aequi Libri, Nijmegen.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever(s).

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, *Stb.* 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, *Stb.* 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever(s) te wenden.

Actuele ontwikkelingen in het familierecht

Veertiende UCERF symposium

Onder redactie van:
Christina Jeppesen de Boer & Charlotte Mol

Wendy Schrama
René de Groot
David de Groot
Liesbeth Hoogendijk
Aniel Autar
Geeske Ruitenberg
Machteld Vonk
Christina Jeppesen de Boer
Whitney de Haan
Mariëlle Bruning

Ars Aequi Libri
maart 2020

Inhoudsopgave

Ter inleiding	7
<i>Wendy Schrama</i>	
De wet herziening partneralimentatie: kort door de bocht verkort	13
<i>Wendy Schrama</i>	
Op het snijvlak van nationaliteitsrecht en (internationaal) familierecht	27
<i>René de Groot & David de Groot</i>	
Toekomst mantelzorg: naar erkenning van het collectief belang en bescherming voor het individu.	43
<i>Liesbeth Hoogendijk</i>	
De waarde van het levenstestament	53
<i>Aniel Autar</i>	
Eenvoudige adoptie door pleegouders?	69
<i>Christina Jeppesen de Boer, Whitney de Haan, Geeske Ruitenbergh & Machteld Vonk</i>	
De praktijk van het hoorrecht van minderjarigen: verbeteringen wenselijk?	81
<i>Mariëlle Bruning</i>	

Ter inleiding

Wendy Schrama¹

Goed gebruik is dat we ons symposiumboekje de titel 'Actuele ontwikkelingen in het familierecht' meegeven, zo ook dit jaar. Het *Utrecht Centre for European Research into Family Law* (UCERF) heeft in dit boekje voor de veertiende keer interessante bijdragen bijeengebracht over uiteenlopende onderwerpen waarover de auteurs op het UCERF-symposium zullen spreken.

Over actuele ontwikkelingen gesproken: de komende tijd staan er belangrijke plannen op de wetgevingskalender voor het personen- en familierecht.² Het afgelopen jaar was een relatief rustig jaar, met als belangrijkste hervorming de Wet herziening partneralimentatie (waarover hierna meer). Ondertussen is aan verschillende andere wetten verder gewerkt. Ik licht er een aantal uit. In de eerste plaats zijn er wetsvoorstellen die passen bij het streven van de regering om ongewenste effecten tegen te gaan van bepaalde religieuze en culturele tradities die vragen oproepen in verband met mensenrechten, zelfbeschikking en gelijkheid. Zo heeft de Wet huwelijks gevangenschap tot doel om – in de woorden van het kabinet – het zelfbeschikkingsrecht en de vrijheid van mensen om hun eigen huwelijkse leven in te richten beter te effectueren. Het gaat hierbij specifiek om religieuze huwelijken. In het wetsvoorstel is opgenomen dat echtgenoten in een religieus huwelijk in beginsel verplicht zijn mee te werken aan een religieuze echtscheiding.³ Daartoe wordt een nieuwe bevoegdheid aan de rechter gegeven: hij kan een bevel geven tot medewerking aan de ontbinding van het religieuze huwelijk. In dezelfde lijn ligt het plan om kindhuwelijken in de toekomst niet meer te erkennen. Ook op een ander terrein wordt het recht op zelfbeschikking uitgebreid: transgenders kunnen volgens het betreffende conceptwetsvoorstel in de toekomst eenvoudiger van geslacht veranderen, nu het vereiste van een deskundigenverklaring wordt afgeschaft. Voor kinderen onder de zestien jaar wordt het mogelijk om hun geslachtsregistratie te wijzigen via een verzoek aan de rechtbank.⁴

Een spannende vraag was wat de regering zou gaan doen met de aanbevelingen van de Staatscommissie herijking ouderschap. Die aanbevelingen waren verstrekkend en zouden grote implicaties hebben, niet alleen voor het familierecht, maar ook daarbui-

1 Wendy Schrama is hoogleraar familierecht en rechtsvergelijking bij het *Utrecht Centre for European Research into Family Law* (UCERF), Universiteit Utrecht.

2 Wetgevingsprogramma Modernisering personen- en familierecht (Stand van zaken per 15 december 2019).

3 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 348, nr. 3 (memorie van toelichting).

4 <https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingvermeldinggeslacht>.

ten. Met name de invoering van meerouderschap zou vergaande consequenties op veel terreinen hebben, van digitale systemen die berekend zijn op maximaal twee ouders, tot fiscale en ipr-gevolgen. Verschillende instanties hebben in 2019 advies uitgebracht over de mogelijke gevolgen van meerouderschap en meeroudergezag in bijvoorbeeld het erfrecht, het vreemdelingenrecht en het ipr. Mede op basis daarvan heeft de regering besloten niet zo ver te gaan als de Staatscommissie aanbeveelt. Dit blijkt uit een brief die afgelopen zomer aan de Tweede Kamer werd gestuurd. Thans zijn twee wetsvoorstellen in voorbereiding.⁵ Een daarvan betreft een regeling van draagmoederschap en de ander van deelgezag. De regering heeft ervoor gekozen om het meerouderschap nu niet in te voeren. Het kabinet wil naar eigen zeggen voorkomen dat een toename van het aantal personen met uitgebreide rechten tot een kind, leidt tot een toename van het aantal conflicten rond dat kind. De ervaringen rond escalaties bij problematische echtscheidingen leert, aldus het kabinet, dat deze situaties en de daaruit voortvloeiende loyaliteitsconflicten uiterst belastend kunnen zijn voor kinderen. Deelgezag is volgens de brief aan de Tweede Kamer een variant van uitgekleeft gezag.

Ik zie dit als een onnodig ingewikkelde tussenstap, die de toch al onoverzichtelijke jungle van het gezagsrecht verder zal compliceren. Het is mijns inziens een kwestie van tijd voordat meerouderschap ingevoerd zal worden. Ervaringen uit het verleden met het gelijkheidsbeginsel laten zien dat het even kan duren, maar dat aanpassing van de wet uiteindelijk plaatsvindt. Alleen al om die reden ben ik geen voorstander van deze tussenstap. Een ander voornemen van het kabinet betreft het recht op afstammingsinformatie. Nederland zal wereldwijd het land zijn waarin de meeste aandacht wordt besteed aan het recht op afstammingsinformatie, dat in de plannen van het kabinet een voorname plaats heeft gekregen, in navolging van het advies van de Staatscommissie. Dat lijkt me een goede zaak.

Verder zijn er plannen op het terrein van dubbele achternamen en een versterkte rol van de Centrale Autoriteit bij interlandelijke adopties; gelet op de feiten die over adopties uit het verleden naar boven gekomen zijn, lijkt dit geen overbodige luxe. Ook lijkt er schot te zitten in de al lang aangekondigde plannen om het toezicht op het vermogensbeheer van minderjarigen te versterken; geen eenvoudige klus vanwege het technisch ingewikkelde karakter van de wetgeving. De herziening van de Wet verevening pensioenrechten na scheiding is in volle gang. Deze kan worden toegejuicht waar het echtgenoten betreft. Een gemiste kans is echter dat ongehuwde samenwoners buiten het bereik van de wet worden gehouden.⁶

Kortom, het familierecht is, zoals dat hoort, dynamisch en daarom is het ook zo belangrijk om actuele ontwikkelingen in de gaten te houden.

5 Kabinetsreactie op de aanbevelingen op het terrein van draagmoederschap, meerouderschap en meerpersoonsgezag van de Staatscommissie Herijking ouderschap, 12 juli 2019, kenmerk 2650555.

6 Ook kritisch is de Raad van State: *Kamerstukken II* 2018/19, 35 287, nr. 4.

Hiervoor werd de Wet herziening partneralimentatie al genoemd als een van de weinige wetten die dit jaar het familierecht vernieuwt. Door mijzelf is hierover in deze bundel een bijdrage geschreven met de titel ‘De wet herziening partneralimentatie: kort door de bocht verkort’. Dat geeft de strekking van het betoog wel aardig weer. De bijdrage is mede ingegeven door het schrijven van een boekje in de Commentaar & Context serie. Dat resulteerde in de conclusie dat er op een aantal punten grote onduidelijkheden bestaan bij de concrete toepassing van de nieuwe wet. Verschillende van die aspecten komen aan bod in deze bijdrage. Ook wordt ingegaan op het feit dat de verkorting van de alimentatieduur zelf slecht gefundeerd is en te ver vooruitloopt op de maatschappelijke ontwikkelingen. Het initiatiefwetsvoorstel gaat uit van een veel gelijkere verdeling van werk en zorg dan feitelijk het geval is. Ook de Raad van State wees daar destijds al op. Mijns inziens is de fundamentele vraag naar risicospreiding in lange relaties door een scheve werk-zorg verdeling niet (afdoende) beantwoord met deze wet. Of partneralimentatie überhaupt het geëigende instrument daarvoor is, waag ik ook te betwijfelen. Tot slot is opvallend dat het ongehuwd samenleven geen rol heeft gespeeld bij het bedenken van de nieuwe regels. Dat leidt tot een onevenwichtige spreiding van de risico’s. Al met al wordt met de nieuwe wet de slogan van de initiatiefnemers dat partneralimentatie ‘eerlijker, simpeler en korter’ zou moeten zijn, in een wat ander daglicht gezet.

Een heel ander onderwerp wordt door René de Groot en David de Groot aan de orde gesteld in hun bijdrage ‘Op het snijvlak van nationaliteitsrecht en (internationaal) familierecht’. Om de nationaliteit van een land te verkrijgen spelen familierechtelijke vragen een belangrijke rol. Is dit kind wel een juridisch kind van deze vader? En hoe is die familierechtelijke betrekking gevestigd? Het verkrijgen van nationaliteit is een belangrijke toegangspoort voor rechten en plichten ten opzichte van een staat, en daarmee van groot belang. Toch doen zich op dit vlak een aantal knelpunten voor, die de auteurs signaleren. Een daarvan is dat het Nederlandse nationaliteitsrecht waarschijnlijk niet in overeenstemming is met Europese verdragsnormen waar Nederland zich aan gecommitteerd heeft. Het gaat daarbij om de regel dat kinderen die door erkenning in een afstammingsrelatie tot een Nederlandse man komen te staan, alleen zonder voorwaarden de Nederlandse nationaliteit krijgen als ze beneden de 7 jaar zijn. Voor oudere kinderen moet binnen een jaar door een DNA-rapport de genetische waarheid van de afstamming wordt aangetoond. Dit is problematisch. Ook voor kinderen die geboren worden uit een bigaam huwelijk doen zich problemen voor met betrekking tot de nationaliteit. De Hoge Raad en de Raad van State hebben zich hierover moeten buigen. De auteurs hebben hier hun eigen opvattingen over en plaatsen vraagtekens bij de gekozen lijn. Ook andere knelpunten worden kritisch besproken. De les van deze bijdrage is dat het aan te bevelen is het recht op dit terrein aan te passen.

Een van de belangrijkste vraagstukken van de komende jaren zal zijn hoe we als maatschappij omgaan met vergrijzing en de zorg voor ouderen. Mantelzorg speelt daarbij een cruciale rol. In de bijdrage van Liesbeth Hoogendijk, 'Toekomst mantelzorg: naar erkenning van het collectief belang en bescherming voor het individu' wordt ingegaan op die vraag. Terecht constateert zij dat we op het punt van zorg voor een uitdaging staan. Hoe kunnen we faciliteren dat burgers mantelzorg verlenen en daarbij niet onnodig belast worden? Ze wijst in dit verband op het feit dat er in de toekomst meer mantelzorg verleend zal gaan worden door werkenden. Dat roept nieuwe vragen op, omdat werk en zorg vaker gecombineerd zullen worden. In dit licht dient toekomstig beleid rekening te houden met het groeiende aantal werkende mantelzorgers. De vraag is wat de maatschappij en overheid mogen verwachten van mantelzorgers en andersom. De invoering van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning 2015 heeft gemeenten een sleutelrol gegeven, maar Hoogendijk wijst erop dat er op dit vlak nog veel winst te halen is. Aan welke eisen dient de lokale mantelzorgondersteuning te voldoen? In haar visie kunnen gemeenten meer maatwerk realiseren en kunnen zij mantelzorgondersteuning versterken. Daar wacht een belangrijke taak, die niet alleen bij de gemeenten ligt, maar ook bij de centrale overheid.

Aan de kapstok van het vraagstuk inzake vergrijzing zit ook een haakje voor levens-testamenten. Hoe willen mensen regie houden als ze ouder worden en wellicht op enig moment minder goed zelf in staat zijn beslissingen te nemen? Aniel Autar gaat in op vragen rondom het razend populaire levenstestament in zijn bijdrage 'De waarde van het levenstestament'. Dit instrument, dat in de notariële praktijk tot ontwikkeling is gekomen, wordt vaak gebruikt vanuit de wens om zelf regie te houden. De beschermingsmaatregelen uit Boek 1 BW (curatele, bewind en mentorschap) worden als te beperkend gezien. Toch is het levenstestament niet zonder problemen. In de eerste plaats is er geen wettelijk kader voor het levenstestament waarin bijvoorbeeld het toezicht op de vertegenwoordiger die in het levenstestament is aangewezen, is geregeld. Autar gaat in op een aantal problemen als deze en komt ook met ideeën voor *best practices*. Een daarvan is om in het levenstestament de wensen en wat er moet gebeuren, en wat juist niet, heel duidelijk worden omschreven. Daarbij kan een uitgebreide considerans waarin de belangen die de levenstestateur wenst na te streven en de verhoudingen die hij wenst te regelen aan de orde komen, een nuttige rol spelen. In termen van toezicht komt hij tot de aanbeveling om in het levenstestament op te nemen wat men precies van de toezichthouder verwacht, hoe vaak hij rekening en verantwoording moet of mag afleggen en welke maatregelen hij kan treffen indien de levensexecuteur disfunctioneert. Wie wil weten wat andere problemen en *best practices* zijn, lees zijn bijdrage.

Christina G. Jeppesen de Boer, Whitney de Haan, Geeske Ruitenbergh & Machteld Vonk schreven samen de bijdrage 'Eenvoudige adoptie door pleegouders?'. Daarin

worden de uitkomsten beschreven van WODC-onderzoek naar de vraag in hoeverre de invoering van eenvoudige adoptie tegemoetkomt aan de behoeftes en belangen van pleegkinderen en pleegouders die langdurig voor een pleegkind zorgen. Daarnaast had het onderzoek tot doel om de voor- en nadelen van de invoering van eenvoudige adoptie in het Nederlands recht in kaart te brengen. Dat idee werd geopperd door de Staatscommissie herijking ouderschap als een mogelijke oplossing voor problemen die door pleegouders thans worden ervaren; ze hebben een tijdelijke juridische band met het kind, maar het kind wordt niet juridisch opgenomen in zijn pleegfamilie. Dat kan alleen via adoptie, maar dat gaat ten koste van de afstammingsbanden met de oorspronkelijke ouders. Eenvoudige adoptie zou de kool en geit sparen, was de gedachte van de Staatscommissie. De onderzoekers concluderen dat eenvoudige adoptie vanuit kinderrechtenperspectief meer mogelijkheden tot maatwerk zou bieden en rechten van kinderen beter kan effectueren. Interessant is de empirische component van het onderzoek. Wat vinden pleegkinderen, pleegouders en professionals zelf? De pleegouders die aan het onderzoek meededen, zien eenvoudige adoptie overwegend wel zitten. Of dat voor pleegkinderen ook zo is? Lees de bijdrage.

Tot slot een onderwerp dat de laatste jaren gelukkig meer aandacht heeft gekregen: het recht op participatie van minderjarigen. Mariëlle Bruning gaat in haar bijdrage getiteld 'De procespositie van de minderjarige: tijd voor uitbreiding?' in op een groot WODC-onderzoek naar de mogelijkheid en wenselijkheid van de uitbreiding van de formele procespositie en het hoorrecht van minderjarigen in familie- en jeugdprocedures. Interessant is dat in het onderzoek een schat aan informatie vergaard is over de praktijk van die participatierechten. Daarmee ontstaat een beeld van het daadwerkelijke gebruik van die rechten, alsmede wat er verbeterd kan worden. Met betrekking tot het hoorrecht is in kaart gebracht wat jongeren er zelf van vinden. Daaruit komt onder meer naar voren dat veel jongeren tevreden zijn, maar dat er qua terugkoppeling en informatie verbetering denkbaar is. De vraag of de leeftijdsgrens van 12 jaar veranderd zou moeten worden, wordt uiteenlopend beantwoord. Professionals verschillen onderling van inzicht en jongeren en ouders vinden overwegend dat die leeftijd naar beneden kan. De bijdrage mondt uit in een aantal suggesties voor verbetering, die het gehele proces beslaan: van de oproepbrief tot gesprek en de fase daarna. Er zijn al belangrijke stappen gezet door de rechterlijke macht in de afgelopen jaren; met deze concrete aanbevelingen kan men verder.

Tot besluit het volgende: het voorgaande leidt tot de conclusie dat er nog het nodige te wensen is. Maatschappelijke ontwikkelingen als de vergrijzing vragen om aandacht van de wetgever, maar ook van gemeentes, het notariaat en uitvoeringsinstanties. Ook op de andere terreinen zijn punten gesignaleerd waar het recht of de implementatie daarvan verbeterd kunnen worden. Afgewacht moet worden wat de wetgever gaat doen met de diverse aanbevelingen uit de WODC-onderzoeken. Tot slot: hoe in de

rechtspraak invulling gegeven zal worden aan het nieuwe partneralimentatierecht, komt ongetwijfeld in een van de volgende UCERF-symposium bundels aan de orde.

De wet herziening partneralimentatie: kort door de bocht verkort

Wendy Schrama¹

Inleiding

Op 1 januari 2020 is de nieuwe wet partneralimentatie inwerking getreden. Daarmee is een einde gekomen aan een lang wetgevingstraject, dat aanvankelijk zeer ambitieus was, doch later werd beperkt tot een verkorting van de alimentatieduur. Toch is zelfs die verkorting een veelzeggende volgende stap in een trend waarbij alimentatie een steeds kleinere rol krijgt; in die zin is het bepaald geen te verwaarlozen wet. De post-relatieve solidariteit neemt stapsgewijs af en dat is iets om bij stil te staan.²

In deze bijdrage wordt ingegaan op de wetsgeschiedenis en worden enkele belangrijke vraagstukken belicht die in de rechtspraktijk een rol gaan spelen.³ Ook al is het een relatief kleine wet, toch is er een aantal grotere onduidelijkheden. Daarnaast is voorzien dat de rechterlijke macht een cruciale rol gaat spelen bij de uitleg van de nieuwe wet. Met name de hardheidsclausule is in dat kader relevant, die hierna dan ook aan de orde zal komen. De bijdrage besluit met een slotbeschouwing.

De wetsgeschiedenis in grote lijnen

De Wet herziening partneralimentatie is het resultaat van de inspanning van een drietal Kamerleden. Zij dienden in 2014 een initiatiefwetsvoorstel in.⁴ Eerder hadden

- 1 Prof. mr. dr. Wendy Schrama is hoogleraar familierecht en rechtsvergelijking bij het *Utrecht Centre for European Research into Family Law* (UCERF), Universiteit Utrecht.
- 2 In deze bijdrage is gebruik gemaakt van, en wordt voortgebouwd op: W.M. Schrama e.a., *Commentaar & context Wet herziening partneralimentatie*, Den Haag: Boom juridisch, 2020.
- 3 Zie voor literatuur: W.M. Schrama, 'Verschil moet er zijn: over gelijkheid in het familierecht', *FJR* 2016/22, p. 89-94; J. Kok, 'Partneralimentatie op drift', *FJR* 2017/41; N. Spalter, 'Het initiatiefwetsvoorstel 'Wet herziening partneralimentatie': partneralimentatie eerlijker, simpeler en korter?', *FJR* 2017, p. 22; T.F.H. Reijnen, 'Het aangepaste voorstel tot beperking van alimentatie: zullen we er maar van afzien?', *WPNR* 2017/7172, p. 931-934; C.M. Mellema, 'Wetsvoorstel herziening partneralimentatie bezien in het licht van de jurisprudentie van de Hoge Raad', *REP* 2018, nr. 7, p. 39-45; A.N. Labohm, 'Wet herziening partneralimentatie: de tweede nota van wijziging van 11 juni 2018', *EB* 2018, 76, p. 164-167; R. van Coolwijk, 'Wet herziening partneralimentatie door de bril van een advocaat', *FJR* 2019/44, afl. 9; A.N. Labohm, 'Wet herziening partneralimentatie door de bril van de rechter' *EB* 2019/81; B. Dijksterhuis, 'Het aangenomen initiatiefvoorstel Wet herziening partneralimentatie: veronderstellingen en empirie', *FJR* 2019/43.
- 4 Van Oosten, Recourt en Berndsens-Jansen, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 231, nrs. 1-3.

andere Kamerleden al een poging ondernomen om tot herziening van het alimentatierecht voor partners te komen.⁵ Niet alleen de duur van de partneralimentatieplicht, maar ook de grondslag voor partneralimentatie en de berekening werden flink aangepakt in de eerste versies van het wetsvoorstel. De contractsvrijheid werd uitgebreid. Dit alles was nodig, aldus de indieners, omdat partneralimentatie ‘eerlijker, simpeler en korter’ moest worden.⁶ De Raad van State bleek kritisch en had grote twijfels bij de noodzaak en wenselijkheid van de aanpassingen. Over het door de initiatiefnemers aangedragen argument dat er geen maatschappelijk draagvlak voor een twaalf jaar durende alimentatieplicht meer zou zijn, oordeelde de Afdeling dat de onderzoeken waarop men zich beriep geen eenduidig beeld geven van het draagvlak voor de gewenste duur van de partneralimentatie. Een tweede argument waarop de indieners zich beroepen voor de voorgestelde veranderingen is de toegenomen en wenselijke zelfstandigheid van vrouwen en de verdeling van arbeid en zorg die gewijzigd is. De Afdeling merkt hierover op dat het voorstel voor echtgenoten met kinderen uitgaat ‘van een situatie die nog ver verwijderd is van de maatschappelijke realiteit’.⁷ Het is naar het oordeel van de Afdeling van belang om rekening te houden met het feit dat nog steeds vooral vrouwen tijdens het huwelijk en na echtscheiding de zorg voor de kinderen hebben. Door (veel) minder te gaan werken na het krijgen van kinderen kunnen vrouwen vaak de reeds verworven positie op de arbeidsmarkt niet bestendigen en is het voor hen minder eenvoudig om die positie opnieuw te krijgen. Zeker indien er gedurende langere tijd voor opgroeiende kinderen is gezorgd en men derhalve langer (al dan niet volledig) uit het arbeidsproces is geweest, zullen vrouwen meer tijd nodig hebben om weer volledig in een eigen inkomen te kunnen voorzien. De hier voorgestelde generieke beperking van de alimentatieduur, komt hieraan, nog steeds volgens de Raad van State, onvoldoende tegemoet. De initiatiefnemers hebben dit advies in de wind geslagen, overigens zonder dat daarvoor argumenten worden aangevoerd.⁸ In de literatuur wordt uiteenlopend gedacht over de vraag of het verkorten van de duur nu wel of niet een goed idee is.⁹

- 5 Initiatiefnota van de leden Van der Steur, Recourt en Berndsen over partneralimentatie, 2011/12, 33 312 en Initiatiefnota van het lid Bontes, 2011/12, 33 311, verworpen in april 2014 door de Tweede Kamer.
- 6 *Kamerstukken II* 2018/19, 34231, nr. 3, p. 1 en 3 (Memorie van Toelichting); *Kamerstukken II* 2018/19, 34 231, nr. 3 (Memorie van Antwoord), p. 1.
- 7 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 231, 5 (Advies van de Afdeling advisering Raad van State en Reactie van de initiatiefnemers), p. 1.
- 8 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 231, nr. 5 (Advies van de Afdeling advisering Raad van State en Reactie van de initiatiefnemers), p. 8-9.
- 9 Op verschillende gronden en argumenten wordt hier uiteenlopend over gedacht onder de auteurs genoemd in voetnoot 3.

Gedurende het parlementaire debat werd duidelijk dat de complete herziening van het hele partneralimentatierecht het niet zou gaan halen in de Tweede Kamer. Vervolgens zijn forse aanpassingen gedaan.¹⁰ Alleen de duur van de partneralimentatie zou op de schop gaan door een sterke verkorting; dat voorstel heeft het tot wet geschopt en wordt hierna meer in detail besproken.

De hoofdregel: maximaal 5 jaar alimentatie (art. 1:157 lid 1 BW)

Als partijen geen andersluidende afspraken hebben gemaakt, gelden de regels van het aanvullend alimentatierecht. De kern van dat nieuwe standaardstelsel is dus een aanzienlijke verkorting van de partneralimentatie naar de helft van de huwelijksduur met een maximum van vijf jaar. Voor alle huwelijken tot tien jaar wordt de huwelijksduur gedeeld door twee en dat levert de alimentatieduur op. Voor alle huwelijken boven de tien jaar is de maximumduur vijf jaar.

Dit is een forse verandering ten opzichte van het oude recht waar op basis van artikel 157 lid 4 een duur van twaalf jaar gold. Voor kortdurende huwelijken zonder kinderen was een maximumtermijn van vijf jaar van toepassing in artikel 157 lid 6 oud. Kortom, het gaat dus om een flinke versobering.

Diverse maatschappelijke ontwikkelingen hebben een rol gespeeld bij deze beslissing, zoals de veranderde verdeling van werk en zorg en de gewenste zelfstandigheid van vrouwen. Bij de keuze van de wetgever voor deze verkorting heeft een andere belangrijke maatschappelijke ontwikkeling juist geen rol gespeeld: niet is nagedacht over het feit dat de overgrote meerderheid van de echtgenoten eerst een aantal jaren als partners ongehuwd samengewoond hebben. De meeste stellen hebben, voordat zij gaan trouwen, al een lange(re) periode samengewoond en doorgaans hebben zij ook al een of meerdere kinderen. Uit recente cijfers gebaseerd op onderzoek waarin stellen vijftien jaar gevolgd zijn, blijkt dat gemiddeld 49% van de stellen in deze periode trouwde, terwijl 15% na die 15 jaar nog ongehuwd samenwoont en 36% inmiddels gescheiden is.¹¹ Dat betekent dus dat voor 49% van al deze partners de regel potentieel beperkingen oplevert. Het feit dat de getrouwde stellen eerst een periode ongehuwd hebben samengewoond, betekent ook dat partners gedurende lange tijd – dus niet alleen de huwelijksperiode, maar ook daarvoor – samen keuzes maken die van invloed zijn op hun individuele economische positie na scheiding. In de samenwoonperiode worden vaak al verstrekkende beslissingen genomen, zoals het krijgen

10 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 231, nr. 7 (Tweede nota van wijziging).

11 R. van Gaalen e.a., *Trouwen, kinderen krijgen en (echt)scheiden naar opleidingsniveau, Demografische beslissingen binnen huishoudens aan het begin van de 21e eeuw, Statistische trends, 2019*, Den Haag CBS, p. 7.

van kinderen, een daaraan gerelateerde andere verdeling van werk en zorg, en het aangaan van langlopende financiële verbondenheid door bijvoorbeeld de aankoop van een woning. Als de verkorting van de alimentatieduur in dit licht wordt gezien, is het de vraag of die verkorting wel zo'n goed idee is. Veel partners hebben – ongehuwd en gehuwd samenwonend opgeteld – nog altijd lange relaties met elkaar.

Bij de vorige herziening van het alimentatierecht in de jaren negentig kon nog betoogd worden dat het verschijnsel van ongehuwd samenwonen dermate marginaal was, dat dit niet tot nieuwe overwegingen hoefde te leiden. Dat argument gaat nu niet meer op. Sterker nog, in een aantal landen binnen Europa is juist een alimentatierecht in het leven geroepen voor ongehuwde partners, zoals in Kroatië, Slovenië, Hongarije en Spanje. Ook in deze richting gaan de nieuwe *Principles of European Family Law* (PEFL) van de *Commission on European Family Law*. Hoewel het uitgangspunt onder de PEFL is dat een ieder na een scheiding zijn eigen broek dient op te houden, maken PEFL 5:20 en 5:21 hierop een belangrijke uitzondering. Als partners tenminste vijf jaar ongehuwd samengeleefd hebben of een gemeenschappelijke kind hebben, kan de behoeftige partner een onderhoudsvordering jegens de ander instellen, mits die voldoende draagkracht heeft. Bij de beoordeling daarvan zijn onder meer van belang hoe de zorg voor de kinderen is geregeld, hoe de taken tussen de partners tijdens de relatie verdeeld waren, de leeftijd, gezondheid en kans op werk van beide partners en de duur van de relatie.¹²

Terug naar de hoofdregel. Er zijn weinig praktische problemen te verwachten met de nieuwe hoofdregel. Dat ligt anders voor de uitzonderingen, waarover de volgende paragraaf handelt.

De uitzonderingen op de hoofdregel

Er zijn drie uitzonderingen op de nieuwe hoofdregel waarin de partneralimentatieduur van meet af aan langer dan vijf jaar kan zijn. Het gaat om twee typen gevallen: echtgenoten met een leeftijd die niet al te ver van de AOW-leeftijd af ligt en die meer dan 15 jaar getrouwd geweest zijn en echtgenoten met kinderen die ten tijde van de scheiding jonger dan 12 jaar zijn.

Oudere echtgenoten

De uitzondering voor oudere echtgenoten bestaat uit twee categorieën: een categorie die onder artikel 157 lid 2 valt en een groep die door artikel 157 lid 3 bestreken wordt. Het is niet mogelijk om onder beide leden tegelijk te vallen, omdat de voorwaarden elkaar uitsluiten.

12 K. Boele-Woelki e.a., *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*, Antwerp 2019: Intersentia Antwerp, p. 172-193.

