

# Over de menselijke maat, ook in het familierecht

Wendy Schrama\*

Het is op het moment van schrijven nog niet te voorspellen in welke vorm het 16<sup>e</sup> UCERF-symposium dit jaar plaats zal vinden: online en/of in persoon. Inmiddels zijn we allemaal gewend aan online bijeenkomsten, die zeker ook voordelen hebben: geen reistijd, makkelijke inpasbaarheid in volgeplande agenda's, maar tegelijk verliezen we ook veel door elkaar niet fysiek te ontmoeten. Ik hoop dan ook dat we echt bij elkaar kunnen komen. De pandemie heeft niet alleen gevolgen voor de manier waarop we werken, maar ook binnen het personen- en familierecht worden de implicaties steeds duidelijker. De uiteenlopende meningen die in de maatschappij zichtbaar zijn, worden weerspiegeld in de rechtspraak. Er is inmiddels een hele reeks rechtszaken over vaccinatie tegen het Covid-virus van kinderen, waar ouders onderling, of ouders en een kind, niet op één lijn liggen.<sup>1</sup> De uitkomst is dat de vaccinatie kan plaatsvinden, ook als de betrokkenen het onderling niet eens zijn.

Ook andere onderwerpen die volop in het nieuws zijn laten hun sporen na in het familierecht, waaronder de uithuisplaatsingen in het kader van de toeslagenaffaire<sup>2</sup> en de gevolgen ervan in het alimentatierecht.<sup>3</sup> De overheid is het afgelopen jaar herhaaldelijk gewezen op het belang van de menselijke maat in het recht, niet alleen in wetgeving, maar ook in de rechtspraak.<sup>4</sup> Echter, dat besef lijkt nog steeds niet overal te zijn doorgedrongen. Neem de gemeente die in het kader van de Participatiewet, waar

\* Wendy Schrama is hoogleraar familierecht en rechtsvergelijking en directeur van UCERF, Universiteit Utrecht.

- 1 Bijvoorbeeld: Rb. Noord-Nederland 21 september 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4096; Rb. Noord-Nederland 1 oktober 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:4289; Rb. Gelderland 5 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5924; Rb. Oost-Brabant 7 december 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6862.
- 2 Zie de cijfers van het CBS: <https://www.cbs.nl/nl-nl/maatwerk/2021/47/uitsplitsing-uithuisplaatsingen-toeslagenaffaire> (laatstelijk geraadpleegd op 27 januari 2022).
- 3 Bijvoorbeeld: Rb. Den Haag 9 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13732; Rb. Den Haag 25 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9067.
- 4 Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht. Verslag Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag*, bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 4; Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, Den Haag: 2021, zie: <https://www.raadvanstate.nl/reflectierapport/> (laatstelijk geraadpleegd op 27 januari 2022); Rapport werkgroep reflectie toeslagenaffaire rechtbanken, *Recht vinden bij de rechtbank. Lessen uit kinderopvangtoeslagzaken* (Rapport in opdracht van het Landelijk Overleg Vakinhoud Bestuursrecht), Den Haag: Corps 2021, zie: <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/PublishingImages/WRT%20rapport%20Recht%20vinden%20bij%20de%20rechtbank%20DEF%20051021.pdf> (laatstelijk geraadpleegd op 27 januari 2022).

de roep om een menselijke maat toch ook helder heeft geklonken,<sup>5</sup> in 2021 een moeder toch heeft gedwongen om aan de kantonrechter een machtiging te verzoeken een BEM-clausule op te heffen. Daarmee zou het tegoed op de rekening van haar minderjarige zoon aangesproken gaan worden door de gemeente tot een bedrag van 30.000 euro. De zoon had dit geërfd van zijn vader die in 2020 is overleden. Gelukkig weigert de rechter die toestemming te verlenen onder verwijzing naar het belang van het kind en omdat niet in rechte vast staat dat een minderjarige een onderhoudsplicht naar zijn ouders heeft.<sup>6</sup> Het gaat hier om een kind van gescheiden ouders, dat opgroeit bij zijn moeder die sinds de scheiding in 2013 in de bijstand zit en wiens vader overleden is. Met andere woorden, niet bepaald een situatie waarin je als kind alles mee hebt, en dan is de reactie van de overheid om het vermogen van deze jongen aan te willen spreken. Ik kan daar werkelijk niet bij, zeker niet nadat er zoveel aandacht is geweest voor de menselijke maat. Het familierecht heeft ook een taak waar het aankomt op gelijke kansen creëren voor kinderen die in minder fortuinlijke omstandigheden opgroeien.

