

's Hofs oordeel, dat in het belang van de kinderen het ouderlijk gezag aan één ouder diende te worden toegekend nu de tussen de man en de vrouw bestaande communicatieproblemen zo ernstig waren, dat er een onaanvaardbaar risico was dat de kinderen klem of verloren zouden raken tussen de ouders en dat niet te verwachten was dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting', aldus HR 10 september 1999² (rov. 3.4). In deze uitspraak leert de Hoge Raad ons nog eens klip en klaar dat art. 1:251, lid 2 BW een neerslag vormt van art. 8 EVRM en dat deze verdragsbepaling uit twee leden bestaat. Het in het eerste lid neergelegde recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven is geen absoluut recht, want ingevolge lid 2 is een inmenging in het familie- en gezinsleven onder voorwaarden gerechtvaardigd met het oog op de belangen van het kind, op de bescherming waarvan dit kind recht heeft.

In het licht van de ontwikkelingen nà HR 4 mei 1984³ en HR 21 maart 1986⁴ en hetgeen daarin over (de bescherming van) deze belangen is opgemerkt, is de onderhavige uitspraak niettemin opmerkelijk. We zijn dan ook inmiddels 15 jaar jurisprudentie en twee wetwijzigingen (in 1995 en 1998) verder. Het kan daarom wellicht geen kwaad om de initiële uitspraken van de Hoge Raad en de daarop gevolgde ontwikkelingen hier te memoreren voordat de elementen van HR 10 september 1999 worden beoordeeld.

De Hoge Raad in 1984 en 1986

In zijn beschikking van 4 mei 1984 – waarin de Hoge Raad het gezamenlijk ouderlijk gezag in zoverre van het huwelijk loskoppelde, dat dit ook aan gescheiden ouders kan toekomen – overwoog de HR het volgende: 'Door de benoeming na echtscheiding van één van de ouders tot voogd over hun minderjarig kind eindigt de tevoren bestaande toestand dat beide ouders gezamenlijk de ouderlijke macht over het kind uitoefenen. Anders dan het Hof heeft aangenomen, levert dit een inmenging in het gezinsleven als bedoeld in art. 8 EVRM op. Een dergelijke inmenging is evenwel krachtens het tweede lid van dat artikel in beginsel toegestaan, nu zij bij de wet – nl. art. 1:161 lid 1 BW – is voorzien en in het algemeen, in ver-

band met de tussen de ouders bij ontwrichting van hun huwelijk te verwachten spanningen zal worden gerechtvaardigd door de belangen van het kind, op bescherming waarvan het recht heeft. Dit kan echter anders zijn indien de ouders – zoals in dit geval is aangevoerd – zich in staat achten het kind in een goede onderlinge verstandhouding te blijven verzorgen en opvoeden en zij op die grond beiden verzoeken om gezamenlijk met het gezag over het kind belast te blijven. In een dergelijk geval dient onderzocht te worden of de beëindiging van de ouderlijke macht van de ouders gezamenlijk door de benoeming tot voogd van één van hen met het oog op de voormelde belangen van het kind nodig is.'⁵

Op 21 maart 1986 herhaalde de Hoge Raad zijn opvatting dat aan gescheiden ouders de gezamenlijke ouderlijke macht kan toekomen 'indien en zolang tussen hen de goede onderlinge verstandhouding bestaat welke voor hun gezamenlijke uitoefening van het gezag over dat kind is vereist.'⁶ Omdat de 4 mei-beschikking tot verschillende interpretaties aanleiding had gegeven, achtte de Hoge Raad het dienstig de voorwaarden voor het gezamenlijk gezag na scheiding nader te preciseren. Hij deed dit als volgt: 'Wensen de ouders dat de ouderlijke macht ondanks echtscheiding, ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk voortduurt, dan dienen zij zulks gemotiveerd aan de rechter kenbaar te maken. Het daartoe strekkende verzoek kan door elk der ouders worden gedaan en kan slechts worden toegewezen indien:

(a) blijkt dat beide ouders wensen dat de ouderlijke macht voortduurt;⁷

(b) aannemelijk is dat ondanks het einde van het huwelijk tussen de ouders de goede onderlinge verstandhouding bestaat die vereist is voor gezamenlijke uitoefening van het gezag, alsmede voor het in onderling overleg voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind; en

(c) het belang van het kind zich niet daartegen verzet.'⁸ Hoewel slechts in laatstgenoemde voorwaarde uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan het belang van het kind, strekken ook de onder a en b genoemde voorwaarden ertoe het belang van het kind te beschermen. Hierbij verdient opmerking dat de drie voorwaarden cumulatief zijn geformuleerd en het bestaan van een goede onderlinge verstandhouding tussen de ouders een zelfstandige voorwaarde is.