De hoofdregel voor oudere echtgenoten is te vinden in artikel 157 lid 2, dat regelt dat de alimentatiegerechtigde tot aan het bereiken van de AOW-leeftijd recht heeft op partneralimentatie. Daarvoor gelden naast de algemene voorwaarden zoals behoefte en draagkracht twee specifieke voorwaarden: ten eerste dient sprake te zijn van een huwelijksduur van tenminste vijftien jaar, en ten tweede dient de leeftijd van de alimentatiegerechtigde ten hoogste tien jaar lager te zijn dan diens pensioengerechtigde leeftijd. Is hieraan voldaan, dan geldt een van de hoofdregel afwijkende termijn voor de alimentatieduur: de onderhoudsverplichting eindigt niet eerder dan op het tijdstip dat de onderhoudsgerechtigde de AOW-leeftijd bereikt, en dus een AOW-uitkering ontvangt. Het gaat hierbij om de AOW-leeftijd van deze individuele alimentatiegerechtigde en daarvoor is diens geboortedatum bepalend. De termijn van de alimentatie is op grond van deze regel dus maximaal tien jaar na de scheiding. Dat is het geval als de alimentatiegerechtigde op het moment van de scheiding tien jaar van de AOW-leeftijd zit. Dat levert dus een termijn op die twee keer zo lang is als de nieuwe maximumduur van vijf jaar uit de hoofdregel van artikel 157 lid 1. Bedacht moet worden dat de uitzondering van lid 2 slechts van betekenis is als het hoogstens tien en minimaal vijf jaar duurt voordat de alimentatiegerechtigde de AOW-leeftijd bereikt. Als die periode minder dan vijf jaar bedraagt, heeft de alimentatiegerechtigde recht op een langere alimentatieduur op grond van lid 1 van artikel 157 BW (omdat het de helft van de huwelijksduur is, gemaximeerd op 5 jaar is).¹³

De tweede groep oudere echtgenoten is de groep die net te ver (meer dan tien jaar) van hun AOW-leeftijd zit na een langdurend huwelijk. Hiervoor is een tijdelijke overgangsregel opgenomen nadat daarom was gevraagd door de Tweede Kamer.¹⁴ In artikel 157 lid 3 zijn de specifieke voorwaarden voor de uitzonderingen neergelegd. Het moet gaan om (1) een huwelijk dat op het moment van het indienen van het verzoekschrift ten minste 15 jaar heeft geduurd; (2) een alimentatiegerechtigde die geboren is voor of op 1 januari 1970 (dus op 1 januari 2020 minimaal 50 jaar is); en (3) die pas over meer dan tien jaar diens AOW-leeftijd bereikt. In dat geval geldt een alimentatieduur van tien jaar, in afwijking van de termijn van vijf jaar die anders zou gelden op grond van artikel 157 lid 1. Het is bedoeld als een tijdelijke maatregel die op 1 januari 2027 vervalt, uitgaande van de gedachte dat de AOW-leeftijd niet wijzigt. De initiatiefnemers hebben hierbij overwogen dat met name in de situatie dat de alimentatiegerechtigde ouder is dan 50 jaar en jonger dan 57 jaar – want dan geldt de uitzondering van lid 2 – zich schrijnende situaties voordoen wanneer de partnera-

13 Niet helder is of dit al dan niet via de samenloopregeling van art. 1:157 lid 5 BW is, die expliciet verwijst naar samenloop van de regelingen van de leden 1-4, of direct, omdat art. 157 lid 1 BW de hoofdregel is. Het resultaat is in beide gevallen hetzelfde.

14 *Handelingen II* 2018/19, 34 231, nr. 33.

limentatieduur beperkt wordt tot vijf jaar, zeker als er geen bron van arbeidsinkomen wordt gevonden. De initiatiefnemers wilden daarom een tijdelijke verlichting voor deze groep, mede omdat zij zich niet hebben kunnen voorbereiden op de nieuwe wet. Als de wet zeven jaar lang van kracht is, is de verwachting dat beter bekend is bij de doelgroep dat de alimentatieduur in principe niet meer twaalf maar vijf jaar is geworden.

De beide regelingen lijken op een aantal punten niet geheel goed doordacht te zijn. Een eerste punt, dat zowel bij lid 2 als lid 3 een rol speelt, betreft de AOW-leeftijd, die flexibel is en in de toekomst kan stijgen. Dat heeft twee gevolgen: in de eerste plaats dat de AOW-leeftijd voor een grote groep mensen niet vaststaat, en in de tweede plaats dat de overgangsregeling van lid 3 potentieel langer van toepassing is dan bij de totstandkoming van de wet voorzien is.

Het eerste punt houdt in dat op het moment van scheiding voor een grote groep mensen niet helder is wanneer hun AOW-leeftijd intreedt. De AOW-leeftijd wordt pas vijf jaar van te voren vastgesteld. In het najaar van 2019 heeft de Minister van Sociale Zaken bekendgemaakt dat de AOW-leeftijd in 2025 op 67-jarige leeftijd zal intreden. Dat betekent dat de pensioengerechtigde leeftijd hetzelfde is gebleven als voor degenen die in 2024 AOW-gerechtigd zullen zijn.¹⁵ Voor iedereen die geboren is na 31 december 1958 is de AOW-leeftijd nog niet bekend. Voor de toepassing van leden 2 en 3 is vereist dat de alimentatiegerechtigde binnen tien jaar (lid 2) of meer dan tien jaar (lid 3) van de AOW-leeftijd verwijderd is, maar tegelijkertijd is de AOW-leeftijd pas vijf jaar voor de vermoedelijke pensioenleeftijd bekend. Gelet op het feit dat de uitzondering van lid 2 alleen tot een langere alimentatieduur leidt als het vijf jaar of meer duurt tot de AOW-leeftijd bereikt is (anders is lid 1 gunstiger) impliceert dit dus dat voor iedereen voor wie deze regel potentieel nut heeft, de AOW-leeftijd niet bekend is en dus onzekerheid meebrengt voor partijen.

Het tweede punt is dat artikel 157 lid 3 als een overgangsmaatregel bedoeld is voor alimentatiegerechtigden tussen de 50 en 57 jaar in 2020. Doordat de AOW-leeftijd flexibel is, kan dit anders uitpakken.

Een derde knelpunt heeft alleen betrekking op artikel 157 lid 3 en ziet op de alimentatietermijn die maximaal tien jaar is; dit is anders dan in artikel 157 lid 2 waar de alimentatieduur gekoppeld is aan de periode tot aan het bereiken van de AOW-leeftijd. Dat lijkt veel logischer, want daarmee wordt de kwetsbaarheid van deze groep alimentatiegerechtigden op leeftijd, die minder kans op de arbeidsmarkt hebben, beschermd tot ze een eigen inkomen uit AOW krijgen. Voor de iets jongere alimentatiegerech-

15 Kamerbrief 1 november 2019, AOW-leeftijd in 2025, referentienummer 2019-0000151204.

tigden geldt dit niet. Door de voorwaarde van artikel 157 lid 3 dat de alimentatiegerechtigden meer dan tien jaar van zijn AOW-leeftijd moet zitten, is er per definitie een periode te overbruggen tussen scheiding en AOW-pensioen die pas na meer dan tien jaar bereikt wordt. Die periode wordt overbrugd door tien jaar aanspraak op partneralimentatie, daarna een gat zonder alimentatie en zonder AOW-uitkering, en daarna de AOW-uitkering.

Een voorbeeld ter illustratie. Een vrouw, geboren op 1 januari 1970, gaat in 2020 scheiden na een zestienjarig huwelijk. Daarmee is voldaan aan twee van de voorwaarden van lid 3: geboren voor of op 1 januari 1970 en een huwelijksduur van minimaal 15 jaar. De derde voorwaarde is dat ze meer dan tien jaar van haar AOW-leeftijd zit. De pensioendatum is nog niet bekend voor mensen uit deze leeftijdscategorie. De SVB verwacht dat met deze leeftijd (geboren op 1 januari 1970) de AOW-pensioenleeftijd bereikt zal worden op 1-10-2037.¹⁶ Daarvan uitgaand is de periode tussen scheiding en AOW-leeftijd 17 jaar (namelijk 2020-2037). Hier doet zich echter het probleem voor dat de duur van het alimentatierecht vastgelegd is op tien jaar, waardoor de vrouw op 60-jarige leeftijd de arbeidsmarkt op zou moeten. Het is moeilijk te overzien hoe de arbeidsmarkt zich tegen die tijd heeft ontwikkeld, maar dit lijkt niet erg kansrijk. Uit de parlementaire stukken komt naar voren dat men zich dit niet heeft gerealiseerd; er zijn geen opmerkingen over gemaakt en uitleg ontbreekt over het verschil in benadering tussen lid 2 en lid 3. Het kan nauwelijks de bedoeling zijn, omdat het haaks op de ratio staat van deze uitzondering. In de praktijk betekent dit dat hier waarschijnlijk de hardheidsclausule van belang wordt. Het kan dus gaan om lange periodes die overbrugd moeten worden.

Tot slot speelt een rol dat ook hier – zowel bij lid 2 als lid 3 – uitsluitend bij de huwelijksduur wordt aangeknoopt. Zonder minimaal 15 jaar huwelijk gelden de uitzonderingen niet. Dat impliceert dus dat de periode waarin de partners ongehuwd samenwoonden voorafgaand aan het huwelijk, niet wordt meegenomen. Ook op dit punt blijkt uit de parlementaire stukken dat men hier überhaupt niet over heeft nagedacht en dat van een bewuste keuze geen sprake is. In termen van rechtszekerheid is deze regel eenvoudig en goed hanteerbaar. Daar staat tegenover dat de ratio van de regel – het beschermen van echtgenoten op leeftijd die een lange relatie hebben gehad – een argument zou kunnen zijn om daar tenminste expliciet aandacht aan te besteden. Daarmee wordt niet onmiddellijk bepleit dat die voorhuwelijkse samenwoonperiode meegenomen moet worden, maar dat de hele demografische ontwikkeling geen enkele rol speelt, is te simplistisch en leidt tot regels die geen recht doen aan de realiteit.

16 SVB: www.svb.nl/int/nl/aow/wat_is_de_aow/wanneer_aow.

Echtgenoten met kinderen onder de 12

Een tweede uitzondering op de hoofdregel van artikel 157 lid 1 is te vinden in artikel 157 lid 4. Het recht op partneralimentatie eindigt niet eerder dan op het tijdstip waarop de uit het huwelijk van de echtgenoten geboren kinderen de leeftijd van twaalf jaren hebben bereikt. Volgens de initiatiefnemers worden kinderen zelfstandiger vanaf twaalf jaar, wanneer zij naar de middelbare school gaan. De zorg is doorgaans minder arbeidsintensief dan voor jongere kinderen, waardoor de verzorgende gescheiden ouder deze eenvoudiger kan combineren met een betaalde baan.¹⁷ Dit levert *de facto* dus een langere alimentatieduur op wanneer het jongste kind van echtgenoten die langer dan 10 jaar getrouwd zijn onder de 7 jaar is, of wanneer de echtgenoten zeer kort gehuwd geweest zijn.

Een interessante vraag in de context van deze uitzondering is de vraag hoe het begrip ‘de uit het huwelijk van de echtgenoten geboren kinderen’ moet worden uitgelegd. In de wetsgeschiedenis is daarop geen antwoord te vinden. Twee kwesties verdienen de aandacht: 1) moeten de kinderen daadwerkelijk tijdens het huwelijk zijn geboren en 2) gaat het alleen om kinderen die tot beide echtgenoten in een familierechtelijke betrekkingen staan of kunnen bijvoorbeeld ook stief-, pleeg- of kleinkinderen die tot het gezin behoren worden gerekend tot ‘de kinderen die uit het huwelijk zijn geboren’? Ten aanzien van de eerste kwestie is van betekenis dat in het oorspronkelijke wetsvoorstel van de initiatiefnemers stond ‘de kinderen van de echtgenoten’.¹⁸ Dit impliceert dat sprake moet zijn van gemeenschappelijke kinderen, ongeacht wanneer zij worden geboren (dus ook voor de huwelijksluiting of na de echtscheiding). In de tweede nota van wijziging is door de initiatiefnemers de ‘kinderen van de echtgenoten’ echter vervangen door de ‘uit het huwelijk van de echtgenoten geboren kinderen’.¹⁹ Uit de wetgeschiedenis volgt niet duidelijk waarom deze zinsnede is gewijzigd en hoe de term ‘uit het huwelijk geboren kinderen’ moet worden uitgelegd. Waarschijnlijk is om wetstechnische redenen aansluiting gezocht bij bestaande terminologie uit het oude recht zoals die blijkt uit artikel 1:157 lid 6 oud. Waar het in die periode begrijpelijk was dat men niet direct aan grote aantallen buiten het huwelijk geboren kinderen van de latere echtgenoten dacht, is dat thans echter een ander verhaal. In het licht hiervan hadden initiatiefnemers moeten uitleggen wat onder de term ‘uit het huwelijk van de echtgenoten geboren kinderen’ moet worden verstaan. Gezien de definitie uit het oorspronkelijke wetsvoorstel lijkt aannemelijk dat gemeenschappelijke kinderen (dus ook de kinderen die vóór het huwelijk zijn geboren) worden aangemerkt als uit

17 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 231, nr. 9, p. 1-4 (nota naar aanleiding van het verslag); *Kamerstukken I* 2018/19, 34 231, C HERDRUK (memorie van antwoord), p. 17.

18 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 231, nr. 2, p. 3.

19 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 231, nr. 10, p. 2.

het huwelijk geboren. Stief-, pleeg- of kleinkinderen kunnen waarschijnlijk niet als gemeenschappelijke kinderen worden beschouwd. Vanuit het belang van het kind, waar ook de initiatiefnemers zelf naar verwijzen,²⁰ kan men vraagtekens zetten bij dit onderscheid.²¹ De ratio van de regel is immers rekening houden met het feit dat er zorg verleend wordt binnen het huwelijk en na de scheiding; op welke basis die zorg verleend wordt lijkt in dit verband minder relevant, zo lang het gaat om kinderen voor wie de echtgenoten een gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen.

De hardheidsclausule van artikel 157 lid 7 BW

Uit het voorgaande blijkt dat er ten aanzien van de uitzonderingen onduidelijkheid bestaat op enkele punten die waarschijnlijk met een aantal rechtszaken verhelderd zal zijn. Dat ligt bepaald anders voor de hardheidsclausule. Daar is het juist het idee dat het aan de rechterlijke macht is om invulling te geven aan deze nieuwe bepaling. Ook hier is er in de loop van het parlementaire debat nog een belangrijke aanwijzing doorgevoerd in de oorspronkelijk voorgestelde tekst. In een (gewijzigd) amendement van Van Nispen en Toorenburg is voorgesteld een duidelijk ander toetsingskader te bieden in het nieuwe artikel 1:157 lid dan het oude artikel 1:157 lid 5 BW. Een beroep op die laatste bepaling is namelijk niet vaak succesvol, omdat sprake moet zijn uitzonderlijke omstandigheden. De tekst van de nieuwe hardheidsclausule luidt als volgt: Indien ongewijzigde handhaving van de beëindiging van de uitkering ten gevolge van het verstrijken van de in het eerste tot en met vierde lid bedoelde termijn, *gelet op alle omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet kan worden gevergd* van degene die recht heeft op die uitkering, kan de rechter op diens verzoek alsnog een termijn vaststellen. Het verschil in de terminologie tussen de oorspronkelijke tekst van het wetsvoorstel en het aangenomen amendement is dat 'van zo ingrijpende aard' vervangen is door 'gelet op alle omstandigheden van het geval'. Dat is een duidelijk minder strenge toets.

Hiermee komt het streven om het aantal conflicten over alimentatie te reduceren op de tocht te staan. Te verwachten is namelijk dat veel alimentatiegerechtigden binnen de drie maanden-termijn na de beëindiging van de alimentatie op grond van artikel 157 lid 1-4, een poging zullen wagen met een verzoek gebaseerd op de hardheidsclausule. Hiervoor is in paragraaf 4 uiteengezet dat de hardheidsclausule een belangrijke rol kan spelen als reparatie voor onvoorziene of onwenselijke gevolgen van de nieuwe regelingen. Het is bijvoorbeeld onvoorstelbaar dat de wetgever echt bedoeld heeft dat alimentatiegerechtigden op leeftijd na tien jaar alimentatie in een financieel gat vallen, omdat hun AOW-uitkering (veel) later aanvangt. Ook de situatie van een lange

20 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 231, nr. 3, p. 14 (memorie van toelichting).

21 T.F.H. Reijnen, 'Het aangepaste voorstel tot beperking van alimentatie: zullen we er maar van afzien?', *WPNR* 2017, 7172, p. 933.

voorhuwelijkse relatie met voorhuwelijkse kinderen kan bij een scheve verdeling van werk en zorg leiden tot de noodzaak een beroep te doen op de hardheidsclausule. Het ligt in de lijn der verwachting dat de rechterlijke macht dergelijke verzoeken zal honoreren. Maar er zal een groot grijs gebied ontstaan, waar de feiten en omstandigheden van ieder geval afzonderlijk gewogen moeten worden. Voordat de jurisprudentie op dit punt enigszins uitgekristalliseerd is, zijn we zo jaren verder. De mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen is hier een interessante versnellingsoptie. Rechtszoekenden zijn niet gebaat bij rechtsonzekerheid, dus hoe eerder de uitleg die aan de bepaling gegeven wordt, helder is, hoe beter.

Waar heeft de wetgever zelf aan gedacht bij de hardheidsclausule? In de parlementaire stukken zijn vier situaties expliciet benoemd, die onder de hardheidsclausule kunnen vallen: 1) de zorg voor een gehandicapt of ernstig ziek (minder- of meerderjarig) kind; 2) mantelzorg voor andere (schoon)familieleden; 3) alimentatiegerechtigden, die aantoonbaar aan de alimentatieplichtigen hebben verzocht om zorgtaken voor de kinderen over te nemen, maar deze hebben dat geweigerd; 4) alimentatiegerechtigden die vóór of tijdens het huwelijk arbeidsongeschikt of ziek zijn geworden, waardoor zij in de voor hen geldende alimentatietermijn geen economische zelfstandigheid hebben kunnen bereiken.²² Opvallend is dat niet expliciet wordt vermeld de situatie waarin de alimentatiegerechtigde voor een zieke of gehandicapte alimentatieplichtige heeft gezorgd en daardoor minder of niet meer kon werken. Het ligt echter voor de hand dat ook in dat geval een beroep kan worden gedaan op de hardheidsclausule; dit valt dan onder de mantelzorgtaken voor familieleden.

Hoewel ook in het derde voorbeeld dat genoemd wordt, een duidelijk verband met zorg bestaat, is dit toch van een andere orde dan de andere voorbeelden. Het gaat om het geval waarin de alimentatiegerechtigde na de scheiding aantoonbaar aan de alimentatieplichtige heeft gevraagd om zorgtaken voor de kinderen over te nemen, waarop deze dat heeft geweigerd. Volgens de indieners van het amendement kwam bijvoorbeeld vanuit de rechtspraak naar voren dat het nogal eens gebeurt dat de niet-hoofdverzorgende ouder weigert om (bijvoorbeeld) gedurende de helft van de schoolvakanties de kinderen op te vangen, met het argument dat dit zich niet laat combineren met het werk.²³ Op het eerste gezicht lijkt het moeilijk om succesvol een beroep te doen op de hardheidsclausule, omdat de stel- en bewijsplicht bij de alimentatiegerechtigde liggen. Deze moet aantonen en zonedig bewijzen dat (1) aan de alimentatieplichtige is verzocht om zorgtaken over te nemen en dat (2) deze dat heeft geweigerd. Dit heeft met de werkelijkheid niet zoveel te maken. Moet via de mail of app bewijs worden vergaard? Ook al worden afspraken in het ouderschapsplan opgenomen, de achtergrond en totstandkoming van die afspraken meestal niet. Waarom er

22 *Kamerstukken I 2018/19, 34231, D HERDRUK, p. 6.*

23 *Kamerstukken I 2018/19, 34231, nr. 14.*

hier – in afwijking van de andere situaties waarin zorg verleend wordt voor familie – een extra vereiste is gesteld – namelijk dat de andere partner geweigerd heeft die zorg te verlenen, is niet helder. Een fundamentele vraag is hierbij of het enkele feit dat de alimentatiegerechtigde een veel grotere zorgtaak voor de kinderen heeft dan de ander, niet voldoende zou moeten zijn voor een beroep op de hardheidsclausule. Bedacht moet worden dat de speciale uitzondering van artikel 157 lid 4 doorgaans niet veel soelaas zal bieden. Het valt te bezien hoe de rechtspraak deze voorwaarde in de praktijk zal hanteren. Daarbij is relevant dat het in de meeste gevallen niet haalbaar zal zijn om bewijs te leveren, gelet op de realiteit van het afspraken maken. Ten tweede sluit de eis ook niet aan bij het doel van de ruimere hardheidsclausule in de nieuwe wet. De rechtspraak zal dus eerder uit de omstandigheden van het geval moeten afleiden of voldaan is aan deze voorwaarde.

Naast de door de wetgever zelf genoemde gevallen zullen waarschijnlijk ook andere situaties succesvol onder de hardheidsclausule gebracht kunnen worden. In aansluiting op het eerste voorbeeld (zorg voor een ernstig ziek of gehandicapt kind) rijst de vraag of ook andere situaties waarin extra zorg voor kinderen nodig is, een beroep op de hardheidsclausule rechtvaardigen als die zorg vooral door de alimentatiegerechtigde wordt verleend. In de literatuur wordt verwezen naar kinderen in hun pubertijd die (dreigen te) ontsporen, bijvoorbeeld die hun opleiding niet afmaken, verzeild raken in de criminaliteit of het loverboy circuit of verslaafd raken aan verdovende middelen.²⁴ In de parlementaire stukken is niet verwezen naar de situatie van meewerkende partners die zonder afdoende beloning werken in het bedrijf van de ander. Ook deze partner heeft bijgedragen aan het gemeenschappelijke belang van partijen. Gedacht kan ook worden aan huwelijken waarbij de ene partner alle zorgtaken op zich neemt, terwijl de andere partner, verantwoordelijk is voor de inkomsten.²⁵ Zeker als de ene partner een veeleisende baan van de andere heeft mogelijk gemaakt door een grotere rol thuis op zich te nemen, lijkt hier ruimte voor. Mijn verwachting is dat door het samenspel van niet helemaal goed geregelde uitzonderingen in samenhang met een hoofdregel van een sterk verkorte alimentatieduur zelfs in (veel) gevallen waarin die niet rechtvaardig en redelijk is, er vaak een beroep op de hardheidsclausule zal worden gedaan. In dit opzicht wordt het voor rechtszoekenden moeilijk om te weten waar ze aan toe zijn en is het voer voor juristen. Het conflictpotentieel is hiermee vergroot, en het recht wordt verder gecompliceerd.

24 Zie A.N. Labohm, 'Wet herziening partneralimentatie door de bril van de rechter', *EB* 2019/81, p. 184.

25 R. van Coolwijk, 'Wet herziening partneralimentatie door de bril van een advocaat', *FJR* 2019/44, afl. 9, p. 208; 'Reactie vFAS op wetsvoorstel herziening partneralimentatie' van 1 september 2015, in reactie op het oorspronkelijke wetsvoorstel, dus zonder amendement.

Slotbeschouwing

In deze bijdrage zijn een aantal belangrijke aspecten van de nieuwe Wet herziening partnernalimantatie aan bod gekomen. Alles overziend leidt dit tot een aantal overpeinzingen.

In de eerste plaats past deze wet in een langere ontwikkeling. De solidariteit van relaties wordt stapsgewijs verminderd. De huidige wet is primair ingegeven door de belangen van alimentatieplichtigen. De belangen van alimentatiegerechtigden zijn onvoldoende meegewogen. De hele slogan ‘korter, eerlijker en simpeler,’ het eenzijdig shoppen in argumenten en het negeren van feedback geven hier blijk van. De vraag is of dit uiteindelijk bezwaarlijk is, want zo zou men kunnen beargumenteren, zoals de initiatiefnemers ook doen, dit zou vrouwen verder kunnen helpen door hen snel na de scheiding financieel onafhankelijk te maken. Onderliggend gaat het hier om de fundamentele vraag hoe emancipatie, de waardering voor zorg binnen families, en de nog altijd ongelijke verdeling van werk en zorg gezien worden.²⁶ Na scheiding woont 70% van de kinderen voornamelijk bij de moeder.²⁷ Vrouwen gaan er na echtscheiding in koopkracht doorgaans sterk (21%) op achteruit (inclusief partner- en kinderalimentatie), terwijl mannen er doorgaans weinig (3%) op achteruit gaan (cijfers gepubliceerd in 2017 over de periode 2012-2014, dus onder het oude alimentatierecht). Uit cijfers gepubliceerd in 2019 komt naar voren dat ouderschap een van de oorzaken is voor inkomensverschillen tussen mannen en vrouwen. Hier lijken, aldus het CPB, voorkeuren en gevestigde rolpatronen voor vrouwen en mannen een belangrijke rol te spelen. In Nederland is de relatieve *child penalty*, het verlies in inkomen van vrouwen ten opzichte van mannen, 8 jaar na de geboorte van het eerste kind gemiddeld 39 procent. De daling van het inkomen wordt vooral gedreven door een daling in het gewerkte aantal uren. Het gemiddelde inkomen van moeders daalt sterk na de geboorte van het eerste kind, terwijl dat voor vaders niet zo is. Het verschil in de *child penalty* van moeders en vaders wordt niet kleiner naarmate de kinderen ouder worden. Juist in Nederland bestaat een sterke moedercultuur,²⁸ en is het anderhalfverdienersmodel dominant voor stellen met kinderen.²⁹ Deze cijfers laten zien dat van een gelijke verdeling van werk en zorg geen sprake is, en dat dit blijvende financiële gevolgen heeft voor de partners. Aangenomen dat we als maatschappij vinden dat daarvoor een

26 Zie bijvoorbeeld: J. Tigchelaar, *Gescheiden zorgen, Zorg en autonomie in het politiek-juridische debat over het alimentatierecht*, Den Haag 1999, Boom juridische uitgevers.

27 <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2018/18/3-op-10-vijftienjarigen-wonen-niet-met-beide-ouders> (laatste bericht geraadpleegd op 25 januari 2020).

28 Een cultuur waarin moeders als beste verzorgers worden gezien. Zie W. Portegijs e.a., ‘Wie zorgt er voor de kinderen?’, *Emancipatiemonitor* 2018, Den Haag 2018 SCP/CBS.

29 W. Portegijs e.a. 2018. Mannen werkten in 2017 gemiddeld 39 uur per week, en vrouwen 28. Vrouwen besteden meer tijd aan zorg, voor kinderen, maar ook voor oudere ouders. Het onderzoek laat zien dat stellen wel streven naar een gelijkwaardigere verdeling, maar dat slechts 20 procent daar ook daadwerkelijk in slaagt.

bepaalde mate van risicospreiding, of zo men wil, compensatie, wenselijk is, rijst de vraag hoe dat het beste bereikt zou kunnen worden. Deze kernvraag is onbeantwoord gebleven bij de herziening van het alimentatierecht, ook al is het emancipatievraagstuk her en der in het debat wel aan de orde gekomen. Als het uitgangspunt is dat we de risico's van ongelijksoortige investeringen tijdens en na de relatie rechtvaardig willen spreiden, is de vraag of dat met deze nieuwe wet gelukt is. In feite worden de risico's nu bij degenen die voor anderen zorgen neergelegd, met name in langdurende relaties en als er kinderen zijn. In dat kader is het jammer dat de grondslagen voor alimentatie niet zijn meegenomen in het uiteindelijke wetsvoorstel. Die grondslag is namelijk een wezenlijke vraag die beantwoord moet worden voordat kan worden vastgesteld wat een goede termijn is. In Europees verband is de termijn van vijf jaar extreem kort. In de meeste landen geldt geen termijn. Dit staat in schril contrast met het feit dat vrouwen in Nederland 'kampioen deeltijdwerken' zijn.

Tegelijkertijd vraag ik me af of partneralimentatie het goede middel is om het probleem van ongelijke investeringen en de risicospreiding op te lossen. In zekere zin is de inzet van het alimentatierecht vragen om problemen, omdat mensen die van elkaar af willen, noodgedwongen nog jaren financieel aan elkaar verbonden zijn. Door de grote betekenis van het wijzigingsbeginsel – als omstandigheden wijzigen bij een van beide partijen, heeft dat impact op de draagkracht en behoefte – is er een groot conflictpotentieel. Verder is de berekening ingewikkeld en vergaand gejuridiseerd en gespecialiseerd. Er zijn dus genoeg argumenten om kritisch naar de betekenis van het alimentatierecht te kijken. Zijn er andere manieren om dit probleem – een goede risicospreiding – eleganter op te lossen? Dat brengt ons ook bij de rol van de staat afgezet tegen die van individuen. Met deze wet worden de risico's verlegd ten gunste van de alimentatieplichtige, zonder dat de staat een andere rol gaat spelen. Dat doet bepaald geen recht aan de ontwikkelingen en cijfers.

Een tweede overpeinzing betreft een reflectie op het verloop van de wetsherziening zelf. Duidelijk is geworden dat deze wet geen schoonheidsprijs verdient. De cruciale onderbouwing voor gemaakte keuzes ontbreekt, en de wet is niet goed doordacht. Deze wet is het resultaat van het recht van initiatief dat een belangrijk recht is in het speelveld van bevoegdheden tussen Kamer en regering. In het familierecht wordt er vaak gebruik van gemaakt. Zo is ook de recente herziening van het huwelijksvermogensrecht het resultaat van de acties van Kamerleden, die werden bijgestaan door een aantal wetenschappers. Daar komt in het onderhavige geval nog een tweede belangrijke factor bij: aanvankelijk werd het complete partneralimentatierecht op de schop genomen, maar uiteindelijk heeft de wijziging vooral betrekking op de duur van de alimentatie. Daardoor sluiten de Kamerstukken en het advies van de Raad van State niet meer aan op het eindelijke wetsvoorstel en is niet duidelijk of datgene wat in de belangrijke nota's van wijziging is uitgesproken ook geldt voor de uitgekilde wet.

Een derde punt van aandacht heeft betrekking op de noodzaak van gedegen onderzoek voorafgaand aan grote wetwijzigingen.³⁰ Waar in sommige landen een uitgebreide studie voorafgaat aan ingrijpende herzieningen van het recht, en cijfers beschikbaar zijn, zijn we hier nog ver van dat ideaal verwijderd.³¹ In het Kamerdebat is wel gevraagd om onderzoek naar de grote verschillen tussen mannen en vrouwen qua arbeid en zorg, maar dit komt als mosterd na de maaltijd.³² Ook wordt thans een onderzoek uitgevoerd naar alimentatie, maar ook dit had *voorafgaand* aan de invoering moeten plaatsvinden.

Tot slot: het is een feit dat we nu met deze wet te maken hebben, maar dat ontslaat ons niet van de verplichting om na te denken over de kernvraag hoe we als maatschappij omgaan met zorg voor kwetsbare mensen en de nog altijd grote verschillen tussen mannen en vrouwen die zich hierbij voordoen. Of het antwoord op die vraag in het partnernalimenterrecht ligt, waag ik te betwijfelen. Niet alleen levert het een hoop gedonder op – zeker nu de wet technisch niet goed in elkaar steekt en de hardheidsclausule een grote rol zal gaan spelen, waarmee de juridisering wordt doorgezet – maar ook valt een hele grote groep van ongehuwde samenlevers buiten het bereik van deze bescherming. Het wordt tijd om over andere opties na te denken.

30 K. Boele-Woelki e.a., 'De facto ongelijkheid tussen vrouwen en man, arbeid en zorg, mede in relatie tot het alimentatiestelsel', in K. Boele-Woelki en S. Burri (red.), *De rol van de staat in familierelaties: meer of minder?* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 33-71; W.M. Schrama, Verschil moet er zijn: over gelijkheid in het familierecht, FJR 2016/22, p. 89-94.

31 M. Maclean, 'Families', in P. Cane & H.M. Kritzer (red.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press 2010, p. 285-307.

32 *Kamerstukken II* 2018/19, 34231, nr. 17 (motie van het lid Buitenweg), *Kamerstukken II* 2018/19, 29544 nr. 853.