Niet alleen in de rechtspraak zijn er ontwikkelingen, maar ook op het terrein van wetgeving zijn er het afgelopen jaar stappen gezet. Het wetsvoorstel inzake de pensioenrechten van echtgenoten bij scheiding is nog in behandeling in de Tweede Kamer; de voorgestelde datum van inwerkingtreding per juli 2022 lijkt ambitieus. Nieuw sinds vorig jaar is het wetsvoorstel over de invoering van een dubbele achternaam<sup>7</sup> dat is ingediend in de Tweede Kamer. Daarnaast is het wetsvoorstel over gezamenlijk gezag bij erkenning aanvaard door de Tweede Kamer. Daar ligt ook nog het wetsvoorstel om huwelijks gevangenschap tegen te gaan.<sup>8</sup> De conceptwetsvoorstellen over deelgezag en draagmoederschap waren al richting de Raad van State gegaan, maar veel meer concreets is er nog niet te melden.<sup>9</sup>

Zaken uit het familierechtelijke verleden waar de overheid of overheidsinstanties een rol in gespeeld hebben, duiken steeds vaker op en roepen de vraag op wat de overheid

- 5 Vereniging van Nederlandse Gemeenten, 'Pleidooi voor menselijke maat Participatiewet krijgt gehoor', 2021, zie: <https://vng.nl/nieuws/pleidooi-voor-menselijke-maat-participatiewet-krijgt-gehoor> (laatstelijk geraadpleegd op 27 januari 2022).
- 6 Rb. Midden-Nederland 13 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6426, *PFR Updates* 2022/25.
- 7 Wetsvoorstel introductie gecombineerde geslachtsnaam (*Kamerstukken II* 2021/22, 35990, nr. 2).
- 8 Wetsvoorstel erkenning en gezamenlijk gezag voor ongehuwde en niet-geregistreerde partners (*Kamerstukken I* 2020/21, 34605, A). Het wetsvoorstel is door de Tweede Kamer aangenomen en ligt nu bij de Eerste Kamer; Wetsvoorstel pensioenverdeling bij scheiding 2022 (*Kamerstukken II* 2018/19, 35287, nr. 2). De beoogde inwerkingtredingsdatum is van 1 januari verschoven naar 1 juli 2022. *Kamerstukken II* 2020/21, 35287, nr. 13; Wetsvoorstel tegengaan huwelijks gevangenschap en enige andere onderwerpen (*Kamerstukken I*, 2020/21, 35348, A). Het wetsvoorstel is aangenomen door de Tweede Kamer en ligt nu ter schriftelijke voorbereiding bij de Eerste Kamer.
- 9 *Kamerstukken II* 2018/19, 33836, nr. 45, p. 2; Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 33836, nr. 45.