1. De volledige uitspraak is opgenomen in *Nemesis* 2000, nr. 2, nr. 1143, p. 6-7

2. *Nj* 2000, 20; m.nt. SFMW.

3. *Nj* 1985, 510; m.nt. EAA en EAAL.

4. *Nj* 1986, 585-588; m.nt. EAA en EAAL onder nr. 588.

5. *Nj* 1985, 510; rov. 3.2.

6. *Nj* 1986, 586; rov. 3.1.

7. Zie ook *Nj* 1986, 587.

8. *Nj* 1986, 586; rov. 3.3.

Water bij de verstandhoudingswijn

HR 19 november 1993⁹ deed wat water bij de verstandhoudingswijn toen hij bepaalde dat een vordering tot kinderalimentatie ook mogelijk was bij gecontinueerde ouderlijke macht na echtscheiding. Ter verduidelijking van de op 21 maart 1986 onder sub b geformuleerde voorwaarde stelde de Hoge Raad 'dat de enkele omstandigheid dat tussen de ouders een geschil ontstaat over de voorziening in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind, onvoldoende grond is voor intrekking van de beschikking waarbij de ouderlijke macht is gecontinueerd of hersteld.'

In de lagere rechtspraak vond na 1984 echter een ware inflatie plaats van de voorwaarde van de goede verstandhouding, doordat de scheidingsrechter zich in het algemeen niet waagde aan een onderzoek naar de aannemelijkheid daarvan. Dit werd praktisch onhaalbaar geacht en derhalve werd de gezamenlijke wens van de ouders als garantie voor hun goede onderlinge verstandhouding beschouwd. De rechter was trouwens al lang blij als hem een verzoek om het doorlopen van het gezamenlijk gezag bereikte in plaats van een (veelal) conflictbeladen verzoek om eenhoofdig gezag. Uit onderzoek van Kweens¹⁰ blijkt, dat één op de zeven handhavingen van het gezamenlijk ouderlijk gezag – in 1991 en 1992 uitgesproken door Rechtbank Arnhem – binnen 5 jaar alsnog in eenhoofdig gezag werd omgezet.¹¹ In ruim 65% van de verzoekschriften tot omzetting werd aangevoerd 'dat er géén, althans onvoldoende sprake is van de vereiste goede onderlinge verstandhouding tussen de ouders. De gewijzigde verstandhouding uit zich vooral, doordat de ouders niet meer of moeilijk met elkaar communiceren.'¹² De weinige afwijzingen van het verzoek om eenhoofdig gezag berustten in het algemeen op het feit, dat het kind (steeds een 12-plusser) handhaving van het gezamenlijk gezag wenste.¹³

De introductie van art. 251 BW I

Eind 1995 werd de inmiddels 10-jarige rechtspraak gecodificeerd in het nieuwe art. 1:251 BW, waarin het gezamenlijk gezag na scheiding een optie werd.¹⁴ In deze bepaling wordt de voorwaarde van de goede onderlinge verstandhouding tussen de ouders niet expliciet genoemd. Die is weggemoffeld in het voorschrift dat het verzoek van de ouders om gezamenlijk belast te blijven met de uitoefening van het gezag een eensluidend verzoek moet zijn én in de bepaling dat het door de rechtbank wordt afgewezen 'indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd'. (art. 1:251.2-oud BW.) Deze afwijzingsgrond was niet onomstreden. De Raad van State¹⁵, het College van Advies voor de Kinderbescherming, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de FIOM gaven de voorkeur aan een verdergaande toetsing en aan aansluiting bij de door de Hoge Raad geformuleerde criteria dat het belang van het kind zich niet tegen inwilliging van het verzoek verzet en tussen de ouders een goede verstandhouding behoort te bestaan.¹⁶

9. NJ 1994, 241; m.nt. VWH-S.

10. W.J.P.Kweens: 'Nieuwe wetgeving inzake het ouderlijk gezag na echtscheiding; haastige spoed is zelden goed'. *FJR* 1998, 12, p. 278-284.