Op het snijvlak van nationaliteitsrecht en (internationaal) familierecht

René de Groot & David de Groot¹

Inleidende opmerkingen

Deze bijdrage gaat over problemen op het snijvlak van het nationaliteitsrecht en het familierecht (inclusief het IPR familierecht). De werking van verwervings- en verliesgronden van de nationaliteit is heel vaak afhankelijk van de beantwoording van familierechtelijke voorvragen.²

Als de nationaliteit kan worden verworven door afstamming, moet worden vastgesteld dat die afstammingsrelatie inderdaad bestaat.³ Ook voor de mogelijke uitoefening van bepaalde optierechten⁴ kan een familierechtelijke relatie een rol spelen.⁵ Bij de regeling van de naturalisatie kunnen we constateren dat men op grond van een afstammingsrelatie of het gehuwd zijn met een Nederlander dan wel een geregistreerde partner zijn van een Nederlander sneller in aanmerking komt voor verwerving van het Nederlanderschap.⁶ Voor de mede-naturalisatie van minderjarige kinderen van een genaturaliseerde is uiteraard ook essentieel dat de afstammingsrelatie vaststaat.⁷

Maar ook voor de werking van sommige bepalingen betreffende verlies van nationaliteit kan het al dan niet bestaan van een afstammingsrelatie dan wel een huwelijk of geregistreerd partnerschap cruciaal zijn. Het wegvallen van een familierechtelijke betrekking waarop de verwerving van het Nederlanderschap berust, kan leiden tot het

- 1 Em. Prof. mr. René de Groot is emeritus hoogleraar rechtsvergelijking en internationaal privaatrecht aan de Universiteit Maastricht; David de Groot is promovendus aan de Universiteit van Bern.
- 2 Zie over de problematiek van de voorvragen in het nationaliteitsrecht G.R. de Groot, *Inleiding Nationaliteitsrecht*, aant. 3.2 en 3.7, in de editie Personen- en familierecht, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- 3 Voor de RwNed is dat het geval voor de werking van art. 3 lid 1 en 3, art. 4, alsmede voor art. 5-5c.
- 4 Ingeval van uitoefening van een optierecht op de Nederlandse nationaliteit wordt een niet-Nederlander door bevestiging van de door deze afgelegde optieverklaring Nederlander. Deze verkrijging van het Nederlanderschap via optie gaat veel sneller en is zeer aanzienlijk goedkoper dan door naturalisatie.
- 5 Dat is het geval bij het optierecht van een door een Nederlander erkend kind (art. 6 lid 1 onder c RwNed), voor het optierecht van de echtgenoot of geregistreerd partner van een Nederlander (art. 6 lid 1 onder g RwNed), alsmede voor het optierecht van de kinderen en kleinkinderen van een oorspronkelijk Nederlandse (groot)moeder (art. 6 lid 1 onder i-o RwNed).
- 6 Zie art. 8 lid 2 RwNed.
- 7 Art. 11 RwNed.

verlies van de nationaliteit door een minderjarige.⁸ Als een ouder het Nederlanderschap verliest kan dit ook tot gevolg hebben dat een minderjarig kind in dat verlies deelt, zo lezen we tenminste in art. 16 Rijkswet op het Nederlanderschap (hierna: RwNed).

In deze bijdrage zullen een aantal problemen in het Nederlandse recht op het snijvlak van het nationaliteitsrecht en het (internationaal) familierecht kritisch worden besproken. Alvorens dat te doen (par. 3), zal allereerst worden bekeken welke regels er in internationale verdragen en andere internationale documenten bestaan over de relatie tussen het nationaliteitsrecht en familierecht (par. 2). Daarbij zal ook aandacht worden geschonken aan internationale en Europese rechterlijke beslissingen.

Internationale standaards

Verwerving nationaliteit en afstamming

Art. 6 lid 1 onder a Europees Verdrag inzake Nationaliteit uit 1997 bepaalt,⁹ dat een kind de nationaliteit van zijn ouder(s) verwerft, maar dat een Staat uitzonderingen mag maken voor in het buitenland geboren kinderen en voor kinderen die buiten huwelijk worden geboren:

‘Elke Staat die Partij is, regelt in zijn nationale wetgeving dat zijn nationaliteit van rechtswege kan worden verkregen door de volgende personen:

a. kinderen van welke een van de ouders op het tijdstip van de geboorte van die kinderen de nationaliteit van die Staat die Partij is, bezit, behoudens eventuele uitzonderingen die in de nationale wetgeving zijn voorzien voor in het buitenland geboren kinderen. Ten aanzien van kinderen met betrekking tot welke het ouderschap is vastgesteld door erkenning, rechterlijke uitspraak of soortgelijke procedures kan elke Staat die Partij is bepalen dat het kind zijn nationaliteit verkrijgt overeenkomstig de in zijn nationale wetgeving vastgelegde procedure;’

Van het eerste type uitzonderingen maakt het Nederlandse recht geen gebruik. Het tweede soort uitzonderingen bestaat wel in het Nederlandse nationaliteitsrecht, voor wat de verwerving van het Nederlanderschap door het door een Nederlander erkende kind betreft. Slechts als het kind op het moment van de erkenning nog niet de leeftijd van zeven jaar heeft bereikt, verwerft het door de erkenning meteen het Nederlanderschap. Als het kind ten tijde van de erkenning al wel zeven jaar of ouder is, maar nog

8 Art. 14 lid 6 RwNed. Zie daarover uitvoerig G.R. de Groot, ‘Verlies van de nationaliteit wegens het wegvallen van familierechtelijke betrekking’, in: Katharina Boele-Woelki (red.), *Actuele ontwikkelingen in het familierecht*, Negende UCERF symposium, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 89-111.

9 CETS 166; voor Nederland in werking sinds 1 juli 2001.

wel minderjarig, dan wordt het Nederlander, mits binnen een jaar door een DNA-rapport de genetische waarheid van de afstamming wordt aangetoond.

Het is evenwel zeer twijfelachtig of de Nederlandse regeling wel in overeenstemming met het Europees Verdrag is. Dat blijkt uit Beginsel 11 van Aanbeveling 2009/13 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa.¹⁰ Dit beginsel 11 is niet nieuw maar herhaalt simpelweg artikel 6 lid 1 onder a van het Europees Verdrag inzake Nationaliteit. Het Toelichtend Memorandum (Nr. 28) beklemtoont dat deze herhaling van een bestaande verdragsbepaling nodig is:

'because several member states, including member states which ratified the ECN, do not completely implement the rules enshrined in that provision of the Convention. [...] The aim of that procedure can be to establish e.g. whether a foreign decision on parentage can be recognised. However, some States require additional substantive conditions to be fulfilled. Often these conditions are based on the assumption that a child whose family relationship with the father is not based on marriage will be less likely to develop genuine and effective ties with the state of nationality of this father or based on the desire to avoid sham recognitions. For those reasons some States require, that the child concerned has his or her habitual residence in the State before he or she can be registered as a national or requiring evidence on the biological truth of the recognition. The [Explanatory Memorandum] underscores, that these substantive conditions do not conform to the provisions of the ECN.'

Dit is duidelijke taal, waaruit volgt dat de Nederlandse regeling niet in overeenstemming is met het Europees Verdrag. Daar komt nog iets bij: sinds de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *Genovese tegen Malta* van 11 oktober 2011¹¹ is het absoluut duidelijk, dat een verschillende behandeling van buiten huwelijk geboren kinderen in vergelijking met binnen huwelijk geboren kinderen ten aanzien van hun toegang tot de nationaliteit van hun vader een schending oplevert van art. 14 juncto art. 8 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens.¹²

10 G.R. de Groot, Strengthening the position of children: Council of Europe's Recommendation (2009)13, in: Erik Witjens e.a. (red.), *E hof di ley*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 467-493.

11 Application 53124/09.

12 In G.R. de Groot, Annotatie onder Europese Hof van de Rechten van de Mens 11 oktober 2011, *European Human Rights Cases* 2012, nr. 11, p. 125-134 wordt daarom betoogd, dat de regel van art. 4 RWNed dat een buitenlands minderjarig kind dat door een Nederlander wordt erkend nadat het al de leeftijd van zeven jaar heeft bereikt, slechts Nederlander wordt wanneer de biologische waarheid van de erkenning door een DNA-rapport wordt aangetoond, in strijd is met *Genovese tegen Malta*. Zie verder hierover hierna onder *Erkenning van kind ouder dan zeven jaar door een Nederlandse vader*.

Nationaliteit en huwelijk/ geregistreerd partnerschap

Sinds het Verdrag inzake de nationaliteit van de gehuwde vrouw van 1957¹³ was het duidelijk dat het automatisch verlies van haar nationaliteit door huwelijk niet meer aanvaardbaar is. Hetzelfde gold voor het automatisch verwerven van de nationaliteit van haar echtgenoot door een gehuwde vrouw. Dat Verdrag trad voor Nederland in werking in 1966, nadat de Nederlandse wetgeving was aangepast in 1963. Tussen 1963 en 1985 had de buitenlandse vrouw die met een Nederlander in het huwelijk trad nog wel een optierecht op het Nederlanderschap van haar echtgenoot.

Sinds 1979 bepaalt art. 9 van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen,¹⁴ dat een huwelijk noch de ontbinding daarvan automatische gevolgen voor de nationaliteit van een echtgenoot mag hebben. Het is wel toegestaan om de verwerving van de nationaliteit door een echtgenoot/echtgenote te faciliteren. De wenselijkheid daarvan wordt uitdrukkelijk aangegeven in art. 6 lid 4 onder a Europees Verdrag inzake Nationaliteit. In Nederland gebeurt dat onder meer door te voorzien in een vrijstelling van de afstandseis voor de echtgenoten/geregistreerde partners van een Nederlander (zie art. 8 lid 2 RwNed). Bovendien bepaalt de Rijkswet op het Nederlanderschap sinds 2003 dat geen verlies van het Nederlanderschap optreedt ingeval van vrijwillig verwerven van een vreemde nationaliteit als deze de nationaliteit van de echtgenoot/geregistreerde partner is (zie art. 15 lid 2 RwNed). Deze uitzondering is geïnspireerd door het uit 1993 daterende Tweede Protocol behorend bij het Verdrag van Straatsburg uit 1963 betreffende beperking van gevallen van meervoudige nationaliteit.¹⁵

Verlies van nationaliteit door kinderen

Ten aanzien van het verlies van de nationaliteit door kinderen is grote voorzichtigheid geboden. Het stond al geruime tijd vast dat in beginsel geen staatloosheid mocht optreden ingeval van verlies van de nationaliteit door een minderjarige (zie art. 5 van het Verdrag tot beperking der staatloosheid uit 1961¹⁶ en art. 7 lid 2 Europees Verdrag inzake Nationaliteit). Voorafgaand aan de intrekking van een naturalisatie wegens fraude van een mee-genaturaliseerde minderjarige was sinds de uitspraak van het Europese Hof van Justitie in de zaak *Rottmann* uit 2010 duidelijk, dat voor een kind een altijd aparte evenredigheidsstoets zou moeten worden toegepast.¹⁷

13 UNTS 309,65; voor Nederland in werking op 6 november 1966.

14 UNTS 660, 195; voor Nederland in werking sinds 22 augustus 1991.

15 Zie CETS 149, respectievelijk CETS 043; voor Nederland in werking sinds 19 juli 1996.

16 UNTS 989, 175; voor Nederland in werking sinds 11 augustus 1985.

17 Zie annotatie G.R. de Groot onder Hof van Justitie 2 maart 2010 (in re: Janko Rottmann), in: H. Battjes en K.M. Zwaan (ed.), *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 2010, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, nr. 93, p. 549-557.

Dat het onaanvaardbaar is dat een minderjarig kind automatisch deelt in het verlies van de nationaliteit door een ouder, is sinds 12 maart 2019 absoluut duidelijk sinds de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak *Tjebbes e.a.*¹⁸ Ook bij het automatisch verlies van het Nederlanderschap door een minderjarige wegens het wegvallen van de familierechtelijke betrekking waarop de verwerving van de Nederlandse nationaliteit berustte, kan sinds de uitspraak *Tjebbes* een groot vraagteken worden gesteld.

Enkele problematische gevallen in het Nederlandse nationaliteitsrecht

In deze paragraaf zullen een viertal problematische gevallen aan de orde komen. Achtereenvolgens wordt aandacht besteed aan 1) kinderen geboren uit een polygame relatie van hun Nederlandse vader, 2) kinderen erkend door een Nederlander nadat ze de leeftijd van zeven jaar hebben bereikt, 3) kinderen erkend door een gehuwde Nederlander en tenslotte 4) verlies van het Nederlanderschap door een Nederlandse vrouw wegens het verwerven van de nationaliteit van haar buitenlandse echtgenoot, omdat dit huwelijk in Nederland niet wordt erkend.

Kind geboren uit een polygame relatie van een Nederlandse vader

Problematisch is de nationaliteitsrechtelijke rechtspositie van uit een bigame huwelijk geboren kinderen van een Nederlandse vader. De Hoge Raad hield zich met deze problematiek bezig in een uitspraak van 19 mei 2017.¹⁹ Ook een viertal uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State uit november/ december 2017 gaan over deze materie.²⁰ In alle vier zaken volgt de Afdeling Bestuursrechtspraak de lijn die al werd uitgestippeld door de Hoge Raad.

De Hoge Raad onderstreepte dat als een kind geboren wordt in het buitenland uit een bigame huwelijksrelatie van zijn Nederlandse vader, en er conform buitenlands recht een familierechtelijke afstammingsrelatie bestaat tussen dit kind en de Nederlandse vader, er aan de hand van art. 10:100 en 101 BW moet worden nagegaan of deze afstamming in Nederland kan worden erkend. Daarbij is de vraag of het huwelijk tussen de ouders wegens het bigame karakter daarvan erkend kan worden niet als dusdanig relevant, maar die bigamie speelt niettemin een doorslaggevende rol bij de beantwoording van de vraag of de erkenning van de afstammingsrelatie in strijd met de openbare orde is. Gevolg daarvan is dat de erkenning van de vaderlijke afstamming van het uit een tweede simultane huwelijk geboren kind in strijd is met de openbare orde, *zolang* de bigame huwelijken naast elkaar bestaan. Wordt het eerste huwelijk

18 G.R. de Groot, Beschouwingen over het HvJ EU-arrest *Tjebbes*, *Asiel- en Migrantenrecht* 2019, p. 196-203.

19 HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942.

20 Zie ABRvS 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3009. Soortgelijke uitspraken deed de Afdeling 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3024; en 15 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3120.

evenwel ontbonden, dan kan *vanaf dat moment* de vaderlijke afstamming van de uit de tweede huwelijksrelatie geboren kinderen worden erkend. Maar dat maakt deze kinderen nog niet tot Nederlanders. Art. 2 en 3 RwNed verzetten zich er volgens de Hoge Raad tegen dat aangenomen wordt dat het Nederlanderschap met terugwerkende kracht op het moment van geboorte wordt verkregen, of dat dit gebeurt op het ogenblik dat de vaderlijke afstamming wordt erkend wegens het wegvallen van het eerste huwelijk.

De vraag komt op wat de consequenties van deze uitspraak van de Hoge Raad zijn voor de wijze waarop een uit een bigame relatie van de vader geboren kind, nadat de afstammingsrelatie wel kan worden erkend, toegang tot het Nederlanderschap heeft. In een uitspraak van de Raad van State van 6 december 2017 stond de nationaliteitsrechtelijke positie van een kind centraal dat in 2007 geboren was in Pakistan, als zoon van een vóór zijn geboorte tot Nederlander genaturaliseerde Pakistaanse man en zijn tweede echtgenote van Pakistaanse nationaliteit. Het simultaan bestaande eerste huwelijk werd een jaar na de geboorte van het kind door echtscheiding ontbonden. De Familiekamer van de Rechtbank Den Haag besliste op 12 februari 2015 dat de vaderlijke afstammingsrelatie moest worden erkend.²¹ Vervolgens besliste de bestuursrechter van de Rechtbank Den Haag op 17 mei 2016 dat deze erkenning op één lijn moest worden gesteld met een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap,²² zodat het Nederlanderschap door het kind is verworven ex art. 4 RwNed. Daartegen voerde de minister onder meer aan dat dit in strijd is met het limitatieve karakter van de verwervingsgronden van het Nederlanderschap. De minister stelde ook dat de rechtbank ten onrechte ervan uit ging dat het onmogelijk was om alsnog het vaderschap gerechtelijk te laten vaststellen, terwijl bovendien verkrijging van het Nederlanderschap door erkenning van het vaderschap mogelijk zou zijn (r.o. 5.1).

De Afdeling Bestuursrechtspraak kwam tot de conclusie dat het hoger beroep gegrond is, maar overweegt dat hetgeen de minister verder heeft aangevoerd geen bespreking meer behoeft. Vervolgens volgt de Afdeling minutieus de redenering van de Hoge Raad van 19 mei 2017 en concludeert na enige royale citaten daaruit dat ‘het betoog faalt’.

Klopt het echter wel dat na het wegvallen van het polygame karakter van het huwelijk, de vader alsnog zijn vaderschap gerechtelijk kan laten vaststellen dan wel tot erkenning van het kind kan overgaan? Kan een juridische vader – en dat is de man nadat de bigame situatie is beëindigd ook naar Nederlands recht – nog eens zijn vaderschap laten vaststellen, dan wel zijn eigen kind nog eens erkennen? Tussen 2003 en 2006 was hierover een stevige discussie, toen erkenning sinds 1 april 2003 geen rechtsgevolg voor de nationaliteit had en gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wel. Aan

21 Rb. Den Haag 12 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16713.

22 Rb. Den Haag 17 mei 2016 ECLI:NL:RBDHA:2016:5785.

diverse rechters werd toen de vraag voorgelegd of nadat een man zijn vaderschap had erkend, dit vaderschap nog met het oog op het nationaliteitsgevolg kon worden bevestigd door gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. De rechterlijke macht was daarover zeer verdeeld.²³ De Hoge Raad is destijds niet toegekomen aan het definitief beslechten van die discussie. Het probleem is destijds op een alternatieve wijze opgelost door te beslissen dat een erkenning plus DNA-bewijs van de biologische waarheid ook verwerving van het Nederlandschap bewerkstelligde.²⁴ Overigens is de vraag of gerechtelijke vaststelling van het reeds erkende vaderschap, respectievelijk erkenning van de ook al naar Nederlands recht bestaande afstammingsrelatie, inmiddels impliciet door de Afdeling Bestuursrechtspraak is beantwoord in de uitspraak van 8 november 2017,²⁵ waar zij in r.o. 5.1 overweegt: ‘Evenmin is in geschil dat [appellant] het kind inmiddels heeft erkend en de minister op grond van die erkenning alsnog een Nederlands paspoort voor het kind heeft afgegeven’.

Een uiterst interessante overweging, als we aannemen dat die erkenning heeft plaatsgevonden nadat het bigame karakter van het huwelijk tussen de ouders is weggevallen: een erkenning van een kind door een man die juridisch al vader van dat kind is!²⁶ Laten we hopen dat de Hoge Raad deze visie deelt.

Erkenning van kind ouder dan zeven jaar door een Nederlandse vader

Boven werd in paragraaf 2.1 al vermeld dat de erkenning van een niet-Nederlands kind door een Nederlander slechts automatisch verkrijging van het Nederlandschap tot gevolg heeft, als het kind nog niet de leeftijd van zeven jaar heeft bereikt. Is het kind ouder, dan moet binnen een jaar DNA-bewijs van de afstamming worden overgelegd. Gebeurt dat niet, dan is er weliswaar sprake van een rechtsgeldige afstamming van een Nederlander, maar deze heeft dan niet de verwerving van de Nederlandse nationaliteit tot gevolg.

Waartoe dit kan leiden, blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad van 31 maart 2017.²⁷ In die uitspraak ging het om de nationaliteitsrechtelijke positie van een Su-

23 Zie daarover onder meer G.R. de Groot/K. Saarloos, ‘Erkenning en gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. De valkuil van de Rijkswet op het Nederlandschap’, *Migrantenrecht* 2004, p. 252-258, alsmede Saarloos, ‘De valkuil van de Rijkswet op het Nederlandschap (2)’, *Migrantenrecht* 2005, p. 157-160 en Saarloos, ‘Gerechtelijke vaststelling vaderschap na erkenning’, *Burgerzaken & Recht* 2005, p. 55-59.

24 HR 26 januari 2007 (JV 2007/163 (= R05/125HR in re David Kock/Jimenez)).

25 ABRvS 8 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3009.

26 Ook de Rb. Den Haag 27 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14425 kwam tot de conclusie dat na het wegvallen van het polygame karakter van het huwelijk erkenning of gerechtelijke vaststelling vaderschap mogelijk is met oog op de werking van art. 4 RwNed, ook als de familierechtelijke betrekking al wordt erkend.

27 Zie annotatie G.R. de Groot onder Hoge Raad 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:570, *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2017, nr. 570.

rinaamse jongeman, die als bijna zeventienjarige werd erkend door een Nederlandse man. Hij verwierf daardoor niet de Nederlandse nationaliteit, want sinds 2009 bepaalt art. 4 lid 4 RwNed dat een door een Nederlander erkende minderjarige die ouder dan zeven jaar is, uitsluitend het Nederlanderschap verkrijgt als *binnen een jaar* na de erkenning door middel van een DNA-rapport wordt aangetoond dat de erkenning conform de biologische waarheid was. In casu werd een dergelijk rapport overgelegd, maar wel ruim twee maanden te laat.

De Hoge Raad overwoog dat de achtergrond van deze termijn de wens is om de onzekerheid over het verwerven van het Nederlanderschap van korte duur te doen zijn. Ons hoogste rechtscollege onderstreepte vervolgens dat niet gezegd kan worden dat die termijn in het licht van de mogelijkheid om dat bewijs te verkrijgen of van de duur van die periode van onzekerheid, een onredelijke termijn is en dat het kind in kwestie daarom niet het Nederlanderschap heeft verworven.²⁸

Dit is absoluut niet overtuigend. Onzekerheid is natuurlijk altijd onaangenaam, maar in casu toch in de allereerste plaats voor het erkende kind. Om ter bescherming van dit kind tegen onzekerheid het Nederlanderschap te onthouden omdat het DNA-rapport twee maanden te laat op tafel wordt gelegd, is ten opzichte van het kind in hoge mate disproportioneel. Welk belang de Nederlandse overheid heeft bij een dergelijke beslissing ontgaat de auteurs volstrekt.

Dat een overtuigende reden voor het stellen van de termijn van een jaar ontbreekt, blijkt ook uit overgangsbepaling II lid 1 onder b uit de op 1 maart 2009 in werking getreden Rijkswet van 27 juni 2008, Stb. 270. Tussen 1 april 2003 en 1 maart 2009 was aan de erkenning door een Nederlandse man nooit verwerving van het Nederlanderschap gekoppeld. Per 1 maart 2009 werd de thans in art. 4 RwNed neergelegde regeling ingevoerd. Voor niet-Nederlandse kinderen die sinds 1 april 2003 door een Nederlandse man zijn erkend, voorziet de overgangsregeling in een optierecht. Indien het kind op het moment van erkenning nog niet de leeftijd van zeven jaar had bereikt, verwerft het kind de Nederlandse nationaliteit door bevestiging van een daartoe strekkende optieverklaring. Was het kind ten tijde van de optieverklaring al ouder dan zeven jaar, dan wordt het Nederlanderschap uitsluitend verworven indien bij het afleggen van de optieverklaring bewijs van de biologische waarheid van het vaderschap wordt geleverd middels een DNA-rapport opgemaakt door een geaccrediteerd instituut. Was het kind naar buitenlands recht gewettigd en wordt die wettiging naar Nederlands recht erkend, dan wordt het Nederlanderschap verworven door bevestiging van een optieverklaring zonder dat bewijs van de biologische waarheid van de afstammingsrelatie hoeft te worden geleverd.

28 Zie HR 31 maart 2017, r.o. 3.3.8, alsmede *Kamerstukken II 2005-2006*, 30584 (R1811), nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 7.

Het onderhavige optierecht is niet in de tijd beperkt. Ook als het kind inmiddels meerderjarig is, kan worden geopteerd. Weliswaar moet het DNA-rapport tezamen met de optieverklaring worden gepresenteerd, maar het optierecht zelf is niet in de tijd beperkt, zodat betrokkene een zee van tijd heeft om een DNA-rapport te kunnen laten opmaken en vervolgens gewapend met dat document de optieverklaring kan afleggen. Waarom is het dan nodig om bij de toepassing van art. 4 RwNed zo streng te zijn?

Erkenning van kind door gehuwde Nederlandse vader

Tot 1 april 2014 mocht een Nederlandse gehuwde man geen kind erkennen, tenzij de rechter vooraf een nauwe persoonlijke betrekking (*family life*) had vastgesteld. Sinds 1998 bepaalde art. 1:204 onder e Nederlands BW:

‘De erkenning is nietig, indien zij is gedaan: [...] e. door een op het tijdstip van de erkenning met een andere vrouw gehuwd man, tenzij de rechtbank heeft vastgesteld dat aannemelijk is dat tussen de man en de moeder een band bestaat of heeft bestaan die in voldoende mate met een huwelijk op één lijn valt te stellen of dat tussen de man en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat;’

Per 1 april 2014 is deze beperking geschrapt.

Vóór 1998 was de regeling betreffende de erkenning door een gehuwde man anders geformuleerd: art. 1:224 Nederlands BW bepaalde dat een erkenning door een gehuwde man, wiens huwelijk meer dan 306 dagen voor de geboortedag van het kind is voltrokken, nietig is. Een overeenkomstige bepaling stond destijds in art. 330 lid 1 van het BW van de Nederlandse Antillen. De per 1 april 1998 (Wet van 24 december 1997, Stb. 1997, 772) in Nederland gerealiseerde wijziging beoogde de regeling van het verbod van erkenning door een gehuwde man in overeenstemming te brengen met artikel 8 EVRM. Een complicatie is dat de ontwikkeling in de Nederlandse Antillen en Aruba anders verliep. In het aldaar per 15 januari 2001 ingevoerde Boek 1 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek ontbrak een verbod van erkenning door een gehuwde man.²⁹ Daar stond echter tegenover dat artikel 1:204 onder e BWNA een erkenning na het verstrijken van de wettelijke termijn van aangifte van de geboorte van het kind als nietig aanmerkt ‘tenzij aannemelijk is dat de man de biologische vader van het kind is of dat tussen de man en het kind een nauwe persoonlijke betrekking is ontstaan’.

In Nederland moeten met betrekking tot het erkenningsverbod voor de gehuwde man daarom drie periodes worden onderscheiden: 1) de tijd tot 1 april 1998; 2) 1

²⁹ In Aruba werd eenzelfde wijziging gerealiseerd per 1 januari 2002.

april 1998 tot 1 april 2014; en 3) de tijd sinds 1 april 2014. Voor de Nederlandse Antillen, respectievelijk Aruba ligt dit anders, omdat daar het erkenningsverbod voor de gehuwde man al eerder is geschrapt (op 15 januari 2001, respectievelijk 1 januari 2002). Treurig is dat geen van de wijzigingen door overgangsrechtelijke bepalingen werden begeleid.

Het erkenningsverbod werkte ook door in het IPR. Op grond van art. 10:100 lid 1 onder c juncto 101 lid 2 onder a BW (tot 2012 art. 9 en 10 Wet Conflictenrecht Afstamming) is de erkenning van een kind in het buitenland door een Nederlander, die naar Nederlands recht dit kind niet kan erkennen, in strijd met de openbare orde. Het zal duidelijk zijn dat deze bepaling met name relevant was voor de erkenning door gehuwde Nederlandse mannen. Doordat een dergelijke erkenning naar Nederlands recht nietig was, werd door een dergelijk kind niet de Nederlandse nationaliteit verworven.

In de loop der jaren zijn in de rechtspraak diverse oplossingen ontwikkeld om op het eerste gezicht nietige erkenningen door gehuwde Nederlandse mannen niettemin als geldig aan te merken.³⁰

- a. Waar de Hoge Raad op 10 november 1989³¹ al had aangenomen, dat een ongeclauseerd erkenningsverbod door de gehuwde vader in strijd was met art. 8 EVRM indien de rechter had geconstateerd dat er sprake was van een nauwe persoonlijke betrekking (*family life*), werd door de Hoge Raad op 28 april 2006³² onderstreept dat het bestaan van een dergelijk *family life* in een IPR context ook achteraf kon worden vastgesteld door de rechter teneinde tot de geldigheid van de erkenning te concluderen.
- b. De erkenning kan ook worden gered door ‘bezit van staat’.³³ Zulks bleek voor het eerst uit de beslissing van de Hoge Raad van 9 maart 2012.³⁴

30 Zie daarover G.R. de Groot, Rechts(on)zekerheid in het nationaliteitsrecht, *Asiel- en Migrantenrecht* 2019, december-nummer.

31 HR 10 november 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AC1689, NJ 1990/450.

32 HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9237, NJ 2006/557. Zie ook G.R. de Groot, Annotatie onder Hoge Raad 28 april 2006, in: H. Battjes en K.M. Zwaan (ed.), *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 2006, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, nr. 94, p. 503-511.

33 De gevolgen van “bezit van staat” is geregeld in art. 1:209 BW: “Iemands afstamming volgens zijn geboortakte kan door een ander niet worden betwist, indien hij een staat overeenkomstig die akte heeft.” Die staat kan blijken uit het feit dat een man een bepaald kind altijd als zijn kind heeft behandeld en ook anderen ervan uit gingen, dat dit het kind van die man was.

34 Zie G.R. de Groot, annotatie onder Hoge Raad 9 maart 2012, LJN: BU9884, in: H. Battjes en K.M. Zwaan (red.), *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 2012, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, nr. 94, p. 631-634.

- c. In HR 30 januari 2015³⁵ werd een aanvankelijk nietige erkenning via een bekrachtiging geacht geldig te zijn.
- d. In HR 19 januari 2018³⁶ werd aangegeven, dat het ongeclausuleerde erkenningsverbod ook een ontoelaatbare inbreuk kon opleveren op het door art. 8 lid 1 EVRM beschermde privéleven (*private life*) van de verwekker en op dat van het kind.