nu moet doen voor handelen van toen. Dat zijn, gezien de langdurende trajecten voor de overheid, lastige vragen. Om erkenning, excuses en genoegdoening van het leed te krijgen is de niet aflatende inzet van belangengroepen noodzakelijk en dan nog gaat het moeizaam. Er zijn inmiddels excuses aangeboden aan transseksuele mensen voor de tot 2014 geldende wetgeving in Boek 1 BW. De voorwaarde voor geslachtsverandering was dat mensen lichamelijk zo veel mogelijk waren aangepast aan “het andere geslacht” en blijvend onvruchtbaar waren. Dit is een ingrijpende factor geweest in de verdere levensloop van veel transgender- en interseksue personen.<sup>10</sup> Heel wat lastiger was het kennelijk om excuses aan te bieden voor handelen van of namens de overheid bij adoptie, in het verleden en het heden. Daar is op grote schaal – om het zacht uit te drukken – heel veel misgegaan, waarmee een grote groep mensen groot en blijvend onrecht is aangedaan. Dat geldt voor interlandelijke adopties van kinderen uit het buitenland. Het rapport van de commissie Joustra van het afgelopen jaar geeft een vernietigend oordeel over de praktijken in het (recente) verleden; de regering kondigde daarna zelfs een directe stop op interlandelijke adopties aan.<sup>11</sup> Adopties binnen Nederland stonden centraal in het rapport van de Commissie van onafhankelijke deskundigen inzake het onderzoek naar binnenlandse afstand en adoptie onder voorzitterschap van prof. dr. C. Finkenauer en als lid ondergetekende.<sup>12</sup> Daarin lag slechts een hele beperkte maar moeilijke opdracht besloten: onderzoek doen naar het Aanmeldpunt afstand en adoptie dat was ingericht om onderzoek te doen maar waarbij op grote schaal fouten zijn gemaakt en om met aanbevelingen te komen over herstel van vertrouwen tussen het ministerie en belangenvetegenwoordigers. De commissie komt met een aantal scenario’s en aanbevelingen. De Minister van Rechtsbescherming heeft na overleg met belangenvetegenwoordigers in het najaar aangekondigd het lopende onderzoek definitief stop te zetten, omdat er onvoldoende vertrouwen is onder de groep mensen om wie het gaat. Er zal een nieuw onderzoek worden verricht door een nieuw in te stellen onafhankelijke commissie.<sup>13</sup> Daarnaast is een expertisecentrum in oprichting, dat voor interlandelijke en binnenlandse adopties een aantal

10 *Kamerstukken II* 2020/21, 30420, nr. 353, p. 2.

11 *Rapport Commissie onderzoek interlandelijke adoptie*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 31265, nr. 79; *Kamerstukken II* 2020/21, 31265, nr. 79. Zie ook: I.N.B.D. Wilbrink, ‘Interlandelijke adoptie na het rapport van de Commissie-Joustra: einde van een tijdperk of opmaat naar een nieuw begin?’, *EJR* 2022/11, afl. 2, p. 41-47.

12 C. Finkenauer, W.M. Schrama & D.A. Garrelts, *Het Aanmeldpunt Afstand en adoptie in Nederland: vertrouwen is mensenwerk. Rapportage van de Commissie van onafhankelijke deskundigen inzake het onderzoek naar binnenlandse afstand en adoptie onder voorzitterschap van prof. dr. C. Finkenauer* (onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie en Veiligheid), p. 50, bijlage bij *Kamerstukken II* 2021/22, 31265, nr. 98, zie: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/adoptie/afstand-en-adoptie-tussen-1956-1984>.

13 *Kamerstukken II* 2021/22, 31265, nr. 97, brief aan Tweede Kamer met beleidsreactie op rapporten Commissie van onafhankelijke deskundige inzake afstand en adoptie en ADR.

taken gaat krijgen.<sup>14</sup> De rechtszaak waarin de rechter tot het oordeel komt dat voor aansprakelijkheid van de Raad voor de Kinderbescherming voor het handelen bij een gedwongen afstand en adoptie geen plaats is, laat zien dat ook de rechtspraak met deze vraagstukken te maken krijgt.<sup>15</sup> De rechtbank heeft aansprakelijkheid afgewezen in dit geval, maar sluit niet uit dat het in andere zaken anders kan liggen.