11. Kweens 1998, p. 281.

12. Kweens 1998, p. 282.

13. Kweens 1998, p. 283.

Staatssecretaris van Justitie Kosto benadrukte echter, dat uit het voldoen aan de voorwaarde van het eensluidend verzoek van de ouders 'in veel gevallen al wel kan worden afgeleid dat de ouders de verzorging en opvoeding van de kinderen in goede onderlinge verstandhouding willen voortzetten'. Bovendien wordt niet alléén op het verzoek van de ouders afgegaan. 'De hierbedoelde afwijzingsgrond geeft de rechter de mogelijkheid om zo er gereede aanleiding bestaat voor twijfel of het gezag op die wijze naar behoren zal worden uitgeoefend, het verzoek af te wijzen. Een in dit verband relevante factor kan bijvoorbeeld zijn dat, ter zitting, blijkt dat ouders het eigenlijk helemaal niet eens zijn over de gezamenlijke verzorging en opvoeding van het kind en/of het eensluidende verzoek onder druk van een van de ouders is gedaan'.¹⁷

Artikel 377h BW I

De gelijktijdige introductie van art. 1:377h BW rechtvaardigt niettemin de vraag hoe serieus de wetgever de goede verstandhoudingsvoorwaarde eigenlijk nam. Het bleef, ingeval van gezamenlijk gezag, namelijk niet bij de mogelijkheid dat de rechter over de alimentatie wordt geadieerd (art. 1:406 BW). De ouders kunnen hem ook vragen een regeling vast te stellen inzake de omgang tussen het kind en de ouder bij wie het kind zijn gewone verblijfplaats niet heeft (art. 1:377a BW), alsmede inzake de informatie- en consultatieplicht van de woonouder jegens de niet-woonouder. Daarbij kan de woonouder het raadplegen 'zo nodig door tussenkomst van derden' doen realiseren (art. 1:377b BW). Een nogal extensieve, beter gezegd vrije, interpretatie van HR 19 november 1993 (zie par.2), want deze had noch uitgesproken noch bedoeld dat 'de enkele omstandigheid' dat de ouders het over alles oneens zijn, onderling niet tot een omgangs- en informatieregeling kunnen komen en de ander niet (of slechts via derden) wensen te raadplegen, 'onvoldoende grond is' voor afwijzing van het verzoek om voortzetting van het gezamenlijk gezag!

Tijdens de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 23012 plaatsten alleen de leden van de CDA-fractie vraagtekens bij concept-art. 1:377h BW. Indien de aldaar bedoelde regelingen slechts via de rechter kunnen worden getroffen, beschouwden zij dat als een indicatie voor het ontbreken van een goede onderlinge verstandhouding en daarmee als een contra-indicatie voor voortzetting van het gezamenlijk gezag.¹⁸ Het antwoord van de staatssecretaris is opmerkelijk: 'Het lijkt mij dat onderscheid gemaakt moet worden tussen enerzijds het verzoek van ouders, die gezamenlijk het gezag willen blijven uitoefenen, om onderling gemaakte afspraken (waarover zij het onderling eens zijn) in een beschikking vast te leggen, opdat mogelijke problemen voor de toekomst worden voorkomen en opdat een executoriale titel beschikbaar is in het bijzonder in verband met de alimentatie voor de kinderen. Deze ouders kunnen zeer wel in staat zijn gezamenlijk het gezag over hun kinderen uit te oefenen. Anderzijds ben ik het met de leden van de CDA-fractie eens dat ingeval de ouders het zowel over de financiën als over de

14. Wet van 6 april 1995, *Stb.* 240; i.w.tr. 2 november 1995.

15. TK 1992-1993, 23 012, B, p. 1 en 2.

16. TK 1992-1993, 23 012, 3, p. 6.

17. TK 1992-1993, 23 012, 3, p. 18 en 19.

18. TK 1992-1993, 23 012, 4, p. 11 en TK 1993-1994, 23012, 7, p. 6.

omgang en de informatieverstrekking niet eens zijn, het niet waarschijnlijk is dat de gezamenlijke gezagsuitoefening een succes zal zijn. In dergelijke gevallen is het onwaarschijnlijk dat het verzoek tot gezamenlijke gezagsuitoefening van beide ouders afkomstig zal zijn. Een eensluidend verzoek is volgens art. 251, tweede lid al een eerste voorwaarde. Daarnaast biedt art. 251, tweede lid, de mogelijkheid het verzoek tot gezamenlijke gezagsuitoefening af te wijzen, indien de vrees gerechtvaardigd is dat de belangen van het kind in de knel zouden komen.¹⁹