Hoe liggen echter de kaarten, als geen van de bedoelde constructies ertoe leidt, dat de buitenlandse erkenning kan worden erkend? Uit de zonet vermelde uitspraak van de Hoge Raad van 19 januari 2018 blijkt dat, nu het erkenningsverbod inmiddels is geschrapt (voor de Nederlandse Antillen in 2001, voor Aruba per 1 januari 2002 en in Nederland in 2014), dit impliceert dat nu de destijds nietige erkenning kan worden erkend. De Hoge Raad kwam daarom tot de conclusie dat – voor erkenning in de Nederlandse Antillen – geldt dat de buitenlandse erkenning per 15 januari 2001 rechtsgevolgen heeft. Voor erkenning in Aruba is dit zo vanaf 1 januari 2002 en in het Europese deel van het Koninkrijk geldt dit vanaf 1 april 2014. Maar dit met vertraging opgetreden erkenningseffect heeft volgens de Hoge Raad geen nationaliteitsgevolg. Op het moment van erkenning van een niet-Nederlands kind door een Nederlander in het buitenland *kan* art. 4 RwNed verwerving van de Nederlandse nationaliteit bewerkstelligen. Maar dat kan uitsluitend het geval zijn als *op dat moment* vaststaat, dat erkenning van de erkenning niet conflicteert met de Nederlandse internationale openbare orde. Als de erkenning pas op een later moment effect heeft, werkt art. 4 RwNed niet. Dit is in lijn met de jurisprudentie over de rechtspositie van een uit een bigame relatie van de vader geboren kind, nadat het bigame karakter van die relatie is weggefallen. Deze conclusie leidt er opnieuw toe, dat er weliswaar een familierechtelijke betrekking is met een Nederlander, maar deze geen nationaliteitsgevolg heeft. Ook in een uitspraak van de Hoge Raad van 21 december 2018³⁷ wordt erop gewezen dat voor Nederland het sinds 2014 alsnog erkennen van de erkenningen niet automatisch tot gevolg heeft, dat de erkende kinderen achter bekeken ex art. 4 RwNed de Nederlandse nationaliteit hebben verworven. De Hoge Raad onderstreept dat de erkenning ‘er alleen dan toe [...] [leidt] dat de minderjarigen het Nederlandschap hebben verkregen’ als er tussen de erkenner en de kinderen op het moment van de erkenning een nauwe persoonlijke betrekking bestond (r.o. 4.2.3). Uit de uitspraak van 19 januari 2018 lijkt evenwel te volgen dat ook de vaststelling dat een niet-erkenning een schending oplevert van het *privéleven* van de erkenner of het kind in de zin van

35 Zie G.R. de Groot, Annotatie onder HR 30 januari 2015, *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2015, nr. 138, p. 668-672.

36 HR 19 januari 2018, annotatie G.R. de Groot in *Caribisch Juristenblad* 2018, p. 226-238.

37 HR 21 december 2018, annotatie G.R. de Groot in *Jurisprudentie vreemdelingenrecht* 2019, nr. 69, p. 444-451.

art. 8 EVRM, impliceert dat de erkenning van het kind in een dergelijk geval vanaf den beginne kon worden erkend. In zoverre verbaast ons de uitdrukking ‘alleen’ in aangehaalde overweging. Ook bleek uit de jurisprudentie, dat de constructies van ‘bezit van staat’³⁸ en ‘bekrachtiging’³⁹ eveneens bewerkstelligen dat de erkenning geacht wordt vanaf den beginne effect te hebben gesorteerd, zodat art. 4 RwNed geacht wordt op het ogenblik van de erkenning verwerving van het Nederlanderschap te hebben bewerkstelligd, mits de voorwaarden van dat artikel op het moment van de erkenning waren vervuld.

Er is daarom ook nu nog sprake van een zeer grote rechtsonzekerheid met betrekking tot de nationaliteitsrechtelijke positie van een in het verleden door een gehuwde Nederlander erkend buitenlands kind. Het verbaast daarom niet dat het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba zich op 11 juni 2019⁴⁰ opnieuw genoodzaakt zag om, door middel van het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, opheldering te vragen over de rechtspositie van in 1985 door een gehuwde Nederlander erkende en door opvolgend huwelijk met de moeder gewettigde kinderen. Het Hof vraagt aan de Hoge Raad om de volgende vragen te beantwoorden:

Vraag 1: *Is het juist dat indien de Nederlandse gehuwde man zijn gewone verblijfplaats heeft in het land waar hij het kind op regelmatige wijze heeft erkend, deze erkenning naar het internationaal privaatrecht van Curaçao zonder meer kan worden erkend en tot het Nederlanderschap leidt?*

Vraag 2: *Indien vóór 15 januari 2001 (tijdstip van vervallen van het wettelijk verbod van erkenning door de gehuwde man in de voormalige Nederlandse Antillen: Curaçao, Sint Maarten en op de BESeilanden) dan wel 1 januari 2002 (toen dat in Aruba gebeurde) het wettelijk verbod in een concreet geval buiten toepassing moet blijven wegens strijd met artikel 8 EVRM, leidt dat dan tot het Nederlanderschap?*

Vraag 3: *Is het juist dat bezit van staat en bekrachtiging niet tot het Nederlanderschap kunnen leiden?*

Vraag 4: *Is het juist dat verzoekers door de Dominicaanse wetgeving in 1987 zelfstandig het Nederlanderschap verkregen op de dag van de wetgeving?*⁴¹

Vraag 5: *a. Moet het Hof, indien niet door wetgeving of anderszins het verzoek kan worden toegewezen, onderzoeken of in het onderhavige geval een algemeen beginsel van Unierecht is*

38 HR 9 maart 2012, annotatie G.R. de Groot, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 2012/94.

39 HR 30 januari 2015, annotatie G.R. de Groot in *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2015/138.

40 Gem. Hof Aruba, Curaçao, Sint Maarten en Bonaire, Sint Eustatius en Saba 11 juni 2019, ECLI:NL:OGHACMB:2019:112.

41 Ondanks het feit dat het instituut “wettinging” uit het Nederlandse BW is verdwenen, is “wettinging” door een Nederlander in het buitenland – via ons IPR- wel relevant als verwervingsgrond van het Nederlanderschap (zie art. 4 lid 3 RwNed).

geschonden, met als mogelijk gevolg dat verzoekers geacht worden van rechtswege de Nederlandse nationaliteit te bezitten?

b. Zo ja, leent de termijn van artikel 14 lid 1, tweede zin, RwNed zich voor analogische toepassing?

Uit vraag 3 blijkt dat het Hof er – net als wij – moeite mee heeft om de jurisprudentie van de Hoge Raad te volgen. Is het immers niet zo, dat ook bij bezit van staat en bij bekrachtiging de onaantastbaarheid van de erkenning op een later moment – gelegen na de erkenning – optreedt? Dit is ook het geval bij het geldig worden van de familierechtelijke afstammingsrelatie na het wegvallen van het polygame karakter van het huwelijk tussen de ouders, respectievelijk het wegvallen van het verbod van erkenning door een gehuwde man.

Vraag 5a geeft – naar wij hopen – aanleiding tot een door de Hoge Raad aan het Hof van Justitie in Luxemburg te stellen prejudiciële vraag. Het is nu afwachten hoe de Hoge Raad op de vragen reageert.

Uit de beslissing van 19 januari 2018 bleek bovendien dat de Hoge Raad zelf ook niet echt gelukkig is met het resultaat dat in sommige gevallen de oude erkenning nu kan worden erkend, maar geen nationaliteitsgevolg heeft. Ons hoogste rechtscollege geeft immers aan dat het antwoord op de vraag hoe de nationaliteitsrechtelijke gevolgen van een dergelijke verlate erkenning zijn, de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten gaat. Het is aan de wetgever om te regelen, of het Nederlanderschap alsnog automatisch is verkregen doordat de erkenning op een later moment effect heeft gekregen, dan wel te regelen hoe het Nederlanderschap kan worden verworven (bijvoorbeeld via een optieverklaring). De wetgever zal daartoe actie moeten ondernemen. Nu in het Ministerie van Justitie en Veiligheid wordt gewerkt aan een complete “modernisering” van ons nationaliteitsrecht, hopen en verwachten wij dat een wetsontwerp met een goede overgangsrechtelijke regeling van de rechtspositie van een door een gehuwde Nederlander onder het oude recht erkend kind spoedig ons parlement bereikt.

Geen verlies Nederlanderschap bij verwerven nationaliteit echtgenoot

Problemen zijn er ook bij het uitleggen van de uitzonderingen van art. 15 lid 2 RwNed. Zo waren er problemen met betrekking tot het uitleggen van de uitzondering voor degenen die de nationaliteit verwerven van het land waar ze geboren zijn. De IND stelde zich op het standpunt dat de verwerving van de nationaliteit van Sri Lanka door iemand die in Ceylon was geboren, niet de verwerving van de nationaliteit van het land van geboorte was, hoewel Ceylon de oude naam van Sri Lanka was. Ook meende de IND dat de verwerving van de nationaliteit van de Republiek Suriname door een persoon die geboren was in het Nederlandse rijkdeel Suriname niet onder

de uitzondering viel. In beide gevallen werd uiteindelijk ten gunste van betrokkene beslist, maar in het laatste geval moest daaraan de Hoge Raad te pas komen.⁴²

Momenteel spelen een aantal gevallen, waarin werd aangenomen dat het Nederlandschap niet was verloren wegens het verwerven van een vreemde nationaliteit door een Nederlander vanwege het feit dat betrokkene gehuwd is met een burger van de Staat van de nieuwe nationaliteit, maar bij die conclusie na vele jaren plotseling een vraagteken wordt geplaatst omdat het huwelijk naar Nederlands IPR niet wordt erkend. In één geval gaat het om een in de ambassade van de desbetreffende vreemde staat in Nederland gesloten huwelijk, terwijl het in een ander geval gaat om een in die vreemde staat gesloten huwelijk dat een polygaam karakter heeft. In beide gevallen is de Nederlandse echtgenoot uiterst onaangenaam verrast door de mededeling dat de Nederlandse nationaliteit al lang geleden geacht wordt te zijn verloren en de uit de relatie geboren kinderen ook niet de Nederlandse nationaliteit bezitten.

De vraag komt daarom op, of de boven al vermelde *Tjebbes* uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 12 maart 2019 ook een rol speelt bij automatisch verlies ex art. 15 lid 1 sub a en de interpretatie van de uitzonderingen neergelegd in art. 15 lid 2 Rwned. De Rechtbank Den Haag beantwoordde deze vraag op 27 november 2018 ontkennend,⁴³ en weigerde hierover een prejudiciële vraag aan het Hof in Luxemburg te stellen. Dit was een gemiste kans, want intussen blijkt in elk geval de Europese Commissie de mening te zijn toegedaan dat ook in een dergelijk geval een evenredigheidstoets nodig is! In reactie op een bij het Europese Parlement ingediende Petitie betreffende het automatisch verlies van de Slovaakse nationaliteit door het vrijwillig verwerven van de Hongaarse nationaliteit stelt de Europese Commissie op 7 juni 2019: *‘the Commission will contact again the Slovak authorities to ask them to set out how they intend to adapt their national legislation as a result of the judgment in Case C-221/17 Tjebbes’*.⁴⁴

42 Zie voor Sri Lanka: G.R. de Groot, ‘Waar is het land van hun jeugd? Opmerkingen over de interpretatie van artikel 15 lid 2 en artikel 26 lid 1 van de Rijkswet op het Nederlandschap’, *Migrantenrecht* 2005, p. 248-252. Vergelijking over Suriname: HR 26 juni 2015, *NJ* 2015/ 439. Vergelijk ook de interessante uitspraak van de Rb. Den Haag 28 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:643, waarin werd aangenomen dat geen verlies van het Nederlandschap op grond van art. 15 lid 1 sub c was opgetreden, nu in 2004 – gezien HR 26 juni 2015 ten onrechte – was aangenomen dat betrokkene door het vrijwillig verwerven van de Surinaamse nationaliteit het Nederlandschap had verloren.

43 Rb. Den Haag 27 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15862.

44 Petition No 1315/2015 by Zoltan Lomnici (Hungarian) on the Slovak citizenship laws, Parliament Document PE593.919, 7.6.2019 http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PETI-CM-593919_EN.pdf.

In het licht van deze opmerking doet de Nederlandse overheid er goed aan om ook het automatisme van de verliesgrond van art. 15 lid 1 onder a RwNed te heroverwegen. En dat brengt met zich mee, dat de in art. 15 lid 2 RwNed neergelegde uitzonderingen flexibel moeten worden toegepast, rekening houdend met alle omstandigheden van de concrete casus. Zeker als het niet-erkennen van een huwelijk bij de toepassing van de uitzondering van art. 15 lid 2 onder c RwNed ertoe zou leiden dat behalve het Nederlanderschap ook het Europese burgerschap zou worden verloren, dient bij de evenredigheid van een dergelijke conclusie een vraagteken te worden geplaatst.

Concluderende opmerkingen

Familierechtelijke voorvragen spelen een belangrijke rol in het nationaliteitsrecht. Het nationaliteitsrecht dient zo te zijn ingericht en uitgelegd, dat als een familierechtelijke ouder-kind relatie bestaat, dit in beginsel in het nationaliteitsrecht tot gevolg heeft dat het kind toegang heeft tot het Nederlanderschap van de ouder. Dit geldt ook voor kinderen geboren uit een polygame relatie van een Nederlander, voor kinderen erkend door een Nederlander na hun zevende verjaardag en voor kinderen erkend door een gehuwde Nederlander. Zoals wij zagen is de jurisprudentie van de Hoge Raad en de Raad van State over de nationaliteitsrechtelijke rechtspositie van deze kinderen verre van bevredigend. Met betrekking tot de positie van in het verleden door een gehuwde Nederlander erkende kinderen kijken wij hoopvol uit naar de antwoorden die de Hoge Raad zal geven op de prejudiciële vragen die vanuit Willemstad zijn gesteld door het Gemeenschappelijk Hof.

Waar het gaat om familierechtelijke voorvragen die een rol spelen bij de vraag of het Nederlanderschap al dan niet verloren is, dient de bij het verlies van de nationaliteit aan te leggen evenredigheidstoets ook gevolgen te hebben bij de behandeling van de voorvragen: flexibiliteit is vereist, zoals wij zagen ten aanzien van de nationaliteitsrechtelijke rechtspositie van een met een buitenlander gehuwde Nederlandse vrouw, indien het door haar gesloten huwelijk naar Nederlands IPR niet wordt erkend.

Toekomst mantelzorg: naar erkenning van het collectief belang en bescherming voor het individu

Liesbeth Hoogendijk¹

Mantelzorg is zo oud als de mensheid; we zorgen voor een naaste die door ziekte of handicap niet meer alles alleen kan. Het hoort bij mensen en het is van mensen. Mantelzorg is bij uitstek zorg door particulieren voor een naaste. De man van 80 jaar die zorgt voor zijn dementerende echtgenote met wie hij al 50 jaar lief en leed deelt. De moeder die haar inmiddels volwassen autistische zoon helpt bij het organiseren van zijn dagelijkse bezigheden. Een dochter die meegaat met haar moeder naar het ziekenhuis omdat zij MS heeft. Enzovoorts. Jaarlijks zorgen zo'n 4,4 miljoen mensen van boven de 16 jaar voor een naaste. De groep die dat intensief (meer dan 8 uur per week) én langdurig (langer dan 3 maanden) doet, telt ongeveer 750.000 mensen.²

De term mantelzorg stamt uit de 70'er jaren van de vorige eeuw. Het was prof. dr. Johannes Hattinga-Verschure die de term gebruikte voor 'alle zorg die genoten in een klein sociaal netwerk aan elkaar [wordt] gegeven op basis van vanzelfsprekendheid en bereidheid tot wederkerigheid'.³ Het grootste probleem van de term mantelzorg is, dat deze weinig enthousiasme en herkenning oproept bij mantelzorgers.⁴ Het voelt niet als een identiteit. Veel mensen kijken naar de relatie die zij hebben met de zorgvrager, daar zit de verbinding. Bovendien voelt het jezelf zien als mantelzorger ook als iets ongelijks in de relatie. Als partners ben je gelijkwaardig, als mantelzorger voor je zieke partner ben je dat niet meer. Er zit emotie in de term. Daarom spreken we vaak over informele zorg en zorgen voor een naaste.

Desondanks een pleidooi om mantelzorg als beleidsterm een warm hart toe te dragen. Zodat deze term meer herkenbaar wordt voor eenieder die er mee te maken heeft.

1 Liesbeth Hoogendijk is bestuurder MantelzorgNL.

2 M. de Klerk e.a., *Voor elkaar? Stand van de informele hulp in 2016*, Den Haag, SCP 2007, p. 32 (webversie).

3 J.C.M. Hattinga-Verschure, *Zelfredzame ouderen*, Lochem: De Tijdstroom 1987, p. 92.

4 Zie bijvoorbeeld 'Herken de mantelzorger en voorkom overbelasting', invoorzorg.nl, 7 oktober 2011.

Groeiende belangstelling voor mantelzorg

Dat de belangstelling voor mantelzorg in de afgelopen twee decennia is toegenomen, heeft verschillende redenen. Zonder uitputtend te zijn, kunnen de volgende factoren worden genoemd.

Demografische ontwikkelingen

Als gevolg van de demografische ontwikkelingen neemt de vraag naar mantelzorg explosief toe tot 2040, terwijl het potentieel aan mantelzorgers afneemt. De Nederlandse bevolkingsopbouw zal worden gekenmerkt door een snellere toename van het aantal ouderen in vergelijking met de aanwas van jongeren. Het aantal zelfstandig wonende 75-plussers zal fors toenemen.⁵ Van het huidige aantal 1,35 miljoen naar 2,46 miljoen in 2040, waarbij met name de categorie 85-plus verhoudingsgewijs sterk zal groeien. Ook het aantal 1-persoonshuishoudens neemt de komende decennia fors toe; van 7,9 miljoen in 2018 naar 8,5 miljoen huishoudens in 2030.⁶ De vanzelfsprekendheid dat een partner zorg verleent, is dan minder aanwezig.

In de krimpregio's zullen de effecten groter zijn dan in de randstad. Met name aan de randen van Nederland is er sprake van een aanhoudende bevolkingskrimp door het vertrek van jongeren, de beperkte immigratie en het lage aantal geboorten.⁷

Ouderen langer thuis

Ouderen blijven langer zo zelfstandig mogelijk thuis wonen in plaats van een verblijf in een verpleeghuis. Dit is overheidsbeleid en de vraag mag gesteld worden of dit echt zo naadloos aansluit op wat ouderen willen.⁸ De consequentie van het gevoerde beleid is dat ook mensen met een zwaardere zorgvraag thuis blijven wonen en daar zorg en ondersteuning nodig hebben. Het beroep op mantelzorgers neemt daarmee toe, mede gevoed door de krimp in het aantal beschikbare zorgprofessionals. Zo wijst onderzoek van het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL) erop dat er in de periode 2005-2013 er sprake was van een daling in het aantal banen in de ouderenzorg. Sinds 2013 is dit aantal nog verder afgenomen. Deze ontwikkeling zou mede verklaard kunnen worden door technologische ontwikkelingen in de zorgsector. Het PBL benadrukt echter dat oplopende tekorten aan personeel mogelijk aan de daling van het aantal ouderenzorgbanen ten grondslag ligt.⁹ Hierbij wijst het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) in verschillende arbeidsmarktrapportages op een groot

5 S. Kooiker e.a., *Toekomstverkenning mantelzorg aan ouderen in 2040*, Den Haag: SCP 2019.

6 C. van Duin e.a., *Huishoudensprognose 2018-2060: opmars eenpersoonshuishoudens zet door*, Den Haag: CBS 2018, p. 27.

7 S. Kooiker e.a. 2019.

8 P. van der Meer, *Zorgen over de Thuiszorg*, KBO-PCOB november 2019, p. 23-27.

9 F. Daalhuizen e.a., *Zorg om banen in de ouderenzorg*, Den Haag: PBL 2018.

tekort aan zorgpersoneel in met name de thuiszorg (wijkverpleegkundigen) en in verpleeghuizen.¹⁰ Bovendien rijzen zorgkosten de pan uit. Het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) meldt dat sinds 1998 de zorguitgaven achtereenvolgens sterk zijn gestegen.¹¹ Gezien de demografische ontwikkelingen en het huidige overheidsbeleid zal verhoudingsgewijs het aantal oudere mantelzorgers (75-plussers) waarschijnlijk relatief toenemen. Met name in de krimpregio's betekent dit een toename van kwetsbare mantelzorgsituaties.

Veel zorg en ondersteuning uit het eigen netwerk

Het beroep op het informele netwerk om de naaste met een ziekte of handicap te verzorgen is nu al groot. Van de 4,5 miljoen volwassenen met gezondheidsbeperkingen, ontvangen 930.000 mensen zorg uit hun eigen netwerk. Dit is meer dan welke ander vorm van zorg dan ook. Voor 625.000 mensen geldt dat de zorg en ondersteuning uit het eigen netwerk de enige hulp is die zij ontvangen. Deze groep ontvangt geen professionele hulp, zoals huishoudelijke- of verpleegkundige hulp.¹² Het beroep op mantelzorgers is al groot en neemt in de komende jaren toe. Dit geldt in het bijzonder voor de groep waarbij de zorg en ondersteuning uitsluitend door het eigen – beperkte – netwerk wordt gegeven.

Of naasten uit dit netwerk hulp kunnen en willen bieden, is sterk afhankelijk van de context. Zo wordt de bereidheid om te helpen, bepaald door de beschikbare tijd. In dit licht dient toekomstig beleid rekening te houden met het groeiende aantal werkende mantelzorgers. Hoewel het combineren van arbeid en mantelzorg over het algemeen goed verloopt, blijkt dat werkenden die intensieve mantelzorg verlenen substantieel minder tevreden zijn over hun leven en meer tijdsdruk ervaren.¹³ Daarnaast spelen kenmerken zoals de intensiteit van het contact met de hulpbehoevende, en de reisafstand tussen de woonplaats van de mantelzorgers en de plaats waar de zorg moet worden gegeven een rol. Dit laatste speelt met name in situaties waarin kinderen hun ouders moeten verzorgen.¹⁴

10 Zie de UWV-Factsheet Zorg: <https://www.uwv.nl/overuwv/Images/factsheet-zorg-2019.pdf> (laatstelijk geraadpleegd op 10 februari 2020).

11 'Zorguitgaven stijgen in 2018 met 3,1 procent', CBS 21 juni 2019, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2019/25/zorguitgaven-stijgen-in-2018-met-3-1-procent> (laatstelijk geraadpleegd op 10 februari 2020).

12 I. Woittiez e.a., *Wat als zorg wegvult. Een simulatie van alternatieven voor zorg en ondersteuning voor mensen met een gezondheidsbeperking*, Den Haag: SCP 2019.

13 A. de Boer e.a., *Werk en mantelzorg. Kwaliteit van leven en het gebruik van ondersteuning op het werk*, Den Haag: SCP 2019.

14 J. Timmermans, *Mantelzorg. Over de hulp van en aan mantelzorgers*, Den Haag: SCP 2003; K. Sadiraj, *De toekomst van de mantelzorg*, Den Haag: SCP 2009.

Mantelzorgondersteuning wettelijk verankerd

Sinds de invoering van de eerste Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo, 2007) behoort mantelzorg tot de beleidsinstrumenten van gemeenten. Was het tot de invoering van de Wmo 2007 vooral een taak in het private domein waar het publieke domein op gepaste afstand opereerde, nu schoven deze domeinen meer naar elkaar toe en ontstond er een overlap. In de Wmo 2007 kreeg de gemeente een rol in de ondersteuning van mantelzorgers. Deze rol was nauw verbonden met het uitgangspunt dat de burger eerst kijkt wat hij/zij zelf kan, vervolgens wat in het eigen netwerk kan worden opgevangen. Slechts in het geval dat die mogelijkheden hun grenzen bereiken, had de overheid de taak om de burger te ‘compenseren’ (Wmo 2007).

In de uitwerking van de mantelzorgondersteuning zijn bij de invoering van de Wmo 2007 acht basisfuncties opgenomen: bemiddeling, informatie en advies, promotie, deskundigheidsbevordering, belangenbehartiging en ontwikkeling en innovatie.¹⁵ Deze basisfuncties gaven richting aan de ondersteuning van mantelzorgers. Lokaal werkten gemeenten dit uit in een concreet aanbod voor mantelzorgers, onder andere het bieden van informatie en advies, emotionele steun, respijtzorg (tijdelijk overnemen van de zorg) en praktische hulp. Daarnaast bood de Algemene wet bijzondere ziektekosten (Awbz) mogelijkheden voor respijtzorg, zoals logeeropvang voor kinderen met een beperking. Ook stond in de Wmo 2007 het ‘compensatiebeginsel’ centraal. Gemeenten waren verplicht om mensen met een beperking of psychische problematiek te compenseren voor de beperkingen die zij ondervinden bij hun zelfredzaamheid en participatie.

Al in de aanloop naar de Wmo 2015 werd het ondersteuningskader gewijzigd; van acht vrij concrete basisfuncties naar de vier V’s van vinden, versterken, verlichten en verbinden.¹⁶ Het doel van de Wmo 2015 is om maatwerk te bieden.

Decentralisatie langdurige zorg

De komst van de Wmo 2015 staat niet op zichzelf. De wet werd ingevoerd als onderdeel van de grote decentralisatie van de langdurige zorg. Met een serie aan nieuwe wetten, zoals de Wet langdurige zorg (Wlz) als opvolger van de Awbz, maar ook de Participatiewet en de Wet op de jeugdzorg, zette de overheid in op een nieuwe inrichting van de langdurige zorg in Nederland. Deze majeure operatie werd zelfs door Koning Willem Alexander benoemd bij het uitspreken van de Troonrede in 2013.¹⁷

15 Basisfuncties Lokale ondersteuning vrijwilligerswerk en mantelzorg, VWS 2009.

16 ‘Wmo 2015: vier nieuwe aandachtspunten voor mantelzorgondersteuning’, *Movisie* 19 november 2014, www.movisie.nl/artikel/wmo-2015-vier-nieuwe-aandachtspunten-mantelzorgondersteuning (laatstelijk geraadpleegd op 10 februari 2020).

17 ‘Troonrede 2013’, *Rijksverheid* 17 september 2019, www.rijksverheid.nl/documenten/toespraken/2013/09/17/troonrede-2013 (laatstelijk geraadpleegd op 10 februari 2020).

Kort samengevat: minder overheid, meer burger. Voor de – kwetsbare – burger is de gemeente een belangrijk loket geworden om hulp en ondersteuning te krijgen en dat geldt ook voor mantelzorgers. Tekenend is dat de term mantelzorger alleen in de Wmo voorkomt, niet in de Wlz, de Zorgverzekeringswet (Zvw) of de Jeugdwet.

Mantelzorgondersteuning: van theorie naar praktijk

Met de invoering van de Wmo in 2015 heeft de lokale, gemeentelijke overheid meer taken en geld gekregen om mantelzorgers te ondersteunen. Hoe? Daar heeft de gemeente vrijheid van keuze. De Wmo geeft als kaderwet ruimte om lokaal door middel van verordeningen en beleidsregels de ondersteuning te organiseren. Er zijn weinig gegevens beschikbaar over inhoudelijke resultaten. Hetzelfde geldt voor de beschikbare budgetten en gemaakte kosten van de lokale mantelzorgondersteuning. MantelzorgNL schat dat het landelijk om zo'n 200 tot 250 miljoen euro gaat. Door het ontbreken van geoormerkte budgetten, heldere normering en verantwoording, kan niet worden bijgestuurd waar nodig en worden geen lessen geleerd. De lokale verschillen zijn groot en worden soms ingegeven door de gemeentelijke tekorten op het sociaal domein. Niemand wil dat dit zo uitpakt en toch zien we het overal gebeuren. Veel Nederlanders ervaren de ongelijkheid die uit de verschillen voortkomt als oneerlijk en onrechtvaardig. Men heeft het idee dat het van geluk afhangt of men in een gemeente woont waar zaken goed geregeld zijn. Het komt zelfs voor dat mantelzorgers overwogen of wordt aangeraden om te verhuizen. Dat komt voornamelijk door het ontbreken van landelijk geldende normen. Wat mag de mantelzorgende burger van haar gemeente verwachten? Aan welke eisen dient de lokale mantelzorgondersteuning te voldoen? Alleen op basis van normen kan op het individu toegesneden maatwerk worden geleverd. Waar normen ontbreken ontstaat willekeur.¹⁸

De uitvoering van de Wmo laat nu, zo'n 5 jaar na de invoering zien, dat te weinig geacteerd wordt in de geest van de wet, namelijk maatwerk bieden. Veel gemeenten hebben zich bij de inrichting van hun Wmo-beleid laten leiden door uitgangspunten als: kostenbeheersing, controle en productgericht aanbod. Indicatieprocessen zijn ingericht op burgers die zichzelf komen melden, terwijl dat vaak niet zo werkt. Het systeem is leidend. Daar komt bij het ontbreken van een duidelijk kader zoals dat er nog wel was ten tijde van de Awbz. In de Awbz was mantelzorg als boven gebruikelijke zorg genormeerd naar meer dan 8 uur per week, langer dan 3 maanden achter elkaar. Dit loslaten en een veel algemenere beschrijving opnemen binnen de Wmo laat ruimte voor interpretatie en zorgt voor conflicten tussen gemeente en burger; hulpvrager

18 J. den Ridder e.a., *Burgerperspectieven 2018*[3], Den Haag: SCP 2018, p. 34-35; E. van Steenberghe & F. Weeda, 'Er blijft nauwelijks iets van mezelf over', *NRC* 25 en 26 mei 2019, p. 26-30; De Groene Amsterdammer, jaargang 143, nummer 21, 22 mei 2019.

en/of mantelzorger. Gemeenten zijn soms geneigd het begrip ‘gebruikelijke zorg’ te ver op te rekken en mantelzorg min of meer te verplichten. Hierover heeft de rechter zich duidelijk uitgelaten in diverse uitspraken: mantelzorg kan niet verplicht worden en is *vrijwillige* (onbetaalde) zorg.¹⁹

Ook Ombudsman Reinier van Zutphen pleit voor het aanbrengen van een gemeenschappelijke ondergrens. Op de vraag wat de burger van de overheid mag verwachten, antwoordt hij: *‘We hebben deze vraag voorgelegd aan 1500 mensen. Met als uitkomst dat de burger verlangt dat de overheid altijd aanspreekbaar moet zijn, ongeacht waar hij woont of wat hij verdient. Een website of een app kan behulpzaam zijn, maar uiteindelijk heeft de burger altijd recht op menselijk contact met de overheid. Dat verlang je bijvoorbeeld ook van Coolblue. Daar kan de overheid nog wat van leren. Mijn kinderen laten hier thuis van alles en nog wat bezorgen. Als iets niet goed is, brengen ze het naar een winkel (...). Er volgt een bericht op de telefoon dat het ontvangen is en het geld wordt teruggestort. Heel veel mensen bij de overheid zouden ook zo snel willen handelen, maar ze krijgen die ruimte niet.’*²⁰

Maatwerk en beleidsvrijheid

In de Wmo 2015 is de term ‘maatwerkvoorziening’ geïntroduceerd. De verplichting voor gemeenten om maatwerk te leveren is in de nieuwe wet ruimer geformuleerd dan de compensatieplicht uit de Wmo 2007. De maatwerkvoorziening is aanvullend op wat iemand zelf kan bijdragen en vormt samen met de inzet van eigen kracht of, indien van toepassing, gebruikelijke hulp of mantelzorg een samenhangend ondersteuningsaanbod. Ook het gebruik van een algemene voorziening, zoals een Alzheimercafé of een laagdrempelige inloop voor mensen met een Cerebro Vasculair Accident (CVA), kan afhankelijk van de omstandigheden van de cliënt, tot het vereiste maatwerk leiden. Daarin heeft de gemeente optimale beleidsvrijheid.