Tijd voor de bijdragen van de auteurs van dit jaar. Veel van die onderwerpen staan direct in verband staan met scheiding: de mogelijkheid om in een procedure voor de civiele rechter een verzoek te doen om aan huwelijkse gevangenschap te ontkomen, de herziene ipr-verordening Brussel IIter met aangepaste regels over scheiding, ouderlijke verantwoordelijkheid en kinderonvoering en tot slot *belonging* van kinderen na scheiding. Ook de bijdrage over de verhouding tussen het algemene vermogensrecht en het huwelijksvermogensrecht heeft vooral betekenis voor de situatie bij scheiding. Maar het gaat niet alleen om scheiding, ook andere vraagstukken komen aan de orde. In het licht van de vergrijzing staat in een van de bijdrages de vraag centraal welke rol het privaatrecht kan spelen bij het regelen van zorg door volwassen kinderen aan hun ouders. We beginnen met nog een ander thema: de balans tussen rechtsbescherming van ouders en kinderen in de jeugdbescherming, afgezet tegen snelle zekerheid en minder ingrijpende inperking van bevoegdheden.

Lieke Coenraad, familierechter in de rechtbank Rotterdam en hoogleraar Privaatrecht aan de VU, vraagt zich in haar bijdrage af of de rechter in geval van jeugdbeschermingsmaatregelen niet de mogelijkheid zou moeten hebben om een afweging te maken tussen het belang van rechtsbescherming enerzijds en dat van snelle rechtszekerheid en minder ingrijpende middelen anderzijds. Rechtspraak van de Hoge Raad lijkt daaraan in de weg te staan, nu de regel is dat indien een GI een specifieke bevoegdheid heeft, hij dan geen gebruik kan maken van de algemene aanwijzingsbevoegdheid of van de algemene geschillenregeling. Het idee daarachter is dat ouders met gezag in dat geval minder rechtsbescherming hebben, onder meer omdat hoger beroep en cassatie niet mogelijk zijn. Coenraad wijst er echter op dat deze twee opties leiden tot snelle duidelijkheid en dat de geschillenregeling bovendien minder ingrijpend kan zijn. Zij plaatst deze situatie in de context van het in 1995 ingevoerde idee dat de uitvoering van kinderbeschermingsmaatregelen niet langer bij de kinderrechter hoorde te liggen; de kinderrechter moet beslissen op verzoeken, maar kan geen eigen besluiten daarvoor in de plaats stellen. In het licht van rechtsbescherming is het mogelijk om op een groot aantal punten beslissingen te laten toetsen door de rechter. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt de algemene regel voort te vloeien dat alle specifieke bevoegd-

14 *Kamerstukken II* 2021/22, 31265, nr. 100.

15 Rb. Den Haag 26 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:432, *PFR Updates* 2022/38.

heden van de GI als bijzondere regel vóór de algemene bevoegdheden tot het geven van schriftelijke aanwijzingen of het gebruik maken van de geschillenregeling gaan. Coenraad pleit in haar bijdrage voor een meer genuanceerde aanpak waarin ruimte is voor uitzonderingen.

UCERF-promovenda Femke de Kievit gaat in op de urgente vraag hoe informele zorg voor ouderen in een sterk vergrijzende samenleving geregeld kan worden, en met name welke rol het privaatrecht daarbij zou kunnen vervullen. Dit is een innovatieve vraag waar in Nederland, anders dan in een aantal andere landen, nauwelijks onderzoek naar is gedaan. Zorgkosten zijn dermate hoog dat informele zorgverlening door families noodzakelijk is en ook een steeds belangrijkere rol speelt in het overheidsbeleid rondom zorg. Met het verschuiven van zorg naar het private domein rijst ook de vraag of de rol van het privaatrecht belangrijker zal of zou moeten worden. Daarop is geen eenduidig antwoord te geven, omdat zorg binnen families uiteenlopende vragen aan het privaatrecht stelt: van de meerderjarigenbescherming waar families een belangrijke rol hebben, net als in levenstestamenten, tot de vraag welke financiële zorgverantwoordelijkheden meerderjarige kinderen voor hun ouders hebben. Nu is die zorgplicht een dode letter in de wet, maar blijft dat ook zo? Een boeiende vraag is in hoeverre kinderen die voor een ouder zorgen daarvoor gecompenseerd zouden moeten worden. Via het publiekrecht is daarin onder voorwaarden voorzien, maar welke rol speelt het privaatrecht? Tot op heden lijkt de betekenis van de som ineens uit het erfrecht beperkt te zijn, maar Kievit pleit voor meer aandacht voor deze optie. Bij de term zorgovereenkomsten zal menigeen nu vragend kijken, maar dit lijkt een instrument te zijn dat mogelijkheden biedt om informele zorg tussen ouders en kinderen beter vorm te geven. De nabije toekomst zal dit moeten uitwijzen.