Art. 377h werd niet geschrapt, want het had in ieder geval een nuttige functie voor de eerstgenoemde categorie ouders. Maar indien deze ouders op gemeenschappelijk verzoek scheiden – hetgeen anno 1995 wellicht ook een logische en zinvolle voorwaarde voor toewijzing van het verzoek om voortzetting van het gezamenlijk gezag was geweest – hadden zij de door Kosto genoemde doelen en resultaten ook kunnen bereiken via art. 819 BRv. Van art. 1:377h BW ging het ongewenste signaal uit, dat de voorwaarde van de goede onderlinge verstandhouding bij de keuze voor het gezamenlijk gezag weinig voorstelde.

De huidige regeling

De optieregeling van november 1995 was reeds op 1 januari 1998 oud recht. Ingevolge het huidige art. 1:251, lid 2 BW loopt het gezamenlijk gezag na scheiding in beginsel van rechtswege door, 'tenzij de ouders of een van hen de rechtbank verzoeken in het belang van het kind te bepalen dat het gezag over een kind of de kinderen aan een van hen alleen toekomt'.²⁰ Thans is bij een scheiding dus niet voor het gezamenlijk gezag maar voor het eenhoofdige gezag een rechterlijke beslissing vereist. Met deze ommezwaai wordt de inmenging bij scheiding in het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven (art. 8 EVRM) door de overheid zo beperkt mogelijk gehouden.²¹ Ondanks deze fraaie en legitieme doelstelling was ook deze (onverhoedse) ommezwaai niet onomstreden, zoals blijkt uit het commentaar van o.a. het Clara Wichmann Instituut²², Nicolai²³ en Van Wamelen.²⁴

Volgens staatssecretaris Schmitz betekende de omdraaiing van de bestaande regel 'dat – tenzij de ouders het eens zijn dat een van beiden het gezag krijgt – de ouder die alleen met het gezag wil worden belast, het antwoord moet geven op de vraag waarom het belang van het kind beter gediend is met toedeling van het gezag aan deze ouder alleen'. De staatssecretaris had overigens niet de illusie 'dat in de gevallen waarin de ouders hun onderlinge strijd over de ruggen van de kinderen uitvechten, de omkering van de huidige regel tot enig ander resultaat zal leiden dan thans. Het belang van het kind zal er in dat geval niet mee gediend zijn dat ouders ook over de gezamenlijke gezagsuitoefening de strijd kunnen blijven voeren'.²⁵

Casusposities

Wat betreft de houding van scheidende ouders ten aan-

zien van het gezag over hun kind(eren) zijn globaal de volgende vier casusposities denkbaar:

- Beide ouders willen dat het gezamenlijk ouderlijk gezag doorloopt.
- Beide ouders willen dat één van hen het eenhoofdige gezag gaat uitoefenen (en zijn het erover eens wie van hen daarmee wordt belast).
- Beide ouders eisen voor zichzelf het eenhoofdige gezag op.
- Een van de ouders wil dat het gezamenlijk gezag doorloopt en de andere ouder wil zelf het eenhoofdige gezag. Dit was de opstelling van partijen in HR 10 september 1999.

ad. a. Deze wens wordt thans van rechtswege gerespecteerd en vervuld.

ad. b. De hierboven weergegeven toelichting van de staatssecretaris wekt de indruk dat de rechter bij een 'gezamenlijk' verzoek om eenhoofdige gezag voor moeder of vader niet hoeft na te gaan waarom het belang van het kind met het beoogde eenhoofdige gezag beter gediend is. Daarbij wordt echter over het hoofd gezien dat ook het kind bij een scheiding van zijn ouders recht heeft op een zo beperkt mogelijke inmenging in zijn recht op eerbiediging van zijn familie- en gezinsleven. Ter bescherming daarvan beschikt het kind slechts over het hoorrecht (art. 809 BRv) en de informele rechtsingang van art. 1:251a BW.²⁶