De uitgangspunten maatwerk en beleidsvrijheid kunnen lastige en soms frustrerende situaties tot gevolg hebben. Zij staan voor de geest van de wet, maar maatwerk kan net zo makkelijk ingeperkt worden, bijvoorbeeld als er bezuinigd moet worden of een wethouder andere keuzes maakt. Dan ervaart de burger geen maatwerk en is beleidsvrijheid de boodschapper van willekeur. Zo hebben gemeenten de wettelijke verplichting volgens de Wmo 2015 om mantelzorgers te waarderen. Veelal gebeurt dit rond de Dag van de Mantelzorg op 10 november. Dit mogen gemeenten doen op een bij hen passende wijze. Het gevolg is dat de ene gemeente de individuele mantelzorger

19 Zie bijvoorbeeld *CRvB* 24 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:368; *CRvB* 24 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3348.

20 ‘De overheid is een machine geworden. Interview met Reinier van Zutphen’, *Trouw* 31 oktober 2019.

met € 300,- per jaar waardeert, terwijl een mantelzorger in een andere gemeente niets ontvangt.²¹

Ook bij respijtzorg wordt vaak geen maatwerk geboden. Respijtzorg is een belangrijk middel om overbelasting tegen te gaan. De zorg wordt hierbij tijdelijk overgedragen zodat je als mantelzorger even op adem kunt komen, of juist tijd hebt voor andere dingen die belangrijk zijn in het leven, zoals werk en gezin. Respijtzorg kan heel laagdrempelig en in eigen kring geboden worden, maar het kan ook nodig zijn dat duurdere dagopvang of zelfs tijdelijk verblijf elders nodig is. Gemeenten komen regelmatig niet tegemoet aan wat nodig is en sturen aan op wat beschikbaar is. Van maatwerk is dan maar op geringe schaal sprake.

Als het om mantelzorgondersteuning gaat, ontbreken doelen, cijfers en resultaten. In ieder geval zijn deze onzichtbaar voor burgers. Het ontbreekt aan verantwoording en zo kan onder de noemer ‘maatwerk’ niemand scherp krijgen wat de burger er nu echt aan heeft, en waar hij/zij recht op heeft. Stel uzelf de vraag waarom mantelzorg in verkiezingsprogramma's van (lokale) politieke partijen zo vaak met warme woorden wordt beschreven, zonder concrete doelen en budgetten. En dat terwijl het sociaal domein, waaronder de ondersteuning van mantelzorgers valt, de grootste post is binnen de gemeentebegroting.

Een lastig pakket

Het is noodzakelijk dat mantelzorgers in een vroeg stadium hulp krijgen indien dit nodig is. Zij dienen als groep herkend te worden en de erkenning te krijgen die zij nodig hebben. In het huidige systeem wordt gewacht tot de – overbelaste – mantelzorger zich meldt. Vervolgens dient een ‘wasstraat van indicatieprocessen’ te worden gevolgd. Het resultaat kan zijn geen ondersteuning of het aanbod van een reeds ingekocht ondersteuningsproduct. Deze situatie is voor velen niet houdbaar. Mantelzorgers moeten erkenning krijgen bij de start van de zorgsituatie. Hoewel hulp vaak dan nog niet nodig is óf gewenst, is weten dat je er niet alleen voor staat, cruciaal. Juist om later in het zorgproces de goede afwegingen te kunnen maken, in geval de balans tussen het zorgen voor een ander en het eigen leven verstoord raakt.

Mantelzorgers zullen in de komende jaren een nog centralere rol innemen in de zorg en ondersteuning voor ouderen thuis. Met de schaarste op de arbeidsmarkt (nu al) en de vergrijzing in onze samenleving, is een beleid dat inzet op preventie van over-

21 ‘Waardering voor mantelzorgers in 78 gemeenten onvindbaar of zelfs afgeschaft’, *MantelzorgNL* 5 november 2019, <https://mantelzorg.nl/artikel/waardering-voor-mantelzorgers-in-78-gemeenten-onvindbaar-of-zelfs-afgeschaft-1> (laatstelijk geraadpleegd op 10 februari 2020).

belasting absoluut noodzakelijk. Daarbij gaat het niet om woorden, maar om daden. Wat betreft gemeentelijk beleid zou er overkoepelend mantelzorgvriendelijk beleid moeten komen dat alle relevante rechtsgebieden bestrijkt, zodat de mantelzorger op alle levensterreinen (wonen, werk, financiën en bij het delen van zorg) voldoende wordt ondersteund.

De individualisering van onze maatschappij gaat ook over regie hebben over het eigen leven en zelf kunnen aangeven wat bij jou past. Naar mening van MantelzorgNL betekent dit dat er begrijpelijke en uitvoerbare regels en wetten zijn waarbij je als mantelzorger moet kunnen vertrouwen op maatwerk binnen de kaders van begrijpelijke, transparante en uniforme regels.²² Het betekent ook dat je je als mantelzorger beschermd weet tegen willekeur én belangrijker, gesterkt weet omdat jouw rechtszekerheid is geborgd.

Rechtszekerheid voor de mantelzorger

MantelzorgNL pleit voor erkenning van het collectief belang en bescherming van het individu, zoals de titel van dit artikel stelt. Om dit daadwerkelijk te realiseren is nog een weg te gaan. Er moet een zekere mate van afdwingbaarheid terug in de Wmo én mantelzorg moet ook in de andere wetten (Zvw, Wlz, Jeugdwet en Participatiewet) een eigenstandige plaats krijgen. Hoe zou dit kunnen binnen het huidige stelsel? Een gedachtelijn:

1. Mantelzorger eerder in beeld

Mantelzorgers moeten eerder in beeld komen. Concreet; overall waar een diagnose wordt gesteld, moet de arts of behandelaar óók signaleren wie de mantelzorger is (of zijn). Dit kan zijn in het ziekenhuis, op de revalidatie-afdeling, bij de psychiater, ouderengeneeskundige, huisarts, enzovoorts. De mantelzorger moet reeds in dit stadium herkend en geïnformeerd worden. Dit vraagt dat zorgprofessionals de ruimte krijgen om het gesprek met de mantelzorger aan te gaan en de tijd hieraan besteed kunnen declareren.

2. Mantelzorgverklaring als erkenning

Nadat de mantelzorger in beeld is gekomen, moet een mantelzorgverklaring beschikbaar zijn die bij voorkeur wordt afgegeven door een (onafhankelijke) zorgprofessional. Het zou moeten gaan om een eenduidige verklaring die één keer wordt afgegeven en geldt voor alle levensdomeinen. Zo'n verklaring biedt de mantelzorger rechtszekerheid: hij of zij hoeft niet langer te bewijzen dat mantelzorgtaken worden uitgevoerd én dat daarmee recht op ondersteuning is gewaarborgd. Ook voorkomt zo'n mantel-

zorgverklaring dat mantelzorgers voor hetzelfde doel langs verschillende loketten of instanties moeten.

3. Recht op ondersteuning

De mantelzorgverklaring zou het ‘toegangkaartje’ tot ondersteuning kunnen vormen. Hoe deze ondersteuning eruit zou kunnen zien, moet afhankelijk zijn van de behoefte van de mantelzorger, gebaseerd op de 8 basisfuncties zoals die hierboven zijn beschreven. Essentieel is dat een gesprek over mogelijke ondersteuning tijdig, makkelijk en op maat plaats vindt.²³ Dit vraagt een andere werkwijze en mindset van degene die het gesprek voert vanuit gemeente en/of verzekeraar; veel meer vanuit de vraag: “hoe kan ik u helpen?” en veel minder vanuit beslisbomen en indicatietrajecten.

4. Goede ondersteuning

De kwaliteit van ondersteuning moet worden gegarandeerd doordat gemeenten en verzekeraars gezamenlijk verantwoordelijk worden gehouden. Uitgangspunten zijn: indicaties alleen waar nodig en verrekenen achteraf (financiering volgt ondersteuningsaanbod). Ondersteuning vindt deels plaats op gemeentelijk niveau (bijvoorbeeld lotgenotencontact) en deels op regionaal niveau (bijvoorbeeld respijtzorg).

Erkenning van het collectief

In de komende jaren zal de druk op mantelzorg toenemen. Erkenning van het collectief belang is een essentiële voorwaarde om voorbij het ‘gerommel in de marge’ te komen. MantelzorgNL pleit voor:

- Het wegnemen van onnodige drempels en belemmeringen. Mantelzorgers hebben nog altijd veel last van regeltaken, afstemming zoeken, belemmerende regels en procedures.²⁴
- Het versterken en verbeteren van de mantelzorgondersteuning (lokaal en regionaal). Dit vraagt om investeringen in de infrastructuur vanuit een duidelijke en gedeelde visie door zowel landelijke als lokale overheid. Het huidige systeem waarin zonder geormerkte budgetten wordt gewerkt, is kwetsbaar en gevoelig voor bezuinigingen.
- Het creëren van innovatieruimte. Het is belangrijk dat nieuwe paden worden bewandeld, of het nu gaat om het gebruik van e-healthtoepassingen, om cao-afsprake

²³ Tussenrapportage Respijtaanjager Clemence Ross-van Dorp, november 2019.

²⁴ Zie mezzo, *Nationaal Mantelzorgpanel, Onderzoekresultaten Mantelzorg en regeldruk augustus 2016*, zie <https://mantelzorg.nl/artikel/kabinet-pak-te-grote-regeldruk-mantelzorgers-aan> (laatstelijk geraadpleegd op 20 januari 2020).

ken over meer ruimte voor werk en mantelzorg of nieuwe woon-zorgcombinaties ('het bejaardentehuis 2.0').

Mantelzorg is van iedereen; je bent het, je wordt het, of je hebt het nodig. De sociaal-economische waarde van mantelzorg bedraagt jaarlijks vele miljarden, geleverd door 4,4 miljoen mensen per jaar. Het is tijd om dat te erkennen en de plek te geven die het verdient.

De waarde van het levenstestament

*Aniel Autar*¹

Inleiding

De afgelopen jaren is er steeds meer aandacht gekomen voor ouderen en ouder worden. Niet alleen zijn ouderen voor veel leveranciers van producten een interessante doelgroep geworden, maar dit geldt ook voor beleidsmakers en juristen. En dat is niet vreemd: volgens de laatste prognoses van het CBS zal vanaf 2025 het aantal 65-plussers de groep jongeren die de leeftijd van 20 jaar nog niet bereikt heeft, ruimschoots overtreffen.² Die groei zal – volgens die prognoses – ertoe leiden dat het aantal 65-plussers in 2060 ruim 4.962.000 bedraagt, terwijl het aantal mensen dat nog geen 20 jaar oud is, is blijven steken op een kleine 4.100.000.

Een van de gevolgen van de vergrijzing is de flinke toename van het aantal mensen waarbij de diagnose dementie wordt vastgesteld. Volgens de website van Stichting Alzheimer Nederland waren er in 1950 50.000 mensen met dementie. Volgens de website van die stichting lijden op dit moment ongeveer 280.000 mensen aan dementie (waarvan circa 12.000 jonger dan 65 jaar is) en wordt het aantal mensen dat in 2050 aan dementie lijdt geschat op 620.000. Afhankelijk van de fase van dementie waarin iemand zich bevindt, kan er sprake zijn van wilsonbekwaamheid.

Uiteraard kunnen er ook andere oorzaken van wilsonbekwaamheid zijn. Denk bijvoorbeeld aan coma, beroerte en de ziekte van Parkinson. Onder verwijzing naar Volksgezondheid Toekomst Verkenning 2018 (VTV-2018)³ van het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) concludeert de Hersenstichting op haar website: ‘Uit de toekomstverkenning voor 2040 komt naar voren dat er over twintig jaar 672.600 Nederlanders een beroerte hebben gehad en met de gevolgen daarvan

1 mr. Aniel Autar is als notaris verbonden aan Kooijman Autar Notarissen | Adviseurs | Mediators | Juristen te Rotterdam.

2 StatLine, ‘Prognose bevolking; geslacht en leeftijd, 2019-2060’, CBS 18 december 2018, zie: <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/84346NED/table?ts=1581347573552> (laatstelijk geraadpleegd op 11 februari 2020).

3 Het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu, ‘Volksgezondheid Toekomst Verkenning-2018’, VTV 2018, zie: <https://www.vtv2018.nl/> (laatstelijk geraadpleegd op 11 februari 2020).

moeten leven, dat er 330.400 mensen aan dementie lijden en 82.600 aan de ziekte van Parkinson.⁴

Het aantal wilsonbekwame personen zal dus in de toekomst zowel in absolute als relatieve zin flink toenemen. Uit onderzoek is gebleken dat vooral kwetsbare ouderen (zoals bij beginnende dementie) slachtoffer worden van financieel misbruik.⁵ Als dit aan het licht komt, heeft dat uiteraard strafrechtelijke consequenties voor de dader van het misbruik.⁶

In deze bijdrage zal ik stilstaan bij de beschermingsmaatregelen ten behoeve van de wilsonbekwame burger in het vermogens- en verbintenissenrecht. In paragraaf 2 wordt ingegaan op de relatie tussen de begrippen handelings(on)bekwaamheid en wils(on)bekwaamheid. Deze twee grootheden spelen een belangrijke (of misschien wel de hoofd-) rol in het vermogens- en verbintenissenrecht. Voor het geval iemand wegens wilsonbekwaamheid geen rechtshandelingen kan verrichten, geeft de wet een aantal beschermingsmaatregelen, die in paragraaf 3 besproken worden. Omdat die maatregelen in de praktijk niet als afdoende werden beschouwd, is door het notariaat het zogeheten levenstestament ontwikkeld. In paragraaf 4 wordt stil gestaan bij het levenstestament. Ook zal ik in die paragraaf betogen dat het levenstestament nog niet uitontwikkeld is en er vanuit juridisch oogpunt nog veel vragen onbeantwoord zijn. In de laatste paragraaf zal ik afsluiten met mijn antwoord op de vraag wat een levenstestament waard is.

Handelings(on)bekwaam en wils(on)bekwaam

Om een rechtshandeling te kunnen verrichten dient de actor handelingsbekwaam te zijn. Het uitgangspunt is dat iedere natuurlijke persoon bekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen, tenzij de wet anders bepaalt.⁷ Een voorbeeld van een wettelijke bepaling waarin de handelingsbekwaamheid aan banden wordt gelegd, is te vinden in artikel 1:234 lid 1 BW, dat bepaalt dat een minderjarige bekwaam is tot het aangaan van rechtshandelingen, mits hij de toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger heeft.

4 'Hersenaandoeningen worden grote last voor gehele samenleving', *Hersenstichting* 16 januari 2020, zie: <https://www.hersenstichting.nl/nieuws/verdubbeling-aantal-mensen-met-dementie-in-2040/> (laatstelijk geraadpleegd op 11 februari 2020).

5 Zie bijvoorbeeld: M. Schut, 'Nieuwe richtlijnen voor betere signalering financieel misbruik ouderen', *KRO-NCRV* 26 november 2017, zie: <https://demonitor.kro-ncrv.nl/artikelen/nieuwe-richtlijnen-voor-betere-signalering-financieel-misbruik-ouderen> (laatstelijk geraadpleegd op 11 februari 2020).

6 Zie voor een recent voorbeeld: Rb. Zeeland-West-Brabant 14 november 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:4980.

7 Aldus art. 3:32 BW.

Maar handelingsbekwaam zijn is niet voldoende om een rechtshandeling tot stand te brengen; een rechtshandeling vereist namelijk een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.⁸ Met andere woorden: de actor moet het rechtsgevolg ook écht gewild hebben.⁹ Nu kan het voorkomen dat een verklaring wordt afgelegd door iemand die als gevolg van een geestelijke stoornis blijvend of tijdelijk de consequenties van zijn verklaring niet kan overzien. In dat geval wordt de wil geacht te ontbreken; is er sprake van een eenzijdige rechtshandeling, dan is de rechtshandeling nietig, is er sprake van een meezijdige rechtshandeling dan is de rechtshandeling vernietigbaar.¹⁰ Een rechtshandeling is eveneens vernietigbaar wanneer zij door bedreiging, door bedrog of door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen of indien er sprake is van dwaling.¹¹ Ook in die gevallen is er sprake van een wilsgebrek.

De wil is dus essentieel voor het verrichten van rechtshandelingen en daarom ook essentieel in het rechtsverkeer. Omdat juristen en andere financiële dienstverleners in de meeste gevallen niet over voldoende kennis en kunde beschikken om een 'storing' van geestvermogens vast te kunnen stellen,¹² is het niet vreemd dat zij zich in voorkomende gevallen laten adviseren door gespecialiseerde artsen. Ik vermoed dat enerzijds door deze samenwerking en anderzijds door de steeds groter wordende aandacht voor patiëntenrechten de term *wilsonbekwaamheid* zijn intrede heeft gedaan in het vermogensrecht en het tuchtrecht voor juristen.¹³ Volgens de website van de KNMG wordt een patiënt 'voor wilsonbekwaam gehouden als hij niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen aangaande een bepaalde (behande-

8 Aldus art. 3:33 BW.

9 Zie F.M. Van Cassel-Van Zeeland, commentaar op art. 3:33 BW, in J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

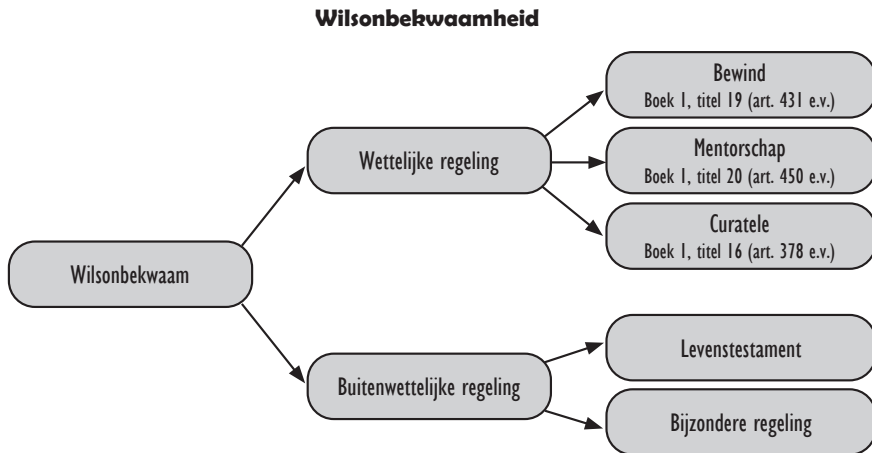
10 Art. 3:34 BW. In dit kader wijs ik op het bepaalde in art. 3:35 BW. Indien de wederpartij de geestesstoornis niet kende en evenmin hoefde te kennen, wordt die wederpartij beschermd.

11 Art. 3:44 BW en art. 6:228 BW.

12 Interessant is in dit kader M.J.A. Van Mourik, 'Notaris en wilsonbekwaamheid', *WPNR* 2013/6987, p. 707: 'Mijn levenservaring leert dat een belangrijk deel van de bevolking min of meer, maar doorgaans niet ernstig, gestoord is. Maar dat hoeft een redelijke waardering van belangen niet in de weg te staan. Iets anders is of de stoornis van invloed is op de verklaring. Iemand die door een soort levensgezel of een buurvrouw in een afhankelijke positie is gemanoeuvrerd en afgesloten wordt van zijn sociale en familiale omgeving, kan de notaris een ongestoorde en wilsbekwame indruk bezorgen waaraan niet hoeft te worden getwijfeld.'

13 In dit kader verwijs ik naar P. Blokland, 'Notaris en wilsonbekwaamheid in jurisprudentie en praktijk', *WPNR* 2013/6987, p. 710-717.

lings)beslissing'.¹⁴ Wat er ook van zij, de laatste jaren is de term wilsonbekwaamheid ongekend populair en hier en daar wordt zelfs betoogd dat hij de term handelingsonbekwaamheid aan het verdringen is.¹⁵ Mede hierom zal ik in deze bijdrage het woord 'wilsonbekwaamheid' hanteren.



Indien de betrokkene in de periode dat hij wilsbekwaam was niets had geregeld, biedt de wet een oplossing in de vorm van meerderjarigenbewind, mentorschap en curatele. Indien hij het heft in eigen handen wenst te houden, kan hij kiezen voor een levens- testament of voor een andere bijzondere regeling. Denk bij dit laatste aan de belet- of ontstentenisregeling van artikel 2:244 BW of een (specifieke) volmacht bij de bank. Het volgende schema kan verhelderend werken.¹⁶

14 'Dossier: meerderjarige wilsonbekwamen', *KNMG* 2004, zie: <https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/dossiers/meerderjarige-wilsonbekwamen.htm> (laatstelijk geraadpleegd op 11 februari 2020). Volgens de website van het ministerie van VWS (zie: <https://www.informatielangdurigezorg.nl/soorten-zorg/wilsonbekwaamheid>) betekent wilsonbekwaamheid dat iemand:

- de informatie over zijn zorg en/of behandeling niet kan begrijpen en afwegen;
- niet begrijpt wat de gevolgen van zijn besluit zijn; en/of
- geen besluit kan nemen.

15 Vgl. A.R. Autar e.a. (red.), *Compendium Levenstestament*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 31.

16 Dit schema is ontleend aan A.R. Autar e.a. (red.), *Compendium Estate Planning*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, p. 756.

Wettelijke beschermingsmaatregelen

Algemeen

Bij het meerderjarigenbewind is er sprake van een meerderjarige die ‘tijdelijk of duurzaam niet in staat is ten volle zijn vermogensrechtelijke belangen behoorlijk waar te nemen als gevolg van onder meer zijn geestelijke toestand’.¹⁷ Als daarvan sprake is, kan de kantonrechter een bewind instellen over één of meer van de goederen die aan rechthebbende toebehoren of zullen toebehoren. Bewind leidt dus niet tot handelingsonbekwaamheid, maar tot handelings- of beschikkingsonbevoegdheid; de rechthebbende kan namelijk niet het beheer voeren of beschikken over de onder bewind gestelde goederen.

Mentorschap is aan de orde als er sprake is van een meerderjarige die ‘als gevolg van zijn geestelijke of lichamelijke toestand tijdelijk of duurzaam niet in staat is, of bemoeilijkt wordt zijn belangen van *niet-vermogensrechtelijke* aard zelf behoorlijk waar te nemen’.¹⁸ Kort gezegd ziet mentorschap dus op medische (zorg)beslissingen.

Indien bewind en/of mentorschap niet toereikend zijn en de kantonrechter een verdergaande maatregel nodig acht, heeft hij de maatregel curatele tot zijn beschikking. Curatele heeft betrekking op de vermogensrechtelijke én de niet-vermogensrechtelijke kwesties en heeft bovendien een volledige handelingsonbekwaamheid van de betrokkene tot gevolg.¹⁹ In de praktijk is curatele pas dan aan de orde als de betrokkene zijn eigen veiligheid of die van anderen in gevaar brengt.

De persoon van de bewindvoerder, mentor of curator en zijn dienstverlening

Thans bepaalt de wet dat de rechter bij de benoeming van de bewindvoerder, mentor en curator de uitdrukkelijke voorkeur van de rechthebbende volgt, tenzij gegronde redenen zich tegen een zodanige benoeming verzetten.²⁰ Indien de rechthebbende geen voorkeur heeft uitgesproken, dient de rechter iemand uit de *inner circle* van de rechthebbende te benoemen.²¹ Mocht de rechter in die groep geen geschikte kandi-

17 Aldus art. 1:431 lid 1 BW.

18 Zie art. 1:450 lid 1 BW.

19 Art. 1:381 lid 2 BW.

20 Zie o.a. art. 1:435 lid 3 BW. Een voorbeeld treffen wij aan in Rb. Oost-Brabant 31 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1998 en Rb. Midden-Nederland 14 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1113.

21 In art. 1:435 lid 4 BW wordt een opsomming en de volgorde gegeven van de personen die voor benoeming in aanmerking komen.

daat treffen, dan zal hij uitwijken naar een professionele bewindvoerder, mentor of curator.²²

Sedert 1 april 2014 gelden er voor professionele curatoren, bewindvoerders en mentoren kwaliteitseisen.²³ Er is sprake van een professionele bewindvoerder, mentor of curator indien hij geen familie, echtgenoot of levensgezel is en van meer dan drie personen de bewindvoerder, mentor of curator is. De kwaliteitseisen hebben betrekking op de werving (integriteit), opleiding, scholing en begeleiding, de omgang met de rechthebbende en de bedrijfsvoering. Daarnaast houdt een accountant toezicht op de boekhouding en financiële handel en wandel van de bewindvoerder, mentor of curator.

De artikelen 4 en 5 van het Besluit kwaliteitseisen curatoren, beschermingsbewindvoerders en mentoren bepalen met zoveel woorden dat de curatoren, bewindvoerders en mentoren zich moeten richten naar de levensovertuiging, godsdienstige gezindheid, culturele achtergrond en andere wensen van de betrokkene.

Waar wringt de schoen?

Bij alle bovenstaande maatregelen zal de kantonrechter een rol spelen en optreden als toezichthouder. De wet bepaalt in artikel 1: 441 lid 2 BW dat de bewindvoerder vóór het aangaan van de in dat lid opgesomde rechtshandelingen toestemming van de kantonrechter behoeft. Vaak heeft de kantonrechter echter geen idee van de wensen van de betrokkene waarvoor de maatregel is uitgesproken. Dit speelt bijvoorbeeld bij het doen van schenkingen aan kinderen of kleinkinderen. De praktijk is dan dat een verzoek van de bewindvoerder tot het doen van schenkingen wordt afgewezen indien er geen schenkingstraditie kan worden aangetoond. Dit is vastgelegd in de richtlijnen die kantonrechters hanteren, namelijk de 'Aanbevelingen meerderjarigenbewind' van het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton & Toezicht van de rechtbanken (LOVCK&T).²⁴ Op pagina 15 (hoofdstuk D) van de aanbevelingen is vermeld: *'Het dan veelgehoorde argument is dat schenking een daad van goed vermogensbeheer is omdat de begiftigden zich successierecht besparen. Voor de kantonrechter is dit geen goed argu-*

22 Zie voor een recente uitspraak: Hof Amsterdam 17 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4635.

23 Besluit kwaliteitseisen curatoren, beschermingsbewindvoerders en mentoren (*Stb.* 2014, 46).

24 LOVCK&T, 'Aanbevelingen meerderjarigenbewind', *De Rechtspraak* 7 september 2018, zie: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/aanbevelingen-meerderjarigenbewind.pdf> (laatstelijk geraadpleegd op 11 februari 2020).

ment, omdat hij moet toezien op de belangen van de betrokkene en niet op de belangen van degenen die erfgenaam stellen te zijn'.²⁵

Ofschoon het iets van algemene bekendheid is dat ouders in de meeste gevallen graag willen dat hun vermogen tegen een zo laag mogelijk belastingpercentage aan hun kinderen zal toekomen, zal de rechter hier dus niet zonder meer van uitgaan. Objectief gezien heeft de betrokkene geen enkele baat bij een schenking; hij verarmt immers. De rechthebbende die het tot zijn belang ('het subjectieve belang') rekent dat er ten laste van zijn vermogen schenkingen worden gedaan, doet er verstandig aan dart op de een of andere manier aan de kantonrechter kenbaar maken.

Dit geldt ook als de betrokkene in een algehele of beperkte gemeenschap van goederen is gehuwd. Als het bewind wordt ingesteld over alle huidige en toekomstige goederen waartoe de rechthebbende is gehuwd, heeft dit tot gevolg dat feitelijk 'de gemeenschap' onder bewind is gesteld. De andere echtgenoot kan daardoor niet vrijelijk over het gemeenschappelijke vermogen beschikken en heeft dus ook te maken met het bepaalde in artikel 1:441 lid 2 BW. Dit wordt in de praktijk als hinderlijk ervaren.

Het laatste probleem dat ik hier onder de aandacht wil brengen, is de lange responsetijd. Afhankelijk van de drukte op de griffie kan het zes weken tot soms wel drie maanden duren voordat de kantonrechter op een verzoek beslist.

Deze knelpunten leidden ertoe dat men op zoek ging naar een alternatief. Dat alternatief is het levenstestament geworden.

Het levenstestament

Terugblik

Na een aanvankelijk moeizame introductie van het levenstestament is deze thans ongekend populair en niet meer weg te denken uit de hedendaagse notariële praktijk. Niet alleen notarissen, maar ook andere financiële dienstverleners hebben belangstelling voor deze notariële vondst. Of er echt sprake was van iets nieuws werd hier en daar in de literatuur betwijfeld, maar wat er ook van zij: buiten twijfel is dat sedert

25 LOVCK&T, 'Aanbevelingen meerderjarigenbewind', *De Rechtspraak* 7 september 2018, zie: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/aanbevelingen-meerderjarigenbewind.pdf> (laatstelijk geraadpleegd op 11 februari 2020). Zie in dit kader bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7270 en voor uitzonderingen op de hoofdregel: Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1654 ('indien het belang van de rechthebbende dat vereist') en Hof Den Bosch 13 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5221 ('uitvloeisel van de door de rechthebbende zelf geuite wens en intentie tot het doen van regelmatige schenkingen').

de introductie van het levenstestament het aantal geregistreerde levenstestamenten ieder kalenderjaar weer groeit ten opzichte van het kalenderjaar ervoor. Zo werden er in 2016 68.060 bij het Centraal Levenstestamenten Register (CLTR) geregistreerd; in 2015 waren het er 49.116.²⁶ In 2017 bedroeg het aantal bij CLTR geregistreerde levenstestamenten 104.767, terwijl er in 2018 119.026 levenstestamenten bij dat register werden genoteerd.²⁷ Dat dit aantal in 2019 ruimschoots overtroffen wordt, zal geen toelichting behoeven nu in de eerste negen maanden van 2019 al 114.116 levenstestamenten werden geregistreerd.²⁸

Het is op deze plaats goed om even stil te staan bij de aanleiding van het levenstestament. De (kanton)rechter mr. Fikkers wees in 2008 in haar hoedanigheid van voorzitter van het Landelijk Overleg Kantonrechters de juridische beroepsgroep op het nut en de noodzaak van het levenstestament. Het zou makkelijker zijn voor de kantonrechters die zich met bewind, mentorschap of curatele bezighouden om toestemming of een machtiging voor bepaalde rechtshandelingen te verlenen indien de wensen van de rechthebbende bekend zouden zijn. Het levenstestament was dus oorspronkelijk bedoeld om vast te leggen wat de wensen, geboden en verboden van de rechthebbende waren.

Het levenstestament is vandaag de dag echter in veel gevallen een akte geworden die enkel en alleen tot doel heeft om de instelling van een bewind, mentorschap en ondercuratelestelling te voorkomen. Of dat in alle gevallen in het belang van de rechthebbende is, valt te betwijfelen als de rechthebbende geen duidelijke instructies aan de gevolmachtigde heeft gegeven en er geen adequaat toezicht is. Daarnaast zijn er met betrekking tot het levenstestament nog veel onbeantwoorde vragen. Een aantal daarvan komen hierna aan de orde.

Nu het levenstestament vaak bedoeld is als alternatief voor de wettelijke beschermingsmaatregelen is de vraag wat een levenstestament waard is, niet alleen een begrijpelijke vraag, maar ook een terechte vraag.

26 'Factsheet Akten – Meerjarenoverzicht, januari 2017', *KNB* 31 januari 2017, zie: <https://www.knb.nl/overzicht-factsheets-vanaf-2014> (laatstelijk geraadpleegd op 11 februari 2020).