Lisette Frohn, senior legal counsel bij het Internationaal Juridisch Instituut, gaat in op de herziene ipr-verordening Brussel IIter. Daarin veranderen een aantal zaken vergeleken met de geldende Brussel IIbis verordening. Voor de praktijk is dat van belang, nu aan menige echtscheiding of zaak over ouderlijk gezag een grensoverschrijdend element zit. Helaas is in de nieuwe verordening nog steeds geen definitie opgenomen van het begrip huwelijk, zodat opnieuw onduidelijk is of huwelijken tussen paren van gelijk geslacht eronder vallen. Verschillen binnen Europa zijn de afgelopen jaren op dit punt eerder verscherpt dan verkleind. Frohn wijst ook op het uitblijven van de mogelijkheid van echtgenoten om een forumkeuze te maken, hetgeen zij voorzichtig aanduidt als een gemiste kans. Zelf denk ik dat het absoluut jammer is dat deze mogelijkheid ontbreekt, omdat het daarmee veel moeilijker is om als echtgenoten regie te hebben over de afwikkeling van een echtscheiding, waaronder de aanpalende onderwerpen die daarbij komen kijken. Interessant is dat Brussel IIter wel meer richting geeft aan de mogelijkheden tot erkenning van administratieve echtscheidingen binnen de Europese rechtsorde, een optie die in steeds meer lidstaten open staat voor

echtgenoten die zonder rechter willen scheiden. Met betrekking tot ouderlijke verantwoordelijkheid is de al bestaande forumkeuzebevoegdheid nader gepreciseerd in Brussel IIter. Kinderen laten participeren via het hoorrecht krijgt een prominentere rol in de herziene verordening en kan een grond voor weigering voor erkenning van de buitenlandse beslissing zijn. Frohn gaat ook in op de aanpassingen in de regeling van kinderontvoering en op de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen van een buitenlandse rechter. Hoe zij de herschikking van de verordening in zijn totaliteit waardeert, leest u in haar conclusie.

Susan Rutten, bijzonder hoogleraar Islamitisch familierecht aan de Universiteit Maastricht, gaat in op de mogelijkheid voor vrouwen om via het civiele recht aan huwelijkse gevangenschap te ontkomen. Tot nu toe is dat veelal via een kort geding-procedure aangespannen op grond van onrechtmatige daad; onder toekomstige wetgeving kan dit als nevenvoorziening bij een echtscheidingsverzoek. Op basis van rechtspraak van de Hoge Raad geldt een aantal criteria voordat de man door niet mee te werken aan de religieuze scheiding een onrechtmatige daad pleegt. Een punt dat door Rutten daarbij meer in detail onderzocht wordt, is de vraag welke maatstaf geldt voor de bezwaren van de man tegen het meewerken aan de scheiding die door de vrouw geïnitieerd is. Die bezwaren kunnen betrekking hebben op moeilijkheden en onzekerheden bij de samenloop tussen de religieuze en burgerlijke echtscheidingsroutes, op het type huwelijksontbinding waaraan de man zou moeten meewerken als de rechter de vordering toewijst en op vermogensrechtelijke perikelen. Duidelijk is dat er steeds meer rechtspraak is op deze punten, waarbij als uitgangspunt lijkt te gelden dat deze vorderingen doorgaans worden toegewezen in goed gemotiveerde beslissingen met aandacht voor de verweren van de man. Interessant is de constatering van Rutten dat informele religieuze scheidingsprocedures in feite wel indirect erkend moeten worden en van invloed zijn op de formele rechtsorde. In het licht van de verplichting van de Staat om de belangen en fundamentele rechten van de vrouw te beschermen, is die erkenning ook hard nodig.