De huidige redactie van art. 1:251, lid 2 BW geeft trouwens geen steun aan de interpretatie van de staatssecretaris. Niettemin zal bij een dergelijk verzoek de toetsing aan het belang van het kind waarschijnlijk marginaal zijn, d.w.z. dat het verzoek alleen wordt afgewezen als het kennelijk in strijd is met het belang van het kind, aldus Doek, die dan ook verwacht dat een gezamenlijk verzoek als hier bedoeld in beginsel steeds zal worden toegewezen.²⁷ Ergo, bij een gezamenlijk verzoek om eenhoofdige gezag, geldt voor de toetsing van het belang van het kind een ander criterium dan art. 1:251.2 BW voorschrijft: het verzoek wordt slechts afgewezen als de inwilliging ervan kennelijk in strijd is met het belang van het kind (in plaats van: slechts toegewezen indien het belang van het kind dit vordert).

ad. c. Als de ouders elkaar het eenhoofdige gezag betwisten, betekent de integrale toetsing aan het belang van het kind onder andere dat de mogelijkheden die ieder van de ouders aan de kinderen biedt of kan bieden moeten worden afgewogen en dat aan de hand daarvan moet worden beoordeeld aan wie van de ouders het gezag over de kinderen het beste kan worden opgedragen, aldus HR 25 mei 1990.²⁸ Naar huidig recht dient – voorafgaande aan deze afweging – mijns inziens ieder van de ouders aan te geven waarom het belang van het kind i.c. meer met eenhoofdige dan met gezamenlijk gezag gediend is.

ad. d. Bij de onder c en d genoemde ouders zijn we in de conflictgevallen beland. En het is de vraag in hoeverre bij de beslechting daarvan de in 1984 en 1986 door de Hoge

19. TK 1993-1994, 23 012, 8, p. 11.

20. Wet van 30 oktober 1997, Stb. 506; i.w.tr. 1 januari 1998.

21. TK 1995-1996, 23 714, 7, p. 7.

22. Clara Wichmann Instituut, 'Gezamenlijk gezag na echtscheiding', *NJB* 1998, 2, p. 75-76 (in een reactie op E. Gras in diens kroniek van het personen-, familie- en erfrecht in *NJB* 1997, 31, p. 1484 e.v.).

23. E.J. Nicolai, 'De juridische positie van de niet-verzorgende ouder na echtscheiding', *NJB* 1998, 15, p. 695-699.

24. C.G.M. van Wamelen, 'Nieuw gezagsrecht', *FJR* 1997, 12, p. 264-274 (272-273).

25. TK 1996-1997, 23 714, 11, p. 12.

26. Zie hierover Van Wamelen 1997, p. 273.

27. Kluwer, *Losbl. PFR*; suppl. 133 (oktober 1998); art. 251-13.

28. *NJ* 1991, 267. Zie voor een zorgvuldige motivering van een dergelijke afweging de beschikking van Hof Den Haag d.d. 21 maart 1997 in: HR 21 november 1997, *NJ* 1998, 164.

Raad gestelde voorwaarden – al dan niet *a contrario* – nog een rol spelen.

Door het van rechtswege doorlopen van het gezamenlijk gezag, verviel al meteen de noodzaak daartoe een eensluidend en gemotiveerd verzoek in te dienen. Tevens verviel de expliciete voorwaarde dat beide ouders de voortzetting van het gezamenlijk gezag moeten wensen. 'Dat het gezamenlijk gezag niet strookt met de wensen van elk van de twee ouders, lijkt mij op zich onvoldoende grond om een eenhoofdig gezag in te stellen', concludeert De Boer terecht.²⁹ Een (omstreden) verzoek om eenhoofdig gezag kan inderdaad nog slechts worden toegewezen, indien het belang van het kind dit vordert. Uit haar onderzoek van gezagsbeschikkingen, gegeven in het ressort Arnhem tijdens de eerste helft van 1998, constateert De Groot³⁰ dat het feit dat één van de ouders geen voortzetting van het gezamenlijk gezag wenst inderdaad onvoldoende grond oplevert voor toewijzing van eenhoofdig gezag.³¹