27 'Factsheet Akten – Januari 2019', *KNB* 4 maart 2019, zie: <https://www.knb.nl/overzicht-factsheets-vanaf-2014> (laatstelijk geraadpleegd op 11 februari 2020).

28 'Factsheet Akten – Oktober 2019', *KNB* 18 december 2019, zie: www.knb.nl/overzicht-factsheets-vanaf-2014 (laatstelijk geraadpleegd op 11 februari 2020).

Wat is een levenstestament?

Een belangrijke vraag is wat een levenstestament precies is.²⁹ Nu het levenstestament geen wettelijke grondslag heeft, biedt de wet geen soelaas bij de beantwoording van deze vraag. Mij is gebleken dat sommige notarissen er niet schromen om de ‘ouderwetse algehele volmacht’ vandaag de dag ‘levenstestament’ te noemen.³⁰ Dit is een zorgelijke ontwikkeling, omdat de levenstestateurs vaak in de veronderstelling verkeren dat zij alles goed geregeld hebben en niet in de gaten hebben dat in veel gevallen waarin sprake is van financieel ouderenmisbruik, het vaak de algemene volmacht is die dat misbruik faciliteert.

Ik versta onder levenstestament: een akte waarin de betrokkene (‘de levenstestateur’) een of meer geboden, verboden en/of wensen met betrekking tot zijn vermogen (waaronder mede begrepen: schulden), zijn verzorging en leven/dood heeft genoteerd met de bedoeling dat in geval van zijn wilsonbekwaamheid dienovereenkomstig wordt gehandeld. Het levenstestament kan eventueel uitgebreid worden met:

- a. de benoeming van een of meer natuurlijke en/of rechtspersonen (‘de levensexecuteur(s)’) die belast zijn met de uitvoering *casu quo* handhaving van bedoelde geboden, verboden en/of wensen;³¹
- b. de benoeming van een of meer toezichthouders die belast zijn met het controleren en zo nodig sanctioneren van de werkzaamheden van de levensexecuteur(s).

Door niet de volmacht maar de geboden, verboden en wensen als vereiste voor het levenstestament te beschouwen, wordt recht gedaan aan de oproep van mr. Fikkers en kan het levenstestament aldus worden gezien als briefing naar de (kanton)rechter, bewindvoerder, mentor of curator. Daarnaast kan het levenstestament voor hen die liever geen kantonrechter als toezichthouder wensen, worden uitgebreid met een of meer levensexecuteur(s) en toezichthouder(s).³²

29 R.E. Brinkman & J.M. Van Anken, ‘Levenstestament versus bewind en mentorschap’, *WPNR* 2015/7064, p. 470-476; K. Blankman, ‘Een wettelijke regeling voor het levenstestament?’, *WPNR* 2016/7123, p. 823-831; A. Van den Broeck, ‘Inspiratie uit het buitenland voor het Nederlandse Levenstestament’, *WPNR* 2016/7125, p. 881-892; R.E. Brinkman en J.M. Van Anken, ‘Het levenstestament en/in de notariële praktijk’, *WPNR* 2016/7131, p. 1047-1054.

30 Ik geef over dit onderwerp geregeld onderwijs aan notarissen, accountants, belastingadviseurs en financieel-planners. Op de vraag ‘wat is een levenstestament?’, krijg ik geregeld het antwoord dat het een algemene volmacht is.

31 In dit kader verwijs ik naar A.R. Autar e.a. (red.), *Compendium Levenstestament*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 91 e.v. die onderscheiden tussen negatieve verplichtingen (verplichten niet tot handelen namens of jegens de levenstestateur) en positieve verplichtingen (verplichten tot handelen namens of jegens de levenstestateur).

32 In gelijke zin: A.R. Autar e.a. (red.), *Compendium Levenstestament*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 79 e.v.

Vorm en acceptatie

Nu het levenstestament geen wettelijke grondslag heeft, is het niet aan vormvoorschriften gebonden. In de praktijk wordt het levenstestament doorgaans in een notariële akte opgemaakt. En dat is niet zonder reden: de notariële akte biedt namelijk een aantal waarborgen. Zo levert hetgeen in de notariële akte is vermeld dwingend bewijs op, staat de dagtekening vast, staat vast dat de ondertekenaars van de akte ook daadwerkelijk die akte hebben getekend én mag er van uitgegaan worden dat zij ten tijde van het ondertekenen van de akte wilsbekwaam waren. Dit maakt dat een notarieel levenstestament door de meeste financiële instellingen en officiële instanties geaccepteerd wordt, maar een garantie is dit niet. Soms kan de rechter te hulp schieten door in aanvulling op het levenstestament een beperkt bewind uit te spreken.³³ Er zijn echter ook gevallen bekend waarin financiële instellingen vertegenwoordiging middels een gevolmachtigde uitsluiten, zelfs indien er sprake is van een levenstestament.³⁴ Indien dit aan de orde is, heeft het opstellen van een levenstestament dus geen zin gehad en zal alsnog een bewind ingesteld moeten worden.

Registratie

Registratie van het levenstestament bij het Centraal Levenstestamentenregister (CLTR) is niet verplicht, maar gebeurt vrijwillig; het levenstestament heeft immers geen wettelijke basis. Om die reden is het de notaris verboden om zonder opdracht van de levenstestateur het (bestaan van het) levenstestament te laten administreren in het CLTR; de notaris zou anders zijn geheimhouding schenden. In het CLTR worden – vergelijkbaar met het Centraal Testamentenregister – gepasseerde levenstestamenten geregistreerd. De notaris die de akte passeert kan met toestemming van zijn client aan het CLTR melden of er vermogensrechtelijke en/of niet-vermogensrechtelijke kwesties zijn geregeld in het levenstestament. Er zijn ook notarissen die inschrijving in het CLTR niet nodig achten en daarom achterwege laten. Het risico van het niet registreren van het levenstestament is dat de kans reëel is dat het nooit boven water komt.

Levenstestament: de inhoud

Naar mijn mening is het belangrijkste onderdeel van het levenstestament de omschrijving van de wensen, geboden en verboden van de levenstestateur op verschillende gebieden. Deze kunnen betrekking hebben op het vermogen, bedrijf, lijf en leven. Een uitgebreide considerans waarin de belangen die de levenstestateur wenst na te streven

33 Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 26 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1997.

34 Zie bijvoorbeeld de waarschuwing van de KNB voor de algemene voorwaarden van Moneyou en Leaseplanbank via 'Bij kleine banken soms problemen met levenstestament', KNB 5 december 2019, zie: <https://www.knb.nl/nieuwsberichten/bij-kleine-banken-soms-problemen-met-levenstestament> (laatstelijk geraadpleegd op 11 februari 2020).

en de verhoudingen die hij wenst te regelen aan de orde komen, is aan te bevelen. Het is namelijk ondoenlijk om alle wensen, geboden en verboden tot in detail te regelen.

Met het opnemen van een uitgebreide considerans kunnen aldus uitlegproblemen worden voorkomen. De praktijk leert echter dat veel notarissen een (uitgebreide) considerans niet zien zitten. Het is niet ondenkbaar dat als de rechter ooit gevraagd wordt om het levenstestament uit te leggen, hij te rade gaat bij artikel 4:46 BW en de met dat wetsartikel verband houdende jurisprudentie. Het wetsartikel bepaalt in het eerste lid dat bij de uitlegging van een uiterste wilsbeschikking dient te worden gelet op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen, en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt.

Het spreekt voor zich dat indien het levenstestament niets meer is dan een algemene volmacht en dus onbekend is wat de levensexecuteur tot zijn belang rekende, de uitleg een stuk lastiger of misschien wel onmogelijk wordt.³⁵ Dit kan tot nare gevolgen leiden als de gevolmachtigde zich jegens de erfgenamen van de volmachtgever moet verantwoorden.

Over volmacht en lastgeving

Zoals betoogd, kan het levenstestament onder andere bestaan uit een of meer volmachten. Dit kan een volmacht zijn ten aanzien van alle rechtshandelingen, maar het kunnen ook specifiekere volmachten zijn, bijvoorbeeld ten aanzien van de bankzaken of de verkoop van de woning met specifieke instructies voor een bepaalde verkoopprijs. Er kan een aparte volmacht worden opgenomen voor het bedrijf van de levendestateur of vermogen in het buitenland. In dit laatste geval verdient het aanbeveling om ook in het betreffende buitenland na te gaan of er ter zake van de beoogde rechtshandelingen überhaupt volmacht gegeven kan worden en in het bevestigende geval of er ter zake van die volmacht vormvoorschriften gelden.

Specifieke aandacht vraagt ook het medische stuk van het levenstestament waarin een of meerdere medisch gevolmachtigde(n) wordt/worden aangewezen. Juristen zijn geen artsen en voorkomen moet worden dat de jurist zich op het medische vlak begeeft. Het is begrijpelijk als alle relevante kwesties in het levenstestament de aandacht krijgen. Maar de opsteller van het levenstestament dient zich steeds te realiseren dat niet alleen de jurist zijn vakjargon heeft, maar dat dit evenzeer geldt voor de arts. Zo heeft de term 'handelingsonbekwaam' in de juridische wereld een geheel andere betekenis dan in de medische.

35 In dit kader verwijs ik naar de paragraaf 'Waar wringt de schoen?'.

Het aanwijzen van een medisch gevolmachtigde in een levenstestament kan prima, evenals de wens tot opneming van een behandelverbod of euthanasiewens, maar het is van essentieel belang dat, willen die wensen ook werken, de levenstestateur de medische paragraaf van zijn levenstestament met zijn huisarts dan wel behandelend arts bespreekt. Daarmee kan ingevuld worden wanneer en in welke gevallen er voor iemand bijvoorbeeld sprake is van uitzichtloos lijden, onder vermelding van de juiste medische terminologie. Van belang is dat de wensen ook op medisch gebied en ten aanzien van de zorg op een juiste wijze worden vastgelegd.³⁶

Het hoeft geen betoog dat de persoon van de levensexecuteur met zorg moet worden uitgekozen. De adviseur die de levensexecuteur helpt bij het opstellen van een levenstestament dient daarom 'de waarom-vraag' te stellen: Waarom wilt u juist die persoon tot uw levensexecuteur benoemen? Het is goed dat de levenstestateur bij die vraag stilstaat.

Als er meerdere levensexecuteurs zijn, dient de vraag beantwoord te worden of die personen gezamenlijk dienen te handelen of ook los van elkaar mogen vertegenwoordigen? Zijn zij onbeperkt bevoegd of is hun bevoegdheid begrensd? Het kan hierbij om van alles gaan. Denk bijvoorbeeld aan de bevoegdheid om over alle banktegoeden te beschikken, over het banktegoed bij een specifieke bank of tot een bepaald maximum. Maar de vertegenwoordigingsbevoegdheid kan ook beperkt worden tot bijvoorbeeld de vakantiewoning in België of het stemrecht op de aandelen in de B.V. waarvan de levenstestateur aandeelhouder is.

Bij het toekennen van bevoegdheden dient men ook oog te hebben voor de overeenkomst die de levenstestateur met zijn wederpartij sloot. Onderdeel van die overeenkomst zijn uiteraard ook de toepasselijke algemene voorwaarden. Als voorbeeld geef ik de volmacht aan meerdere personen om over een banksaldo te beschikken en waarbij bepaald is, dat iedere gevolmachtigde tot een bepaald bedrag alleen mag handelen; gaat het om een hoger bedrag dan dienen de gevolmachtigden gezamenlijk op te treden. De meeste banken accepteren een volmacht met dergelijke restricties niet.

Dan is het ook nog de vraag hoe de in het levenstestament aan de levensexecuteur gegeven bevoegdheid moet worden gekwalificeerd: is er sprake van een volmacht (ar-

36 Zie in dit kader, met name ten aanzien van de invulling van de behandelingsovereenkomst met patiënten inzake geneeskundige behandeling, art. 7:446 e.v. BW en de praktijk vanuit de artsen bezien: J. Legemaate, 'Het levenstestament en zorgbeslissingen', *WPNR* 2016/7126, p. 912-917.

tikel 3:60 BW e.v.) of van een opdracht/lastgeving (artikel 7:400 BW e.v.).³⁷ Vreemd genoeg wordt in de praktijk het onderscheid tussen volmacht en last vaak niet onderkend, terwijl dit van belang is om de rechtsverhouding tussen de levenstestateur en de levensexecuteur te kunnen duiden.³⁸ Terwijl deze rechtsfiguren sterk op elkaar lijken, zijn de verschillen ook enorm. Daar waar bij de volmacht sprake is van een optionele bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de gevolmachtigde, wordt bij de lastgeving een sterkere band gecreëerd. Bij lastgeving wordt namelijk een overeenkomst met de *verplichting* om te handelen in het leven geroepen, en er zijn andere consequenties voor de rechtspositie en aansprakelijkheid van de lasthebber, alsmede de bescherming van de lastgever.

Indien wordt aangenomen dat er sprake is van een overeenkomst van lastgeving, dringt de vraag zich op of de lasthebber het levenstestament moet meeondertekenen en op welk moment de overeenkomst tot stand komt. Indien een professional (bijvoorbeeld een notaris) wordt gevraagd of hij bereid is de functie van levensexecuteur te vervullen voor de levenstestateur en die professional die vraag bevestigend beantwoordt (en overigens een gedetailleerde briefing volgt, afspraken worden gemaakt over het salaris van de notaris enzovoorts), ben ik geneigd aan te nemen dat er sprake is van een last. Het staat hem (de levensexecuteur) naar mijn smaak dan niet vrij om indien de levenstestateur wilsonbekwaam wordt, te melden dat hij zijn functie niet meer aanvaardt; hij had die functie immers al aanvaard en vanaf dat moment dient de levensexecuteur te presteren. Niet of niet goed presteren is wanprestatie jegens de levenstestateur.

Einde volmacht/lastgeving

Artikel 3:72 BW bepaalt wanneer de volmacht eindigt. Tijdens het leven kan een volmacht worden herroepen door de levensexecuteur en kan de lastgevingsovereen-

37 In dit verband is interessant de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6013. Volgens het Hof bestond in die zaak op grond van het ongeschreven recht een verplichting tot het afleggen van rekening en verantwoording door de gevolmachtigde. Het Hof nam bij dat oordeel in aanmerking dat de verleende volmacht onder de omstandigheden van dat geval 'zowel verwantschap vertoont met het in de wet geregelde geval van opdracht (artikel 7:400 BW) als het in de wet geregelde geval van zaakwaarneming (artikel 6:198 BW)'. Op die zelfde dag oordeelde hetzelfde Hof in een andere zaak (Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6061) 'dat tussen erflaatster en erflater enerzijds en [appellant] anderzijds een rechtsverhouding heeft bestaan die is aan te merken als een overeenkomst van opdracht. Het Hof leidt uit de stellingen van [appellant] zelf af dat hij zich jegens erflaatster en erflater heeft verbonden werkzaamheden te verrichten die niet onder de noemer van een andere benoemde overeenkomst zijn te brengen (artikel 7:400 lid 1 BW)'.

38 Zie voor meer over dit A.R. Autar e.a. (red.), *Compendium Levenstestament*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 97 e.v., waarin uitgebreid wordt ingaan op de rechtsverhouding tussen de levenstestateur en de levensexecuteur.

komst door partijen worden ontbonden. Ook overlijden, ondercuratelestelling en faillissement van levenstestateur en levensexecuteur zijn van invloed op de volmacht en lastgeving en doen deze in beginsel eindigen.³⁹ Er kan een probleem ontstaan als het levenstestament niet in de opvolging van de levensexecuteur voorziet.

Speciale aandacht verdient het bepaalde in artikel 3:73 BW: de gevolmachtigde blijft tot een jaar na het overlijden van de levenstestateur bevoegd om rechtshandelingen die niet zonder nadeel kunnen worden uitgesteld te verrichten. Ook de lastgeving eindigt na overlijden, maar kent een vergelijkbare bepaling omtrent de doorwerking na overlijden of bij ondercuratelestelling.⁴⁰ Een zorgvuldige afstemming van het levenstestament op het testament is zeer gewenst, maar de ervaring leert dat dit nog eens te wensen overlaat. Dit kan tot conflicten leiden als de gevolmachtigde en de executeur niet op één lijn zitten.

Toezichthouder/Rekening en verantwoording

Alhoewel het voor de hand liggend is om ervan uit te gaan dat de levensexecuteur veelal de vertrouwenspersoon van de levensexecuteur is, is het benoemen van een toezichthouder vaak verstandig. Zoals bekend is financieel ouderenmisbruik vandaag de dag een hot issue. Controle kan daarom sowieso geen kwaad. Controle behoedt de kwaadwillende levensexecuteur wellicht om de fout in te gaan en geeft bij de goedwillende levensexecuteur vaak een gevoel van opluchting: hij (de levensexecuteur) staat er niet alleen voor en hij heeft iemand met wie hij – indien zulks gewenst is – kan sparren. Wat de controle betreft, stuit ik in de praktijk op drie problemen:

1. de levenstestateur durft/wenst geen toezichthouder te benoemen, omdat hij vreest dat de levensexecuteur dat als een blijk van wantrouwen ervaart;
2. de levenstestateur kent niemand die hij als toezichthouder kan benoemen;
3. de toezichthouder beschikt niet over de eigenschappen en kwaliteiten om zijn taak op een juiste manier te vervullen.

Ook met betrekking tot de toezichthouder dringt zich de vraag op hoe de rechtsverhouding tussen de levenstestateur en de levensexecuteur gekwalificeerd moet worden: volmacht, lastgeving of misschien wel een andere? Om een herhaling van zetten te voorkomen, wordt op deze plaats volstaan met een verwijzing naar de paragraaf 'Over volmacht en lastgeving'. Hoe die rechtsverhouding ook wordt gekwalificeerd, het is noodzakelijk om klip en klaar in het levenstestament te melden wat men nu precies

39 Art. 3:72 en art. 7:422 BW. Voor handelingen die geen uitstel kunnen lijden, blijft de gevolmachtigde echter voor de periode tot een jaar na het overlijden van de volmachtgever bevoegd, aldus art. 3:73 BW.

40 Art. 7:422 BW.

van de toezichthouder verwacht, hoe vaak hij rekening en verantwoording moet of mag afleggen en welke maatregelen hij kan treffen indien de levensexecuteur disfunctioneert. In de literatuur is er relatief weinig aandacht voor de toezichthouder en zijn taak. Ik onderschrijf de oproep van Zaman en Van Leeuwe-ten Berge die een code bepleiten voor een toezichthouder bij een levenstestament.⁴¹

In dit kader is het verstandig stil te staan bij de *décharge* die door de toezichthouder aan de levensexecuteur is verleend. *Décharge* is het verlenen van goedkeuring voor het door de levensexecuteur gevoerde beheer en verrichte beschikkingsdaden. Het is een misvatting dat indien de toezichthouder de levensexecuteur *décharge* heeft verleend, de rechtsopvolgers van de levenstestateur de levensexecuteur nooit om informatie/opheldering kunnen vragen. Het zou bijvoorbeeld immers goed kunnen dat de levensexecuteur en de toezichthouder onder één hoedje hebben gespeeld of dat de toezichthouder zijn taak niet naar behoren heeft volbracht.

Conclusie: de wettelijke beschermingsmaatregelen als verlengstuk van het levenstestament

Door de ontwikkeling van het levenstestament is het in veel gevallen niet meer nodig om naar de kantonrechter te stappen, omdat de zaken als iemand wilsonbekwaam is kunnen worden geregeld middels een goed ingekleed levenstestament. De (kanton) rechter weigert in zo'n geval ook de instelling van bijvoorbeeld een bewind als er naar zijn oordeel een afdoende regeling in een notarieel levenstestament is.⁴²

Maar er zijn ook veel vragen die in de toekomst door de rechter beantwoord zullen worden. In de vorige paragrafen passeerden enkele de revue. Tegen die achtergrond bezien is het vreemd dat in de praktijk het levenstestament zoals dat oorspronkelijk was bedoeld weinig aandacht krijgt: de notariële akte waarin de levenstestateur zijn wensen, geboden en verboden kenbaar maakt en meldt wie zijn bewindvoerder, mentor of curator moet worden. Sinds de ingrijpende recente wijziging in Titels 16, 20 en 21 Boek 1 BW is deze mengvorm een goed alternatief voor hen die van twee werelden het beste willen. De in het levenstestament breed omschreven wensen vormen dan zoals hiervoor gemeld een mooie basis voor de bewindvoerder, mentor en curator om naar te handelen en een goed middel voor de kantonrechter om toezicht te houden. De rechter dient op grond van de wet de voorkeur van de rechthebbende voor een bepaalde persoon ook te volgen, tenzij gegronde redenen zich daartegen verzetten (zie artikel 1:435 lid 3 BW), bijvoorbeeld als de gevolmachtigde misbruik heeft gemaakt

41 A.R. Autar e.a. (red.), *Compendium Levenstestament*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 146 e.v.

42 Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 16 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1548, en meer recent: Hof Arnhem-Leeuwarden 13 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10856.

van de volmacht en gelden naar zichzelf heeft toegetrokken. De rechter kan dus ook een corrigerende werking hebben om de gevolmachtigde een halt toe te roepen wanneer er misbruik wordt gemaakt van de gegeven volmacht.⁴³

Een levenstestament wordt in de regel gemaakt door de levenstestateur die weinig voelt voor de wettelijke beschermingsmaatregelen en liever zelf de regie voert over de tweede periode in zijn leven dat hij het meest kwetsbaar is. Een levenstestament dat geen duidelijkheid verschaft omtrent de wensen, geboden en verboden van de levenstestateur, niet de juiste personen als levensexecuteur én toezichthouder aanwijst en/of onvoldoende handvatten geeft over de wijze waarop het toezicht moet plaatsvinden heeft naar mijn stellige overtuiging weinig waarde.

Levenstestateurs die liever op safe spelen, doen er verstandig aan te kiezen voor de hiervoor besproken mengvorm.

43 Zie o.a. Hof Amsterdam 2 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:346, waarin een levensexecuteur niet werd benoemd tot bewindvoerder en mentor wegens het onttrekken van gelden aan het vermogen van de levenstestateur ten gunste van zichzelf, alsmede Rb. Noord-Nederland 8 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1712, waarin 22 maanden gevangenisstraf werd opgelegd aan de levensexecuteur wegens misbruik van de algemene volmacht.

Eenvoudige adoptie door pleegouders?

Christina Jeppesen de Boer, Whitney de Haan, Geeske Ruitenberg & Machteld Vonk¹

Inleiding

De Staatscommissie Herijking Ouderschap heeft in haar rapport *Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw* voorstellen gedaan tot invoering van meerouderschap. Een van de voorstellen betreft het invoeren van eenvoudige adoptie, waarmee wordt bedoeld dat een kind de juridische banden met de oorspronkelijke ouders houdt terwijl ook een juridische afstammingsband met de adoptieouders tot stand komt. Daardoor kan ouderschap van meer dan twee personen ontstaan, met een maximum van vier ouders volgens de Staatscommissie: meerouderschap dus. Het voordeel van eenvoudige adoptie voor het kind is volgens de Staatscommissie dat zijn feitelijke situatie optimaal wordt beschermd door het vestigen van een familierechtelijke betrekking met de personen die hem daadwerkelijk opvoeden en verzorgen zonder dat het kind in juridische zin afscheid hoeft te nemen van zijn oorspronkelijke ouder(s).²

Naar aanleiding van dit voorstel van de Staatscommissie heeft de Minister voor Rechtsbescherming de toezegging gedaan om onderzoek uit te voeren naar de wenselijkheid van eenvoudige adoptie, enkel in de context van pleegzorg.³ De auteurs hebben als onderzoekers gewerkt aan dit onderzoek: *Eenvoudige Adoptie van Pleegkinderen* uitgevoerd in opdracht van het WODC (hierna WODC-rapport).⁴ De hoofdvraag van het onderzoek was in hoeverre de invoering van eenvoudige adoptie tegemoet komt aan de behoeftes en belangen van pleegouders die langdurig voor een pleegkind zorgen en de betreffende pleegkinderen en wat de voor- en nadelen van de invoering van eenvoudige adoptie in het Nederlands recht zijn.⁵

- 1 Dr. Christina G. Jeppesen de Boer is docent en onderzoeker aan de Universiteit Utrecht en verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en UCERF. Whitney de Haan MSc is docent bij de Faculteit Sociale Wetenschappen Universiteit Leiden en verricht als promovenda onderzoek op de Vrije Universiteit en de Universiteit Leiden. mr. dr. Geeske C.A.M. Ruitenberg is als universitair docent verbonden aan de afdeling Privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam. mr. dr. Machteld Vonk is docent en onderzoeker aan de afdeling Privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam en is Titularis van de Wisselleerstoel van het Tijdschrift voor Privaatrecht 2019-2020 aan de Universiteit van Antwerpen.
- 2 Staatscommissie Herijking Ouderschap, *Kind en Ouders in de 21^{ste} eeuw*, p. 435-436.
- 3 Brief aan Tweede Kamer, 22 maart 2018, *Kamerstukken II*, 333836 nr. 24.
- 4 Voortkomend, M.J. Vonk, W.D. de Haan, C.G. Jeppesen de Boer, G.C.A.M Ruitenberg, *Eenvoudige Adoptie van Pleegkinderen (WODC-rapport)*, Den Haag: Boom Juridisch 2020.
- 5 Zie verder ook de deelvragen in het WODC-rapport, p. 11.

In deze bijdrage bespreken wij de voornaamste juridische en empirische bevindingen uit het onderzoek. Wij hebben de keuze gemaakt om hier niet het rechtsvergelijkende deel van het onderzoek naar het recht van Australië, Californië, Frankrijk en Québec toe te lichten. De reden hiervoor is, naast de beperkte omvang van deze bijdrage, dat uit het onderzoek blijkt dat er niet zo veel valt te leren van de ervaringen uit deze landen.⁶

Hieronder komt ten eerste een juridische schets van de huidige positie van pleegouders en pleegkinderen in Nederland aan bod. Daarbij wordt aandacht besteed aan de positie van het pleegkind en de kinderrechtentoets die uit artikel 3 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) voortvloeien. Daarna gaan wij in op de empirische bevindingen uit het onderzoek. Het gaat om een vragenlijst-onderzoek onder pleegouders, interviews met pleegouders, pleegkinderen en professionals en een expertmeeting. Ten slotte volgt een conclusie.

Pleegouders en pleegkinderen in Nederland naar huidig recht

Als pleegouders langdurig voor een pleegkind zorgen en duidelijk is dat het opgroei-perspectief niet meer bij de oorspronkelijke ouders ligt, zijn er in het huidige recht twee manieren waarop de pleegouders hun feitelijke band met het pleegkind juridisch vorm kunnen geven: pleegoudervoogdij of adoptie. In beide gevallen is in ieder geval vereist dat de oorspronkelijke ouders geen gezag (meer) hebben. Uit recente cijfers blijkt dat na een gezagsbeëindigende maatregel de voogdij in driekwart van de gevallen bij de gecertificeerde instelling (hierna: GI) komt te liggen en slechts in een kwart van de gevallen bij de pleegouder(s).⁷ Cijfers over adoptie door pleegouders worden niet langer bijgehouden door het CBS sinds 2013. Maar de trend in de jaren waarin nog wel cijfers over adoptie werden bijgehouden, was dat het aantal adopties van in Nederland geboren kinderen zeer laag ligt.⁸

Pleegoudervoogdij

Als de pleegouders pleegoudervoogd(en) worden, krijgen zij als enige zeggenschap over de dagelijkse verzorging en opvoeding van hun pleegkind. Het pleegkind blijft juridisch echter onderdeel van zijn oorspronkelijke gezin en bredere familie, en er ontstaat alleen een juridische relatie tussen het pleegkind en de pleegouders en niet met

6 Zie verder hierover het WODC-rapport p. 39-60.

7 *Factsheet pleegzorg 2018*, laatst geraadpleegd op 2 februari 2020.

8 Het aantal adopties van in Nederland geboren kinderen lag tussen 2000 en 2012 rond de 30-35 per jaar (dit betreft alle kinderen die door anderen dan de partner van een ouder zijn geadopteerd), zie: CBS Statline Adopties van 1957-2012; in Nederland en in het buitenland geboren kinderen (laatst geraadpleegd op 2 februari 2020) <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/80496NED/table?fromstatweb>.

de rest van het gezin en de bredere familie van de pleegouders.⁹ Alle gevolgen die aan de levenslange afstammingsrelatie tussen ouder en kind zijn verbonden, zoals erfrecht, naamrecht, nationaliteit, recht op levensonderhoud maar ook de bloedverwantschap met de bredere familie die door de afstammingsrelatie ontstaat,¹⁰ blijven gekoppeld aan de relatie tussen de oorspronkelijke ouder(s) en het kind. De opvoedingsverantwoordelijkheid voor het minderjarige kind, komt echter bij de pleegouders te liggen. Dit betekent dat zij alleen het recht en de verantwoordelijkheid hebben om opvoedingsgerelateerde beslissingen te nemen, zoals schoolkeuze, medische behandeling, de woonplaats van het kind enzovoorts.¹¹ De pleegouders behouden hierbij (uitzonderingen daargelaten) recht op pleegvergoeding voor het pleegkind en op (minimale) begeleiding door de pleegzorgaanbieder. Door de pleegoudervoogdij ontstaat een tijdelijke juridische band tussen pleegkind en pleegouder(s) tot het pleegkind achttien jaar wordt. Er ontstaat geen juridische band met de overige kinderen in het gezin of met andere familieleden. Als het pleegkind achttien jaar wordt, valt de pleegoudervoogdij weg en is er geen juridisch band meer met de pleegouder(s). De afstammingsrelatie met de oorspronkelijke ouder(s) en de daaraan gekoppelde bloedverwantschap met oorspronkelijke broertjes en zusjes, opa's en oma's van het inmiddels volwassen geworden pleegkind blijft gewoon voortbestaan.

Adoptie

Als het pleegkind door de pleegouders wordt geadopteerd, worden de pleegouders de juridische ouders van het pleegkind en krijgen zij ook het gezag.¹² Doordat de pleegouders de juridische ouders worden van het kind wordt het pleegkind juridisch onderdeel van het gezin en de overige familie van de pleegouders. De adoptieouders krijgen geen pleegvergoeding meer en ook geen begeleiding van de pleegzorgaanbieder, nu zij de juridische ouders van het kind zijn geworden en het kind feitelijk geen pleegkind meer is. Keerzijde hiervan is dat de oorspronkelijke ouders niet langer de juridische ouders zijn van het pleegkind en het kind niet langer deel uitmaakt van het oorspronkelijke gezin/familie. De juridische band met eventuele broertjes en zusjes en opa's en oma's die mogelijk zorg voor het kind hebben gehad voor het bij de pleegouders terecht kwam, wordt ook verbroken. De nieuwe ouders en hun familie komen letterlijk in de plaats van de oorspronkelijke ouders en hun familie. Er kan uiteraard nog

9 Er kan natuurlijk wel een nauwe persoonlijke betrekking ontstaan tussen het pleegkind en de rest van het gezin waaraan uit artikel 8 EVRM verbonden rechten kunnen voortvloeien.