Promovenda Zoë Rejaän van de Universiteit Utrecht laat haar licht schijnen over de positie van kinderen na (echt-)scheiding. Het gaat om een grote groep kinderen waardoor de vraag hoe kinderen zich in deze situatie het beste kunnen ontwikkelen gesteld moet worden. Een van de invalshoeken vanuit de sociale wetenschappen is dat kinderen de behoefte hebben om ergens thuis te horen, het zogenaemde *belonging*. Belonging is essentieel voor een goede ontwikkeling van kinderen. Een interdisciplinair onderzoeksteam (waarvan ik deel uitmaak) heeft daar de afgelopen jaren onderzoek naar gedaan, juist onder kinderen in gescheiden gezinnen. In lijn met verwachtingen op basis van internationaal onderzoek ervaren jongeren uit gescheiden gezinnen over het algemeen een lager thuisgevoel binnen de gezins- en schoolcontext dan jongeren uit intacte gezinnen. Dat komt deels doordat de gescheiden ouders meer

ouderlijke conflicten hebben en door de slechtere ouder-kind relatie die deze jongeren ervaren ten opzichte van hun leeftijdsgenoten uit intacte gezinnen. Gezinsprocessen en -relaties zijn namelijk een sterke voorspeller voor het thuisgevoel binnen het gezin. Tegelijk is binnen de groep jongeren na scheiding veel individuele variatie in het thuisgevoel dat zij ervaren. Relaties met vrienden lijken minder of niet beïnvloed te worden door een scheiding. Rejaän schetst een rijk beeld van hoe kinderen na scheiding leven en wat daarbij belangrijke factoren zijn. Ze gaat bijvoorbeeld in op de vraag hoe afspraken over omgang tot stand komen en in welke mate kinderen en jongeren daarin betrokken worden. Het is belangrijk dat we als juristen deze kennis meenemen bij beslissingen in en over het familierecht, omdat daarmee de kans op een beslissing die de ontwikkeling van kinderen bevordert, groter wordt.

De bijdrage van Jan Hein Lieber, senior rechter bij het Hof Arnhem-Leeuwarden, over het relatievermogensrecht begint met de uitdagende vraag hoe het huwelijksvermogensrecht hervormd kan worden. De titel 'De modernisering van het huwelijksvermogensrecht: hoe nu verder? Over de mogelijkheden die het algemeen vermogensrecht biedt' licht al een tipje van de sluier op in welke richting hij mogelijk een oplossing ziet. Na een brede inleiding die context geeft aan de rechtsontwikkelingen op dit punt, onderzoekt Lieber vanuit praktisch oogpunt welke mogelijkheden het algemene vermogensrecht biedt. De spannende vragen of het mogelijk is om een ontbindende of opschortende voorwaarde aan huwelijkse voorwaarden te verbinden, passeert de revue. Lieber is optimistisch over de toepassing van redelijkheid en billijkheid uit de artikelen 6:248 en 6:258 BW om huwelijkse voorwaarden uit te schakelen en roept op daar beter gebruik van te maken. Bovendien ziet hij ook andere routes; lees zijn bijdrage om te ontdekken wat dat is! De grote vraag is wat mij betreft hoe deze opties daadwerkelijk een grotere rol gaan spelen; het feit dat er de afgelopen jaren in weinig zaken een beroep op is gedaan, en dat rechters terughoudend zijn op dit punt, maken deze routes niet erg hoopgevend. Hoe we concreet een cultuuromslag in ons denken en handelen op dit punt bewerkstelligen, is een lastige vraag.

We hopen dat u veel leesplezier heeft en van een mooi symposium kunt genieten!