10 Zie voor meer details hoofdstuk 2 in het WODC-rapport.

11 Artikel 1:247 lid 1-3 BW.

12 Artikel 1:229 lid 1 en 2. Zie WODC-rapport p. 28-29 over de rechtsgevolgen van de adoptie.

wel contact bestaan tussen het kind en de oorspronkelijke ouders en/ familie,¹³ maar de rol van de oorspronkelijke ouder in de 'hoedanigheid van ouder' is uitgespeeld.¹⁴

Eenvoudige adoptie

Eenvoudige adoptie zoals door de Staatscommissie is voorgesteld, is een hybride oplossing waarbij de pleegouders juridisch ouder worden van en gezag krijgen over het pleegkind zonder dat de afstammingsband van het kind met de oorspronkelijke ouders en overige familie wordt verbroken. In plaats van *substitutieve afstamming* waarbij de ene familie in de plaats komt van de andere, is dit een vorm van *additieve afstamming* waarbij het kind er een familie bij krijgt in plaats van een familie verliest. Het doel is om voor het kind belangrijke juridische banden met oorspronkelijke familieleden (ouders, broertjes en zusjes, opa's en oma's) in stand te laten. Zo heeft het kind ook na de meerderjarigheid een juridische band met zowel de (pleeg)adoptieouders en familie als met de oorspronkelijke ouders en familie. Met name ook de relatie met oorspronkelijke broers/zussen of pleegbroertjes en zusjes kan daarbij van belang zijn, evenals de relatie met opa's en oma's.¹⁵

De mogelijkheid van eenvoudige adoptie roept vragen op wat betreft de gevolgen van de dubbele afstammingsband die door deze vorm van adoptie ontstaat, bijvoorbeeld: kan het kind van beide families erven, kan het kind de Nederlandse nationaliteit krijgen via de (pleeg)adoptieouders, hebben alle ouders een onderhoudsverplichting en hoe zit het met het naamrecht?¹⁶ Er ontstaan zeker ook vragen over de begeleiding van de (pleeg)adoptieouders bij het contact tussen het kind en de oorspronkelijke ouders en over de financiële gevolgen van adoptie voor de pleegouders. Over de juridische gevolgen is de Staatscommissie helder: volgens de Staatscommissie zou eenvoudige adoptie dezelfde gevolgen moeten hebben als een op andere manieren tot stand gekomen afstammingsband.¹⁷

Kinderrechten van pleegkinderen bij pleegzorg en adoptie

Een belangrijke vraag voor de wetgever bij het maken van keuzes in verband met mogelijke nieuwe wetgeving is de kinderrechtentoets, die uit artikel 3 IVRK en het bij dat artikel behorende *General Comment* nr. 14 van het Kinderrechtencomité voortvloeit.¹⁸ De wetgever moet bekijken wat voor gevolgen wetgeving heeft voor de

13 Artikel 1:229 lid 5 BW.

14 Artikel 1:227 lid 3 BW.

15 WODC-rapport, p. 35-36.

16 WODC-rapport, p. 28-29 en p. 105-107.

17 Staatscommissie Herijking Ouderschap, *Kind en Ouders in de 21^{ste} eeuw*, p. 435-436.

18 CRC General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, art. 3, para. 1.

belangen en rechten van kinderen die door de wetgeving worden geraakt. Het gaat daarbij in dit onderzoek niet om de vraag of adoptie (sterk of eenvoudig) op zich een betere oplossing zou zijn dan langdurige pleegzorg voor kinderen die niet bij hun eigen ouders opgroeien, maar om de vraag of het instrument van eenvoudige adoptie voldoet aan de eisen die het internationale kader stelt aan de vormgeving van zorg voor kinderen die niet bij hun oorspronkelijke ouders kunnen opgroeien. Daarbij zijn zowel het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), het IVRK, als de meer specifiek op deze situatie gerichte VN-richtlijnen voor alternatieve zorg van belang. Kinderbeschermingsmaatregelen zijn er in beginsel op gericht om ouders te ondersteunen om de zorg voor hun kinderen (weer) zelf op zich te nemen, en zijn dan ook voornamelijk gericht op de hereniging van het kind met de oorspronkelijke ouders. Bestaat die mogelijkheid niet meer en ligt het opgroeipectief niet meer bij de oorspronkelijke ouders, dan moet er gezocht worden naar een *duurzame* oplossing die het beste past bij het specifieke kind.¹⁹ Daarbij moet gekeken worden welke oplossing vanuit het perspectief van het belang van het kind de meest geschikte duurzame oplossing is. Onder duurzame oplossingen in het belang van het kind scharen de VN-richtlijnen ook adoptie en kafala.²⁰ In het kader van duurzaamheid voor het pleegkind is het interessant om kort een recent interdisciplinair artikel over adoptie als kindbeschermingsmaatregel, waarin een veelheid aan onderzoek is samengebracht en geanalyseerd, aan te halen.²¹ In dit artikel wordt een onderscheid gemaakt tussen *legal permanence*, *residential permanence* en *relational permanence* bij het zoeken naar een duurzame oplossing voor pleegkinderen die niet bij hun oorspronkelijke ouders kunnen opgroeien. Bij voorkeur liggen bij de maatregel die wordt gekozen de juridische zeggenschap, de plek waar het kind woont en de mensen bij wie het kind zich 'thuis voelt' in hetzelfde gezin. Adoptie, zo stellen de auteurs, is een manier om dit te bewerkstelligen:

“Among the alternatives in out-of-home placements, adoption facilitates a lifelong experience of belonging, a sense of stability and permanence that promotes recovery from

19 Zie ook artikel 20 lid 3 IVRK: Deze [alternatieve vorm van] zorg kan, onder andere, plaatsing in een pleeggezin omvatten, kafalah volgens het Islamitische recht, adoptie, of, indien noodzakelijk, plaatsing in geschikte instellingen voor kinderzorg. Bij het overwegen van oplossingen wordt op passende wijze rekening gehouden met de wenselijkheid van continuïteit in de opvoeding van het kind en met de etnische, godsdienstige en culturele achtergrond van het kind en met zijn of haar achtergrond wat betreft de taal.

20 UN Guidelines for Alternative Care in Purpose onder 2a en b.

21 Palacios et al, *Adoption in the service of Child protection: An international Interdisciplinary perspective*, Psychology, Public Policy and Law, 2019 Vol. 25, No. 2, 57-72.

past difficulties and the type of enduring bonding that nurtures psychological and relational well-being.”²²

Zowel de VN-richtlijnen voor alternatieve zorg, het IVRK als het EVRM²³ zien adoptie als een mogelijke oplossing als gezocht wordt naar continuïteit in de opvoeding indien de oorspronkelijk ouders dit niet kunnen bieden aan het kind.²⁴ De vraag of langdurige pleegzorg of adoptie in een concreet geval de beste oplossing is, ligt vervolgens bij de jeugdzorgketen en de rechter.

Naast het belang van een duurzame oplossing, zijn ook het recht van het pleegkind op het behoud en de ontwikkeling van de *identiteit*²⁵ en het recht op *participatie* van belang.²⁶ Identiteit omvat zowel de plaats van het kind in het oorspronkelijke gezin als de plaats van het kind in het pleeggezin; het kind is immers door beide omgevingen gevormd. Daarnaast heeft het kind recht op inspraak in beslissingen die over zijn of haar toekomst worden genomen. Bezien vanuit het perspectief van het belang van het kind zou de invoering van eenvoudige adoptie tot meer maatwerk kunnen leiden om voor een concreet kind, gezien de omstandigheden van het specifieke geval, een duurzame oplossing te vinden die rekening houdt met het recht op behoud en erkenning van de identiteit, mits het kind bij de besluitvorming wordt betrokken en vanaf een zekere leeftijd een vetorecht heeft.²⁷

De mening van pleegkinderen, pleegouders en professionals

Het WODC-onderzoek diende tevens antwoord te geven op de vraag in hoeverre vanuit de praktijk behoefte is aan eenvoudige adoptie. Hoe denken pleegouders, pro-

- 22 Palacios et al, *Adoption in the service of Child protection: An international Interdisciplinary perspective*, Psychology, Public Policy and Law, 2019 Vol. 25, No. 2, p. 62.
- 23 Zie het Handboek over het Europese recht inzake de rechten van het kind waar in para. 6.3 wordt geconcludeerd dat adoptie een alternatief is voor kinderen die niet bij hun oorspronkelijke familie kunnen blijven.
- 24 Zie ook Hoofdstuk 6 Alternatieven voor gezinszorg en adoptie van het Handboek over het Europese recht inzake de rechten van het kind.
- 25 Artikel 6, 7 en 8 IVRK. Zie WODC-rapport, p. 35-36.
- 26 Artikel 12 IVRK, UN Guidelines for Alternative Care para. 57 en zie voor mee informatie ook het eerdergenoemde Handboek over het Europese recht inzake de rechten van het kind p. 101. Zie WODC-rapport p. 36-37 en het artikel in deze bundel van Bruning et al over de participatierechten van kinderen in het algemeen.
- 27 Volgens het huidige recht mag het kind van 12 jaar en ouder geen bezwaar hebben tegen de adoptie, dit geldt ook voor het kind jonger dan 12 jaar, indien het in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake (art 1:228 lid 1 onder a). Een dergelijke regeling zal ook voor eenvoudige adoptie gelden. Uit onderzoek naar de participatiemogelijkheden van kinderen dat in opdracht van het WODC wordt uitgevoerd, zal moeten blijken of de leeftijd van 12 jaar daarbij in stand moet blijven.

professionals en de pleegkinderen zelf over deze vorm van adoptie? Wat zijn de voor- en nadelen hiervan? Aan welke voorwaarden moet zijn voldaan voordat tot eenvoudige adoptie kan worden overgegaan en welke gevolgen zouden hieraan moeten worden verbonden? Ter beantwoording van deze vragen is een vragenlijstonderzoek afgenomen bij pleegouders, zijn pleegouders, pleegkinderen en professionals geïnterviewd en is een expertmeeting georganiseerd.²⁸

Sterke adoptie

In het vragenlijstonderzoek viel op dat veel pleegouders niet op de hoogte zijn van de huidige mogelijkheid om hun pleegkind (sterk) te adopteren. Deze mogelijkheid wordt veelal niet met hen besproken²⁹ en ook de meeste geïnterviewde pleegkinderen hadden nog nooit over adoptie nagedacht.³⁰ Volgens professionals zouden pleegouders wel vaker op deze mogelijkheid, evenals op andere mogelijkheden zoals bijvoorbeeld om het pleegkind van de pleegouders te laten erven en hun achternaam aan te nemen, mogen worden gewezen. De status/positie van pleegouders die langdurig voor een pleegkind zorgen zou volgens hen moeten worden erkend en versterkt.³¹

Minder dan een kwart van de pleegouders die de vragenlijst hebben ingevuld gaf aan hun pleegkind op de kortere of langere termijn (sterk) te willen adopteren (22,9%). Het aantal pleegouders dat hierover twijfelde (37,2%) of liet weten dit niet te willen of kunnen (37,6%) was nagenoeg gelijk.³² De voornaamste reden om wel te kiezen voor sterke adoptie is dat het dan voor het pleegkind duidelijk is dat het er echt bij hoort.³³ Bij de twijfelaars waren de meest genoemde redenen het verliezen van de pleegvergoeding en pleegzorgbegeleiding.³⁴ Redenen om niet te kunnen adopteren waren onder meer dat de pleegouders familie zijn van het pleegkind of dat dit kind

28 Het vragenlijstonderzoek is uitgevoerd bij 615 voltijdpleegouders die minstens één jaar voor een pleegkind zorgen ($N = 603$) of dit in de afgelopen vijf jaar hebben gedaan ($N = 12$). Er zijn diepte interviews gehouden met dertien pleegouders en acht pleegkinderen van verschillende leeftijden. Daarnaast zijn zes professionals geïnterviewd en waren vier professionals aanwezig tijdens de expertmeeting. De professionals waren een gedragswetenschapper, twee juristen die betrokken zijn bij de rechtspraak en de landelijke werkgroep adoptie, een bestuurder van het Landelijk Overleg PleegOuderRaden, een medewerker van een pleegzorgorganisatie, een advocaat die tevens trainingen/ advies geeft aan pleegzorginstaties, een medewerker van de Nederlandse Vereniging voor Pleeggezinnen, een orthopedagoog die zich onder meer bezig houdt met (interlandelijke) adoptie en een Bijzonder hoogleraar adoptiestudies. WODC-rapport, p. 72, 74, 83.

29 357 pleegouders gaven aan niet van de mogelijkheid op de hoogte te zijn en maar liefst 560 pleegouders lieten weten dat deze mogelijkheid niet met hen is besproken en/of dat zij deze ook niet zelf bespreekbaar hebben gemaakt. WODC-rapport, p. 64.

30 WODC-rapport, p. 76.

31 WODC-rapport, p. 93.

32 WODC-rapport, p. 65.

33 WODC-rapport, p. 65.

34 WODC-rapport, p. 65.

meerderjarig is. De door pleegouders meest genoemde reden om, hoewel dit mogelijk is, niet te adopteren is dat zij het te ingrijpend vinden dat daardoor de juridische banden met de oorspronkelijke ouders worden doorgesneden. Andere redenen zijn onder meer dat de problematiek van het pleegkind te zwaar is, bewust is gekozen voor pleegzorg in plaats van adoptie en dat het prettig is als een gezinsvoogd als 'buffer' tussen de pleegouders en ouders staat.³⁵ Van de geïnterviewde pleegkinderen wil een deel niet geadopteerd worden, bijvoorbeeld omdat ze tijdelijk door pleegouders worden verzorgd of omdat zij al een familieband met de pleegouders hebben. Anderen willen wel geadopteerd worden om er helemaal bij te horen en officieel familie te zijn, terwijl sommigen zeggen zich al familie te voelen en dat daardoor adoptie niet nodig is.³⁶ Indien kan worden gekozen tussen sterke of eenvoudige adoptie, heeft een deel van de pleegouders die de vragenlijst hebben ingevuld een voorkeur voor eenvoudige adoptie (29,1%), maar verkies een kleiner deel juist sterke adoptie (6,7%). Andere pleegouders twijfelen tussen beide vormen (19,5%), willen überhaupt niet adopteren (22%) of kunnen niet adopteren (13,2%).³⁷

Voor- en nadelen van eenvoudige adoptie

Sommige pleegouders zien geen voordelen van eenvoudige adoptie (N = 130, 21,1%), maar de meesten zien deze wel. Het meest gekozen voordeel is dat bij eenvoudige adoptie het pleegkind weet dat het volledig bij de (pleeg)familie hoort, maar dat het tegelijkertijd ook een band behoudt met de oorspronkelijke ouder(s) en familie.³⁸ Stabiliteit, dat wil zeggen dat een kind door eenvoudige adoptie onvoorwaardelijk bij het pleeggezin hoort, wordt ook door professionals gezien als belangrijk voordeel.³⁹ 198 pleegouders (32,3%) zien geen nadelen van eenvoudige adoptie. Degenen die wel nadelen zien noemen met name dat het tot meer conflicten kan leiden als het pleegkind drie of vier ouders krijgt.⁴⁰ Ook enkele geïnterviewde pleegkinderen zien dit als probleem. Zij zijn er bang voor om klem te komen te zitten tussen de ouders en pleeg-/adoptieouders en vinden dat de situatie voor pleegkinderen ingewikkeld wordt.⁴¹ Professionals beschouwen het behoud van de band met de oorspronkelijke ouder(s) en familie als voordeel omdat het kind de eigen identiteit behoudt, maar tegelijkertijd als nadeel omdat dit de situatie ingewikkelder maakt en ouders en pleeg-/

35 WODC-rapport, p. 66. Geïnterviewde pleegouders noemden als redenen om niet te adopteren eveneens dat ze het te ingrijpend vinden dat de band van het pleegkind met de oorspronkelijke ouders wordt verbroken en ook dat ze de financiële middelen niet hebben of het kind niet kunnen of willen adopteren. WODC-rapport, p. 76.

36 WODC-rapport, p. 76.

37 Daarnaast lieten 60 pleegouders (9,8%) deze vraag onbeantwoord. WODC-rapport, p. 67, 68.

38 WODC-rapport, p. 68. Dit is bevestigd in de interviews met pleegouders. WODC-rapport, p. 77.

39 WODC-rapport, p. 84.

40 WODC-rapport, p. 68.

41 WODC-rapport, p. 77, 82.

adoptieouders moeten samenwerken en dat tot conflicten kan leiden.⁴² Volgens hen zullen de voor- en nadelen in belangrijke mate afhankelijk zijn van de keuzes die worden gemaakt ten aanzien van de voorwaarden voor eenvoudige adoptie en de (rechts) gevolgen die daaraan worden verbonden.⁴³

Voorwaarden en gevolgen

De belangrijkste randvoorwaarden voor eenvoudige adoptie zijn op basis van de vragenlijst dat sterk rekening moet worden gehouden met de wensen van het pleegkind (60,7%) en dat indien nodig begeleiding kan worden ingeschakeld (52,2%).⁴⁴ Ook de geïnterviewde pleegkinderen brengen duidelijk naar voren dat zij een stem willen hebben in beslissingen die over hen genomen worden.⁴⁵

Op financieel gebied volgt uit de vragenlijst dat de meerderheid van de pleegouders meent dat de pleegvergoeding moet blijven bestaan (72,8%) en dat de kosten van de adoptieprocedure moeten worden vergoed (57,6%). Enkele pleegouders geven aan het pleegkind wel te willen adopteren, maar dit nu financieel niet haalbaar te achten.⁴⁶ De geïnterviewde pleegouders zijn verdeeld over de vraag of na eenvoudige adoptie de adoptieouders en/of de oorspronkelijke ouders het kind moeten onderhouden. Ook vinden sommigen het vanzelfsprekend dat het kind van de pleeg-/adoptieouders erft, maar zijn anderen daar juist op tegen.⁴⁷

De meeste pleegouders en pleegkinderen vinden dat het pleegkind na eenvoudige adoptie de achternaam van een van de pleegouders moet kunnen kiezen.⁴⁸ Daarover zijn de professionals het unaniem eens en zij vinden ook unaniem dat het kind de eenvoudige adoptie moet kunnen herroepen.⁴⁹ De meningen van zowel de pleegouders, pleegkinderen als professionals zijn verdeeld over de vraag of eenvoudige adoptie mogelijk moet zijn als de oorspronkelijke ouder(s) hiermee niet instemmen, maar adoptie wel in het belang van het kind is.⁵⁰ Ook over de minimale termijn die een kind in het pleeggezin moet verblijven voordat kan worden overgegaan tot eenvoudige adoptie zijn hun meningen verdeeld. Zo stellen sommigen dat dit een termijn

42 WODC-rapport, p. 93.

43 WODC-rapport, p. 93.

44 WODC-rapport, p. 69. Dit wordt ook genoemd door geïnterviewde pleegouders. WODC-rapport, p. 78.

45 WODC-rapport, p. 82.

46 WODC-rapport, p. 70.

47 WODC-rapport, p. 78.

48 WODC-rapport, p. 70, 78, 91. Dit vindt 54,3% van de pleegouders die vragenlijst hebben ingevuld.

49 WODC-rapport, p. 94.

50 WODC-rapport, p. 72, 81. 57,1% van de pleegouders die de vragenlijst hebben ingevuld, vinden dat dit mogelijk moet zijn.

van twee jaar of langer moet zijn, terwijl anderen menen dat de termijn afhankelijk moet zijn van het (opgroei)perspectief en/of de leeftijd van het kind.⁵¹

Over de leeftijd vanaf wanneer een kind zou moeten worden gehoord, zijn de meningen eveneens verdeeld.⁵² Wat betreft de doelgroep van eenvoudige adoptie vindt de meerderheid van de pleegouders (52,7%), net als de professionals, dat meerderjarige pleegkinderen moeten kunnen worden geadopteerd en menen een minderheid van de pleegouders (44,9%) en een minderheid van de professionals dat grootouders moeten kunnen adopteren.⁵³

Eenvoudige adoptie wenselijk?

Op de vraag of het invoeren van een vorm van eenvoudige adoptie wenselijk is, is het antwoord vanuit het empirische gedeelte van het WODC-onderzoek niet eenduidig. Uit de vragenlijst volgt dat minder dan een derde van de pleegouders eenvoudige adoptie een betere optie vindt dan sterke adoptie, maar een aanzienlijk deel twijfelt, wil of kan niet adopteren of (een klein deel) verkiest juist sterke boven eenvoudige adoptie.⁵⁴ De meningen van geïnterviewde pleegouders en pleegkinderen zijn hierover eveneens verdeeld. Dit houdt mede verband met het verschil in achtergrond en situatie van de pleegkinderen.⁵⁵ Ten slotte zijn ook de professionals verdeeld. Sommigen menen dat beter zou kunnen worden gekeken naar alternatieven om de status/positie van pleegouders die langdurig voor pleegkinderen zorgen, en daarmee ook de positie van die kinderen, te verstevigen. Anderen vinden echter dat in situaties waarin dit het beste is voor een kind, eenvoudige adoptie tot de mogelijkheden zou moeten behoren.⁵⁶

Conclusie

Het onderzoek biedt geen duidelijk antwoord op de vraag of eenvoudige adoptie mogelijk moet worden gemaakt. De diversiteit onder pleeggezinnen en pleegkinderen is groot en er kleven, zoals uit het bovenstaande blijkt, zowel voordelen als nadelen aan eenvoudige adoptie. Het invoeren van een nieuw instrument kan tegemoetkomen aan de wensen van *sommige* pleegouders en pleegkinderen. Er is echter geen breed gedragen wens hiertoe.

51 WODC-rapport, p. 72, 81, 94.

52 WODC-rapport, p. 72, 91. In de vragenlijst kiest 59,2% van de pleegouders voor 12 jaar of ouder, 21,0% voor acht jaar of ouder en 8,5% voor zes jaar of ouder.

53 WODC-rapport, p. 71, 91. De meningen van de geïnterviewde pleegouders zijn over adoptie van meerderjarigen verdeeld, terwijl de meeste pleegkinderen hiervan voorstander zijn. WODC-rapport, p. 80.

54 WODC-rapport, p. 68.

55 WODC-rapport, p. 82.

56 WODC-rapport, p. 95.

Vanuit een juridisch perspectief is van belang dat het invoeren van een nieuw instrument tot zowel grotere flexibiliteit alsook grotere complexiteit leidt. Het verdient opmerking dat de flexibiliteit niet alleen gelegen is in een nieuw instrument maar ook, als wordt gelet op de uitkomsten van het empirisch onderzoek, tot een (noodgedwongen) flexibilisering van voorzieningen die daaraan verbonden zijn: kan de pleegvergoeding en de begeleiding vanuit de pleegzorgaanbieder bijvoorbeeld worden voortgezet na een eenvoudige adoptie? Hoe zit het met de mogelijkheid tot herroeping van adoptie? Heeft het invoeren van eenvoudige adoptie ook consequenties voor de huidige 'sterke' adoptievorm? Kortom, als wordt gekozen voor dit nieuwe instrument zal over de voorwaarden voordat tot eenvoudige adoptie kan worden overgegaan en de gevolgen die aan de invoering daarvan worden verbonden stevig moeten worden nagedacht en moet een groot aantal keuzes worden gemaakt. Daarbij dient bovendien te worden gelet op het grotere geheel. Als pleegkinderen door middel van eenvoudige adoptie drie of vier juridische ouders kunnen krijgen, moet dit dan ook niet voor andere kinderen, zoals kinderen uit zogenoemde 'roze gezinnen' of kinderen die een goede band met hun stiefouder(s) hebben, mogelijk worden gemaakt?

Eenzijds geldt dat hoe meer modaliteiten worden toegevoegd, hoe complexer de situatie en de keuze voor de ene of de andere oplossing wordt. Anderzijds is er een grote diversiteit onder pleegkinderen en pleeggezinnen en hun behoeftes en kan invoering van eenvoudige adoptie tegemoetkomen aan de wensen van een deel van de pleegouders en -kinderen. Bovendien kan het zo zijn dat meer keuzemogelijkheden meer ruimte bieden om tegemoet te komen aan de behoeftes van het specifieke pleegkind.

De keuze ligt nu bij de politiek. Zij moeten beslissen of zij op basis van ons onderzoek al dan niet overgaan tot het voorstellen van een nieuwe vorm van (eenvoudige) adoptie specifiek voor pleegouders en pleegkinderen en hoe deze nieuwe vorm er vervolgens uit komt te zien. Het onderzoek maakt duidelijk dat bij die keuzes de belangen van de betrokken pleegkinderen een doorslaggevende rol moeten spelen en dat hun participatierecht in een eventuele regeling van eenvoudige adoptie voorop moet staan.

De praktijk van het hoorrecht van minderjarigen: verbeteringen wenselijk?

Mariëlle Bruning¹

Ten geleide

De positie van minderjarigen in procedures, en in het bijzonder hun recht om gehoord te worden, heeft de afgelopen decennia in het kinderrechtendiscours veel aandacht gekregen. Artikel 12 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) en het door het VN-Kinderrechtencomité opgestelde General Comment nr. 12 over dit recht van elk kind om gehoord te worden in alle beslissingen die hen aangaan, zijn hierbij op mondiaal niveau van grote invloed. Maar ook op regionaal niveau valt er toenemende aandacht te constateren voor de positie van minderjarigen in procedures en hun rechten daarbij. Zo zijn de *Guidelines on Child-Friendly Justice* in 2010 aangenomen door de Raad van Europa en heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) enkele malen benadrukt dat het recht van een minderjarige om gehoord te worden in een procedure voortvloeit uit art. 8 EVRM en is het recht van kinderen op 'effectieve participatie' als onderdeel van het recht op een eerlijk proces erkend.²

Kinderen die in staat zijn hun eigen mening te vormen, hebben op grond van internationale standaarden het recht om die mening vrijelijk te uiten en gehoord te worden in procedures die hen betreffen. Aan de mening van het kind moet passend belang worden gehecht in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid (art. 12, lid 1 IVRK). Het tweede lid van artikel 12 IVRK verlangt ter verwezenlijking van dit recht dat het kind de mogelijkheid moet worden gegeven om gehoord te worden in elke juridische of administratieve procedure die het kind aangaat. Het VN-Kinderrechtencomité heeft aangegeven dat het hoorrecht niet afhankelijk zou moeten zijn van een leeftijdsgrens. Alle minderjarigen zouden in staat zijn om hun mening te vormen, waarbij jonge kinderen extra ondersteuning nodig hebben. Leeftijdsgrenzen kunnen volgens het VN-Kinderrechtencomité in het recht worden gebruikt, maar

1 Prof. mr. dr. Mariëlle Bruning is hoogleraar Jeugdrecht aan de Universiteit Leiden.

2 Zie o.m. EHRM 3 september 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD001016113 (*M&M/Kroatië*), EHRC 2015/234, m.nt. Bruning; EHRM 2 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD007177612 (*N.TS. e.a./Georgië*). Zie verder: M.R. Bruning & K.G.A. Bolscher, 'Juridische analyse van de procespositie en het hoorrecht van minderjarigen', in: M.R. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie*, Meijers reeks nr. 335, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, p. 100 e.v.

mogen niet absoluut zijn en de leeftijdsgrenzen moeten ruimte overlaten om jongere kinderen ook de mogelijkheid te bieden om door de rechter gehoord te worden.³ Ook heeft het VN-Kinderrechtencomité benadrukt dat *'simply listening to the child is insufficient; the views of the child have to be seriously considered when the child is capable of forming her or his own views'*.⁴ Minderjarigen die zijn gehoord, hebben recht op een terugkoppeling om te horen hoe hun mening van invloed is geweest op de beslissing: *'the feedback is a guarantee that the views of the child are not only heard as a formality, but are taken seriously'*.⁵ Volgens het VN-Kinderrechtencomité is het horen van minderjarigen in familierechtelijke procedures bedoeld om invulling te kunnen geven aan wat het 'belang van het kind' in een concrete zaak omvat.⁶

In Nederland is er in de afgelopen jaren ook duidelijk meer aandacht voor de positie van minderjarigen in juridische procedures. Kinderen krijgen vooral te maken met wat ik verder 'familie- en jeugdprocedures' (uit boek 1 BW) zal noemen: procedures over afstamming, gezag, omgang en scheiding en kindbeschermingsmaatregelen. De toegenomen aandacht heeft zich vooral gericht op de praktijk van het horen van kinderen door familie- en jeugdrechters en op de mogelijkheid om een bijzondere curator te benoemen die een minderjarige kan bijstaan in dergelijke procedures. Tegelijk geldt voor deze procedures dat minderjarigen procesonbekwaam zijn, wat betekent dat zij niet zelfstandig als procespartij kunnen optreden, met enkele uitzonderingen daargelaten. In het civiel recht is het uitgangspunt nog steeds dat wettelijke vertegenwoordigers de belangen van de minderjarigen in procedures behartigen, tenzij hun belangen in strijd zijn met die van de minderjarige; in dat geval kan een bijzondere curator (art. 1:250 BW) worden benoemd als belangenbehartiger voor het kind. Tegelijk moeten minderjarigen wel betrokken worden in familie- en jeugdprocedures. Het recht om gehoord te worden is voor familie- en jeugdprocedures in Nederland vormgegeven met een hoorrecht (dat is vastgelegd in art. 809 Rv), waarbij een leeftijdsgrens geldt. Elke minderjarige van twaalf jaar en ouder moet in zaken betreffende het personen- en familierecht die hen aangaan in de gelegenheid worden gesteld om zijn of haar mening kenbaar te maken, tenzij het naar het oordeel van de rechter een

3 General Comment nr. 12 (UNCRC), par. 52 en 102.

4 General Comment nr. 12 (UNCRC), par. 28.

5 General Comment nr. 12 (UNCRC), par. 45.

6 General Comment nr. 14 (UNCRC), par. 43.

zaak van kennelijk ondergeschikt belang betreft.⁷ Kinderen jonger dan twaalf jaar *kunnen* door de rechter gehoord worden, maar de rechter is hiertoe niet verplicht.

In de juridische literatuur gaan de afgelopen jaren stemmen op om de procespositie van minderjarigen in familie- en jeugdprocedures te verbeteren. Ook de Staatscommissie Herijking ouderschap heeft in haar rapport ‘Kind en ouders in de 21^e eeuw’ van 7 december 2016 geadviseerd tot een brede bezinning op de procespositie, waaronder het hoorrecht, van minderjarigen in het familie- en jeugdrecht. Dit was de aanleiding voor een WODC-onderzoek naar de mogelijkheid en wenselijkheid van een verbetering van de formele procespositie en het hoorrecht van minderjarigen in familie- en jeugdprocedures door de Universiteit Leiden. In januari 2020 werd het onderzoeksrapport ‘Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie’ uitgebracht.⁸ Deze bijdrage is gebaseerd op dit rapport en gaat in op de vraag hoe het hoorrecht van minderjarigen in familie- en jeugdprocedures is geïmplementeerd, met andere woorden: hoe de dagelijkse praktijk van het hoorrecht van minderjarigen in familie- en jeugdprocedures er in Nederland uit ziet, hoe dit zich verhoudt tot de wettelijke regeling en of, en zo ja, welke verbeteringen wenselijk dan wel noodzakelijk zijn.⁹ Daartoe zal ik eerst ingaan op de regeling van het hoorrecht en enkele nieuwe ontwikkelingen ten aanzien van het hoorrecht in de praktijk (par. 2). Vervolgens zullen relevante uitkomsten uit het WODC-onderzoek ten aanzien van het horen van kinderen in familie- en jeugdprocedures worden gepresenteerd (par. 3), waarna zal worden ingegaan op de vraag of, en zo ja welke verbeteringen ten aanzien van het hoorrecht van minderjarigen in familie- en jeugdprocedures wenselijk zijn (par. 4).

Het hoorrecht; werkwijze en recente ontwikkelingen

Zoals hierboven is genoemd, worden minderjarigen van twaalf jaar en ouder in beginsel door de rechtbank uitgenodigd om gehoord te worden in familie- en jeugdprocedures. De rechter moet immers op grond van art. 809 lid 1 Rv eerst de minderjarige van twaalf jaar en ouder in de gelegenheid stellen om zijn mening kenbaar te maken, voordat hij over de zaak beslist. De leeftijd van twaalf jaar is op voorstel van de commissie Wiarda destijds in de wet opgenomen. Deze leeftijdsgrens was gebaseerd op de

7 Voor kinderalimentatiezaken geldt een leeftijdsgrens van zestien in plaats van twaalf jaar, zie art. 809 lid 1 R2v. De Hoge Raad heeft op 1 november 2013 benadrukt dat de rechter er slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden van kan afzien om de minderjarige in de gelegenheid te stellen om zijn mening kenbaar te maken, waarbij vijf uitzonderingen worden genoemd; HR 1 november 2013, *NJ* 2014/24, m.nt. S.F.M. Wortmann.

8 M.R. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie*, Meijers-reeks nr. 335, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020.

9 In deze bijdrage blijft de formele procespositie van minderjarigen (de eigen rechtsingang en de informele rechtsingang) buiten beschouwing, zie hiervoor het WODC-rapport.

overgang van minderjarigen van de basisschool naar het voortgezet onderwijs en de leeftijdsgrens voor strafrechtelijke verantwoordelijkheid.¹⁰ Het hoorrecht was bedoeld ter verbetering van de rechtsbescherming van betrokkenen bij dergelijke procedures.¹¹ De rechter kan ook minderjarigen jonger dan twaalf jaar uitnodigen om te worden gehoord, maar is daar niet toe verplicht, ook niet als de minderjarige jonger dan twaalf jaar uitdrukkelijk heeft aangegeven gehoord te willen worden. De beslissing van de rechter om niet te horen hoeft volgens de Hoge Raad niet gemotiveerd te worden, behoudens bijzondere omstandigheden.¹² In de wet is geen aanwijzing te vinden hoe de rechter moet bepalen of hij minderjarigen jonger dan twaalf jaar wel of niet hoort. Er is wettelijk evenmin iets geregeld over de wijze hoe minderjarigen in de gelegenheid moeten worden gesteld om hun mening kenbaar te maken, waar en hoe minderjarigen moeten worden gehoord door de rechter.

Minderjarigen worden thans door middel van een oproepbrief uitgenodigd om hun mening kenbaar te maken. Minderjarigen kunnen kiezen om hun mening te geven tijdens een gesprek met de rechter of door schriftelijk te reageren. De oproepbrieven van de rechtbanken blijken te verschillen en zijn doorgaans formeel opgesteld.¹³ De wet voorziet niet in een rechtens afdwingbare aanwezigheid van een advocaat of andere vertrouwenspersoon die de minderjarige bijstaat tijdens het horen. De procesreglementen geven enkel aan dat de minderjarige buiten de mondelinge behandeling in beginsel afzonderlijk moet worden gehoord.¹⁴ Van het verhoor wordt geen procesverbaal opgemaakt. De werkaantekeningen van de griffier, die aanwezig is bij het gesprek tussen de minderjarige en de rechter, worden aan het dossier toegevoegd en de rechter zal volgens de procesreglementen tijdens de mondelinge behandeling kort en zakelijk weergeven wat de minderjarige heeft verklaard.¹⁵

Vanuit de rechterlijke macht is in de afgelopen jaren veel aandacht geweest voor het horen van minderjarigen in familie- en jeugdprocedures. In 2015 is door de Gerechtshoven een professionele standaard kindgesprekken ontwikkeld, waarmee een uniformering van de werkwijze bij de kindgesprekken in de Gerechtshoven wordt nagestreefd.¹⁶ In de preambule van deze standaard wordt aangegeven dat het doel van het kindgesprek is om uitvoering te geven aan het recht van minderjarigen om

10 *Kamerstukken II* 1979/80, 16127, 3, p. 6 (MvT).

11 *Kamerstukken II* 1979/80, 16127, 3, p. 1 (MvT).

12 HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AD0204; het is onduidelijk om welke bijzondere omstandigheden het gaat.

13 M.R. Bruning & K.G.A. Bolscher, 'Juridische analyse van de procespositie en het hoorrecht van minderjarigen', in: M.R. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie*, Meijersreeks nr. 335, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, p. 74.

14 M.R. Bruning & K.G.A. Bolscher 2020, 75.

15 Alleen in gesloten jeugdhulp zaken wordt de minderjarige in beginsel in aanwezigheid van andere belanghebbenden gehoord.

16 Professionele standaard kindgesprekken, Raad voor de Rechtspraak 2016.

gehoord te worden. Bij de rechtbanken wordt er (nog) niet gewerkt met een professionele standaard en het is de vraag in hoeverre er gebruik gemaakt wordt van de standaard van de Gerechtshoven. Verder is er de afgelopen jaren in de rechtspraak aandacht voor zogenaamde ‘kindvriendelijke rechtspraak’; zo wordt soms een aparte overweging opgenomen in de beschikking, gericht tot het kind,¹⁷ of wordt soms een gehele beschikking in ‘kindvriendelijke taal’ geschreven.¹⁸

Een andere opvallende ontwikkeling is het initiatief van de rechtbanken Amsterdam en Den Haag om minderjarigen die jonger zijn dan twaalf jaar in bepaalde procedures standaard uit te nodigen voor een kindgesprek. In juni 2016 startte in de rechtbank Amsterdam een pilot waarin minderjarigen vanaf acht jaar en ouder in zaken over kindbescherming, omgang, verhuizing en hoofdverblijf werden uitgenodigd om hun mening kenbaar te maken. Nadat deze pilot door de rechtbank positief was geëvalueerd, is deze per 1 januari 2017 omgezet in vast beleid. Er zijn door de rechtbank Amsterdam speciale kindvriendelijke oproepbrieven ontwikkeld voor minderjarigen onder de twaalf jaar en minderjarigen boven de twaalf jaar. Het kindgesprek wordt op een andere dag dan de zitting gepland en wordt gevoerd in een daarvoor ingerichte kindvriendelijke ruimte door één rechter (zonder toga) en een griffier.

In de rechtbank Den Haag worden, sinds de concentratie van de rechtspraak in kinderonvoeringszaken in Den Haag, kinderen in kinderonvoeringszaken vanaf zes jaar in de gelegenheid gesteld om te worden gehoord. Als een beroep wordt gedaan op de weigeringsgrond ‘verzet’ van het kind in de zin van art. 13 lid 2 Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 (HKOV) voor terugkeer van het kind naar het land van herkomst, worden zelfs kinderen jonger dan zes jaar gehoord. In het voorjaar van 2017 is de rechtbank Den Haag gestart met de pilot ‘Bijzondere curator in IKO-zaken’. In elke kinderonvoeringszaak werd aan het betrokken kind vanaf drie jaar een bijzondere curator toegevoegd als een mediation-traject niet was geslaagd. De bijzondere curator sprak voorafgaand aan de zitting twee keer met een kind en maakte hiervan een verslag voor de rechtbank, de ouders en hun advocaten. Als de kinderen dit wensten, was de bijzondere curator ook aanwezig bij het kindgesprek waar het kind met de rechter spreekt. Verder besprak de bijzondere curator de uitspraak van de rechtbank met het kind. De ervaringen met deze pilot van de betrokken professionals waren positief en vanaf begin 2018 wordt deze werkwijze standaard toegepast.¹⁹

17 Zie o.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2579 en Rb. Noord-Nederland 31 augustus 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3537.

18 Zie o.a. Rb. Midden-Nederland 22 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1541 en Rb. Noord-Nederland 14 november 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:4835. Zie ook de bijdragen in de FJR-special Child-Friendly Justice, *FJR* 2018, nr. 6.

19 A.C. Olland, ‘De bijzondere curator in internationale kinderonvoeringszaken’, *Tijdschrift Relatierecht en Praktijk* 2018/6, p. 58-60.

Het hoorrecht in de praktijk

In het WODC-onderzoek is onderzocht hoe het hoorrecht voor minderjarigen in de dagelijkse praktijk is vormgegeven. De ervaringen van professionals in de rechtspraktijk zijn via expertmeetings, vragenlijsten en interviews verzameld.²⁰ Ook zijn de ervaringen van jongeren van 16 tot 24 jaar en ouders via vragenlijsten verzameld.²¹ Hieronder wordt een selectie van de onderzoeksresultaten over het hoorrecht in de praktijk gepresenteerd.

Leeftijdsgrenzen hoorrecht en oproepbrief

Minderjarigen jonger dan twaalf jaar worden in familie- en jeugdprocedures meestal niet gehoord door de rechter. Hoewel de helft van de rechters aangeeft dat het horen van twaalfminners regelmatig voorkomt, zien de andere deskundigen dit vaker niet dan wel gebeuren. In de meeste gevallen dat een minderjarige jonger dan twaalf jaar wel wordt gehoord, lijkt dit op verzoek van het kind zelf te zijn. Bij het oproepen van minderjarigen blijkt vrij strikt met de leeftijdsgrens van twaalf jaar te worden omgegaan. Zo worden minderjarigen die nog geen twaalf jaar oud zijn, niet vaak door de rechter zelf uitgenodigd voor een kindgesprek.²² De meest genoemde overweging om een kind jonger dan twaalf jaar te horen, is omdat het kind dit zelf wil. De belangrijkste overweging om een twaalfminder niet te horen, is dat dit mogelijk te belastend is voor kinderen; dit antwoord wordt door de helft van de deskundigen gegeven. Ook de beïnvloedbaarheid, loyaliteit en cognitieve vaardigheden van jonge kinderen zouden een belemmering kunnen zijn.²³

- 20 In totaal vulden 272 deelnemers de vragenlijst in: 10 raadsheren, 30 rechters, 41 advocaten, 26 bijzondere curatoren, 76 medewerkers van de raad voor de kindbescherming (RvdK), 73 medewerkers van gecertificeerde instellingen (GI) en 16 medewerkers van kinder- en jongerenrechtswinkels. In totaal hebben 21 deskundigen deelgenomen aan een interview: 5 rechters, 3 advocaten, 3 bijzondere curatoren, 5 medewerkers van de RvdK en 5 medewerkers van een GI.
- 21 Een deel van de jongeren had vóór het 18e levensjaar ervaring met een familie- of jeugdprocedure en rapporteerde dus retrospectief over zijn/haar ervaringen, de rest had geen ervaring met een procedure en beantwoordde daarom alleen de vragen waarin wordt gereflecteerd op het hoorrecht en de procespositie van jongeren. In totaal vulden 136 jongeren de vragenlijsten in, waarvan er 43 ervaring hadden met een familie- of jeugdprocedure. In totaal vulden 131 ouders de vragenlijst in (zij hebben voor zover bekend geen familieband met de jongeren die meewerkten aan het onderzoek).
- 22 Dat de leeftijdsgrens van het hoorrecht vrij strikt gehanteerd wordt, bleek ook al uit andere (dossier) onderzoeken (H.C.M. Aalders, 'De rechtspraktijk inzake gezagsbeëindiging vanuit kinderrechtelijk perspectief', *FJR* 2018/63, afl. 11, p. 61-66; V.M. Smit, *Participatie van het kind bij het ouderschapsplan*, Apeldoorn: Maklu Uitgevers 2015; K.A.M. van der Zon & M.P. de Jong-de Kruijff, 'Hoger beroep tegen een uithuisplaatsingsbeslissing en de rol van de minderjarige', *TREMA* 2015, afl. 3, p. 101-122; A. van Triest, 'Het kinderverhoor in het ressort Den Bosch onder de loep', *FJR* 2004, afl. 26, p. 16-26): kinderen jonger dan twaalf jaar oud werden niet vaak uitgenodigd voor een kindgesprek.
- 23 D.J.H. Smeets e.a., 'Praktijkonderzoek naar ervaringen met de civiele procespositie van minderjarigen', in: M.R. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie*, Meijers-reeks nr. 335, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, p. 177.

Ook minderjarigen die twaalf jaar of ouder zijn, worden niet altijd gehoord door de rechter. Van de 43 jongeren die ervaring hadden met een civiele procedure gaven er 24 (56%) aan dat ze op dat moment twaalf jaar of ouder waren. Van deze groep die volgens procedure standaard een oproepbrief zou moeten ontvangen, zijn 13 jongeren (55%) naar de rechter geweest voor een kindgesprek. Dit komt overeen met het beeld van de deskundigen dat niet alle minderjarigen van twaalf jaar en ouder gehoord worden. Enkele jongeren gaven als reden hiervoor expliciet aan geen behoefte te hebben gehad aan een gesprek met de rechter en enkele jongeren gaven aan niet uitgenodigd te zijn, terwijl dit op basis van hun leeftijd wel te verwachten zou zijn.²⁴ Verder blijkt dat minderjarigen van twaalf jaar en ouder relatief minder vaak gebruik maken van hun hoorrecht in gezag- en omgangszaken (in 53%) dan in kinderbeschermingszaken (75%) en afstammings- en adoptiezaken (67%).²⁵

Tijdens de interviews met deskundigen is verder gediscussieerd over het oproepen van kinderen via een brief. Zo kwam ter sprake dat een schriftelijke brief mogelijk te ouderwets is voor het oproepen van kinderen die opgroeien in een digitale wereld. Diverse deskundigen zouden kinderen graag via een digitaal medium willen uitnodigen, zoals een email of whatsappje, maar de problemen hiervan worden ook gezien. Zo wordt er getwijfeld over de haalbaarheid: hebben alle kinderen een emailadres of telefoonnummer, zijn alle gegevens van kinderen wel bekend, en hoe ga je ermee om als kinderen van telefoonnummer wisselen? Toch vindt men dat er meer gedaan kan worden om de respons van kinderen op de oproepbrief te verhogen. Er zijn verschillende mogelijkheden voorgesteld door respondenten.²⁶

Minderjarigen die uitgenodigd worden voor een kindgesprek, blijken niet altijd te weten wat ze kunnen verwachten. Zeven jongeren (37%) vonden dat ze onvoldoende geïnformeerd waren. Zij gaven aan dat ze niet wisten wat ze konden verwachten van het kindgesprek. Volgens jongeren zelf schiet de informatievoorziening tekort en is meer voorlichting nodig.

Over het taalgebruik in de oproepbrief geeft bijna 80% van de ondervraagde rechters aan dat dit kindvriendelijk is. Maar jongeren denken hier anders over. Aan jongeren werd gevraagd of zij hulp nodig hadden om de oproepbrief te begrijpen. Van de achtien jongeren gaven er vier aan dat de brief duidelijk was en dat ze geen hulp nodig hadden. Twee jongeren konden het zich niet meer herinneren, maar de meerderheid van twaalf jongeren had in meer of mindere mate hulp nodig (vier jongeren vonden de brief moeilijk te begrijpen). Het beeld dat jongeren hulp nodig hebben om de oproepbrief te begrijpen werd bevestigd door ouders. Van de 61 ouders wiens kind een oproepbrief had gekregen van de rechtbank, antwoordden er slechts tien dat het kind

24 D.J.H. Smeets e.a. 2020, p. 179-180.

25 D.J.H. Smeets e.a. 2020, p. 179 (tabel 7).

26 Zie verder D.J.H. Smeets e.a. 2020, p. 179 (tabel 7).

geen hulp nodig had om de brief te begrijpen. De meerderheid (79%) gaf aan dat het kind wel hulp nodig had (de overige ouders konden zich dit niet meer herinneren).²⁷

Kindgesprek

Uit het onderzoek blijkt dat de duur van een kindgesprek erg kan variëren. De duur van een kindgesprek tussen een familiezaak en een jeugdzaak blijkt daarbij te verschillen. Een meerderheid van de rechters noemt een duur van tien tot twintig minuten. Één van de rechters noemt: *‘Voor de familiezaken heb je dan ongeveer vijftien minuten en voor de jeugdzaken dus vijf minuten tijd’*. Een ander bevestigt dit: *‘De echte jeugdrechtzaken dus ondertoezichtstellingen, machtigingen uithuisplaatsing, die vinden allemaal plaats vlak voor de zitting zelf (...) Voor die zittingen wordt vijf minuten uitgetrokken voor een kindgesprek’*. Het blijkt dat rechters niet ervaren dat het kindgesprek te kort duurt, hoewel uit de interviews duidelijk wordt dat ze een voorkeur zouden geven aan een langere duur. Bijzondere curatoren en advocaten vinden de duur van het kindgesprek wel te kort.

Van de 22 jongeren die ervaring hadden met een kindgesprek bij de rechtbank gaf de meerderheid van twaalf jongeren aan dat het gesprek maar kort duurde; slechts twee hadden de ervaring dat het gesprek lang duurde. Van de dertien jongeren die een aspect noemden waar zij ontevreden over waren, noemden vier de korte duur van het kindgesprek. Een van de jongeren gaf aan: *‘Het gesprek ging heel snel, hierdoor ben ik dingen vergeten te melden en was niet alles duidelijk’*.

Behalve de verschillen qua duur van het kindgesprek, verschilt ook de locatie van het kindgesprek. Een kind wordt meestal gehoord in een aparte ruimte die speciaal is ingericht voor kindgesprekken, maar soms ook in de raadkamer of in de zittingszaal. De zittingszaal wordt meer genoemd bij kinderbeschermingszaken dan bij gezag- en omgangzaken. Het blijkt dat het kindgesprek niet altijd in een optimaal kindvriendelijke ruimte plaatsvindt, maar dat hier vaak praktische argumenten voor zijn (zoals gebrek aan tijd om vaak te wisselen van ruimte). Jongeren beaamden dat de locatie van het kindgesprek niet erg gericht is op kinderen. Dat bleek ten eerste uit opmerkingen over de kleding van de rechter: zeven van de zeventien jongeren gaven aan dat de rechter een toga droeg. Ook hebben jongeren de ruimte waarin het gesprek plaats vond ervaren als saai, zo liet de meerderheid van veertien jongeren weten. Slechts één jongere gaf aan dat er spullen voor kinderen in de ruimte te vinden waren, zoals stiften, tijdschriften, knuffels of spelletjes. Dit betekende niet direct dat kinderen zich in de ruimte niet op hun gemak voelden; voor negen jongeren was dit geen probleem. Er waren echter ook zes kinderen die zich in deze ruimte niet op hun gemak voelden. Volgens alle deskundigen is dit een belangrijk punt.²⁸

27 D.J.H. Smeets e.a. 2020, p. 182.

28 D.J.H. Smeets e.a. 2020, p. 189.

Verder lijkt het over het algemeen zo te zijn dat kinderen zonder ondersteuning naar het kindgesprek komen. Als een kind zelf vraagt of hij een vertrouwenspersoon mee mag nemen, dan wordt dit doorgaans toegestaan, maar de voorkeur van rechters gaat uit naar een gesprek met het kind zelf en kinderen worden door de rechtbank niet uitgenodigd om een vertrouwenspersoon mee te nemen. Onder de jongeren bestaat verdeeldheid over het meenemen van een vertrouwenspersoon, al lijkt het wel alsof er meer behoefte aan is dan nu in de praktijk gebeurt. Ouders zijn juist bijzonder positief over de optie om iemand mee te nemen naar het kindgesprek: bijna alle ouders vonden dit een goed idee.

De gespreksvaardigheden van rechters werden door de ondervraagde deskundigen beoordeeld met scores boven de drie op een schaal van één tot vijf. Dit wordt bevestigd door de ondervraagde jongeren: bijna alle jongeren die met de rechter spraken zijn positief over de gespreksvaardigheden van de rechter. De rechter is volgens hen in staat om kinderen een vertrouwd gevoel te geven, geeft kinderen de gelegenheid om veel uit te leggen door voldoende en duidelijke vragen te stellen en geeft ruimte aan het kind om zijn/haar mening te geven. Ook hadden jongeren sterk het gevoel dat ze serieus werden genomen tijdens het gesprek.²⁹ Verder blijkt dat een meerderheid van de jongeren die met de rechter hadden gesproken en aan dit onderzoek meewerkten, aangaf dat het spannend is om naar de rechter te gaan. Hierbij werden het vaakst ouderfactoren genoemd: je zou je ouders verraden, je komt je ouders tegen op de zitting of op de rechtbank of je ouders zullen je verhaal te horen krijgen. Ook deskundigen noemen de confrontatie met ouders als een oorzaak voor spanning. Maar spanning is voor de meeste jongeren geen drempel om een gesprek met de rechter te voeren. Vrijwel alle jongeren gaven aan dat ze het belangrijk vonden om hun mening te geven tijdens een kindgesprek. Dit belang weegt voor hen zwaarder dan de ervaren spanning.³⁰

Beslissing en feedback

De meeste ondervraagde jongeren hebben het gevoel dat hun mening wordt meegenomen bij het nemen van een beslissing door de rechter. Van de zestien jongeren die hierover een vraag beantwoordden vonden tien jongeren dat de rechter hun mening goed had meegenomen in de uiteindelijke beslissing; vijf jongeren vonden van niet en één jongere wist dit niet goed.³¹ Verder blijkt dat een deel van de jongeren niet tevreden is over hoe het kindgesprek verloopt. Zo gaven vijf jongeren aan dat zij geen goed gevoel hadden over het gesprek met de rechter, terwijl dit voor de meerderheid van elf jongeren wel het geval was. In een open vraag noemden jongeren als aspecten waar ze bijzonder tevreden over waren onder meer dat er goed naar hen geluisterd

29 D.J.H. Smeets e.a. 2020, p. 194.

30 D.J.H. Smeets e.a. 2020, p. 196.

31 D.J.H. Smeets e.a. 2020, p. 199.

werd en dat de rechter goede vragen stelde. Bij de vraag waar jongeren niet tevreden over waren, antwoordden zij vaak dat zij beter geïnformeerd zouden willen worden over de procedure en een terugkoppeling achteraf zouden willen. Ook werd de korte duur van het gesprek door een aantal jongeren genoemd.³²

Kinderen krijgen na het kindgesprek niet altijd een terugkoppeling van de beslissing door de rechter. De wijze van terugkoppeling blijkt per rechtszaak te verschillen. In kinderbeschermingszaken, waar direct uitspraak wordt gedaan na de zitting, kan vaker een terugkoppeling worden gegeven aan kinderen dan in familiezaken, waar pas enkele weken na de zitting uitspraak wordt gedaan. Een meerderheid van de ondervraagde jongeren geeft aan niet van de rechtbank te horen te hebben gekregen wat de rechter had besloten, en op één jongere na geven alle ondervraagde jongeren aan dat niemand bij de rechtbank nog even heeft nagepraat over het kindgesprek direct na afloop van het gesprek. Het lijkt er dus op dat de terugkoppeling van een rechterlijke beslissing aan kinderen nog niet standaard is ingebed.

Ondersteuning

Voorafgaand aan, tijdens en na het kindgesprek krijgen minderjarigen doorgaans geen speciale ondersteuning, tenzij een bijzondere curator is benoemd op grond van art. 1:250 BW. Een bijzondere curator kan slechts worden benoemd op grond van een concreet belangenconflict tussen de ouder(s) met gezag of de voogd(en) en de minderjarige als de rechter dit in het belang van de minderjarige noodzakelijk acht. In de praktijk blijkt lang niet elk verzoek tot benoeming van een bijzondere curator te worden toegewezen; sommige rechters zijn hier terughoudend in. In de praktijk hebben de meeste minderjarigen die te maken krijgen met een familie- of jeugdrechtsprocedure geen directe ondersteuning van een professional of andere vertrouwenspersoon ten aanzien van de procedure. Uit het onderzoek blijkt dat de meeste deskundigen van mening zijn dat de wettelijke vertegenwoordiger(s) de minderjarige niet optimaal kunnen vertegenwoordigen in familie- en jeugdzaken. Ook is een ruime meerderheid van bijzondere curatoren, advocaten, rechters, medewerkers van de Raad voor de Kinderbescherming en de gecertificeerde instellingen van mening dat de minderjarige in het huidige stelsel onvoldoende ondersteuning heeft in dergelijke procedures.³³

Leeftijdsgrenzen

Aan alle respondenten is gevraagd of de leeftijdsgrens voor het hoorrecht moet worden aangepast. Van de totale groep deskundigen heeft 45% geantwoord dat deze moest worden verlaagd; 42% vindt de huidige grens van twaalf jaar in orde en 2% wil de grens verhogen. Van alle jongeren die hier een mening over rapporteerden

32 D.J.H. Smeets e.a. 2020, p. 205.

33 D.J.H. Smeets e.a. 2020, p. 272.

(N=209; ook degenen die geen ervaring hebben met een familie- of jeugdprocedure) is bijna 70% voor een verlaging van de huidige leeftijdsgrens. Ook een meerderheid van de ouders (76% van de 118 ouders) zou de leeftijdsgrens willen verlagen.³⁴ Als overweging om de leeftijdsgrens te verlagen noemden bijna alle jongeren (83%) als reden dat ook kinderen jonger dan twaalf jaar een mening hebben en vaak in staat zijn om deze te uiten. Veel jongeren voegden toe dat het aan de rechter is om hier passend gewicht aan te geven. Zo beschreef een jongere: *“Een kind jonger dan 12 kan al zijn eigen mening vormen, dus hij moet altijd de kans krijgen om deze te uiten. Het verschil ligt erin hoe zwaar de mening meetelt”*. Daarnaast wordt door enkele jongeren toegevoegd dat het in een situatie die grote gevolgen kan hebben, zoals een scheiding van ouders of uithuisplaatsing, bijzonder belangrijk is dat kinderen gehoord worden: *“Een echtscheiding heeft grote gevolgen voor het kind zelf. Ik vind dat een kind daar zijn mening over moet kunnen uiten.”*³⁵

Conclusies en aanbevelingen

Het bovenstaande maakt duidelijk dat in de rechtspraktijk de invulling van een kindgesprek varieert tussen rechtbanken en tussen rechters en dat verschillende aspecten rondom het kindgesprek verbetering verdienen, te beginnen bij het uitnodigen van minderjarigen tot aan de terugkoppeling van de rechterlijke beslissing aan de minderjarige. Er is de laatste jaren vanuit de rechterlijke macht veel extra aandacht geschonken aan het horen van kinderen in familie- en jeugdprocedures, en dit heeft ertoe geleid dat kinderen van twaalf jaar en ouder doorgaans kunnen communiceren in dergelijke zaken, maar voor een effectieve participatie, zoals dat voortvloeit uit internationale kinderrechtenverplichtingen, is meer nodig.

De opzet van het kindgesprek kan op verschillende aspecten verbeterd worden. Hierbij gaat het veelal over contextuele factoren zoals de duur van een kindgesprek; er moet voldoende tijd beschikbaar zijn. Ook de setting verdient aandacht, waarbij het gunstig zou zijn om deze minder formeel te maken zodat kinderen een gesprek minder spannend vinden. In dit kader is het volgens gedragsdeskundigen aan te raden om een gesprek te voeren zonder toga aan en in een kindvriendelijke ruimte. Vanuit verschillende ontwikkelingsfasen van minderjarigen met daarbij horende verschillende behoeften ten aanzien van kindvriendelijke procedures, zou echter nader onderzoek moeten worden gedaan naar wat precies moet worden verstaan onder ‘kindvriendelijk’ voor verschillende groepen minderjarigen. Kindvriendelijke wachtruimtes en kindvriendelijke ruimtes waar het gesprek tussen de minderjarige en de rechter plaatsvindt zijn wenselijk, en tevens moet er meer aandacht zijn voor onwelkome ontmoet-

34 D.J.H. Smeets e.a. 2020, p. 208.

35 D.J.H. Smeets e.a. 2020, p. 211.

tingen van minderjarigen met andere betrokkenen in een procedure op de rechtbank. Er is verder meer aandacht nodig voor het effectief informeren van minderjarigen over hun rechten ten aanzien van familie- en jeugdprocedures. Ook moeten minderjarigen die gebruik willen maken van een kindgesprek voorafgaand aan de zitting en het kindgesprek beter worden geïnformeerd over de inhoud van de procedure en de algemene gang van zaken op de rechtbank. Nader onderzoek is tevens wenselijk naar modernere alternatieven voor de oproepbrief van de rechtbank voor het kindgesprek. Ook moet er meer aandacht komen voor het terugkoppelen van de uitspraak aan de minderjarige, en in het bijzonder de wijze waarop de mening van de minderjarige van invloed is geweest op de rechterlijke beslissing. In elke rechterlijke uitspraak zou transparant moeten worden gemaakt op welke wijze de mening van de minderjarige van invloed is geweest op de beslissing. Kindvriendelijke uitspraken moeten daarbij worden aangemoedigd.

Door te investeren in verbeteringen ten aanzien van het kindgesprek zullen minderjarigen effectiever kunnen participeren. Hierbij is het belangrijk dat de mogelijkheden voor kinderen om in familie- en jeugdprocedures ondersteund te worden door een professional of andere vertrouwenspersoon, worden vergroot. De mogelijkheid om een vertrouwenspersoon mee naar het kindgesprek te kunnen nemen moet gangbare praktijk worden. Tevens zou de mogelijkheid moeten worden verkend om ondersteuning door een bijzondere curator voor minderjarigen die dit wensen en hiervoor openstaan (vaker) mogelijk te maken in deze procedures zonder dat daar strenge wettelijke eisen aan worden gesteld.

Hoewel deze bijdrage zich richtte op de praktijk van het horen van minderjarigen in familie- en jeugdzaken, is het relevant om te benoemen dat in het onderzoek tevens wordt aanbevolen om de leeftijd van het hoorrecht te verlagen naar acht jaar (tenzij het gaat om kinderalimentatiezaken). Uit relevant neuropsychologisch en pedagogisch onderzoek kan worden geconcludeerd dat kinderen vanaf acht jaar in staat zijn om gehoord te worden in een kindgesprek. Ook jongere kinderen (vanaf vier jaar) zouden in sommige gevallen hun mening kenbaar kunnen maken over een familie- of jeugdzaak; dit zou nader moeten worden verkend, bijvoorbeeld door het starten met een pilot. De leeftijdsgrens voor het horen van kinderen in familie- en jeugdprocedures moet worden verlaagd, maar tevens moet voorop staan dat een leeftijdsgrens niet absoluut, maar juist flexibel moet zijn, niet alleen in de wet, maar ook in de uitvoeringspraktijk. Dit is in lijn met de zienswijze hierover van het VN-Kinderrechtencomité, dat benadrukt dat kinderen onder een leeftijdsgrens immers ook goed in staat kunnen zijn om hun mening te verwoorden.