Dat door de nieuwe constructie van de gezagsregeling deze oorspronkelijk door de Hoge Raad gestelde voorwaarden automatisch vervielen was op z'n zachtst gezegd jammer, want de oude constructie 'waarborgt het meest dat de ouders gezamenlijk hebben nagedacht over een beslissing ten aanzien van het voortzetten van het gezamenlijk gezag. Doordat zij een eensluidend verzoek om gezamenlijke gezagsuitoefening moeten doen, mag worden verwacht dat zij zich hebben bezonnen op de vraag of tussen hen ondanks de scheiding een zodanige goede onderlinge verstandhouding bestaat dat gezamenlijk gezag een juiste oplossing is. Het systeem van het automatisch doorlopen van het gezag na scheiding daarentegen noopt in mindere mate tot gezamenlijk overleg en beslissen hieromtrent en maakt minder inzichtelijk of de betrokken partijen dit meerhoofdig gezag ook echt wensen', aldus Kosto in februari 1993.³² De meeste fracties in de Tweede Kamer waren het hier destijds roerend mee eens.³³ Het kan verkeren.

Het vervallen van de oude voorwaarden waaraan ouders moesten voldoen voor de verkrijging van het gezamenlijk gezag, werd niet gecompenseerd door het stellen van eenduidige voorwaarden voor de verkrijging van het eenhoofdig ouderlijk gezag. De wet verlangt dat in het verzoek daartoe wordt aangegeven dat en waarom eenhoofdig gezag in het belang van het kind is en de rechter zal alsdan zijn beslissing moeten baseren op een integrale toetsing van het belang van het kind.³⁴

De goede onderlinge verstandhouding revisited

Resteert de vraag naar het lot van de voorwaarde van de goede onderlinge verstandhouding. Hoewel de huidige wet – evenmin als die van 1995 – voor het eenhoofdig gezag niet uitdrukkelijk (*a contrario*) het ontbreken van een goede onderlinge verstandhouding als voorwaarde stelt, dient – getuige de wetsgeschiedenis – de kwaliteit van die verstandhouding nog steeds een cruciale rol te spelen bij het oordeel of het belang van het kind eenhoofdig gezag vordert. Tijdens de behandeling van wetsvoor-

stel nr. 23714 in de Eerste Kamer vroegen de leden van de PvdA-fractie 'of het standpunt gedeeld wordt dat, als ter zitting geconstateerd wordt dat de ouders niet een behoorlijke verstandhouding hebben, de situatie zich niet leent voor gezamenlijk gezag.'³⁵ Blijkens het antwoord van de staatssecretaris wordt dit standpunt inderdaad gedeeld: 'Indien de ouders van mening verschillen over het gezag, is dat meestal omdat beiden alleen met het gezag over het kind/de kinderen belast willen worden. Het komt wel eens voor dat een van beide ouders graag zou willen dat het gezamenlijk ouderlijk gezag wordt gecontinueerd, terwijl de andere ouder alleen met het gezag belast wil worden. Meestal doet de ouder, die graag wil dat het gezag gecontinueerd wordt, een subsidair verzoek om zelf alleen met het gezag belast te worden. In deze gevallen is gelet op het meningsverschil van de ouders – dat bijvoorbeeld gebaseerd kan zijn op een uiteenlopende opvoedingsstijl – de constatering niet zo moeilijk en ook terecht dat voor de continuering van het gezag geen plaats is.'³⁶

Hoewel deze uitspraak eenduidig is, lijkt in de rechtspraak het feit dat de wettekst zwijgt over de goede verstandhoudingsvoorwaarde soms zwaarder te wegen dan de wetsgeschiedenis. De beoordeling van de kwaliteit van de ouderlijke verstandhouding wordt – anders dan in 1995 – niet meer aan de ouders zelf overgelaten, maar aan de rechter, die zich in het verleden zelden aan een dergelijk oordeel waagde. En de consequenties die de rechters aan de door hen vastgestelde kwaliteit van de verstandhouding verbinden lopen nogal uiteen. Niettemin inventariseerde De Groot een aantal feiten en omstandigheden die een onvoldoende, respectievelijk een voldoende grond opleveren voor toewijzing van het eenhoofdig gezag.³⁷ Daaruit blijkt dat onvoldoende grond opleveren:

- het feit dat één van de ouders geen voortzetting van het gezamenlijk gezag wenst;
- het enkele feit dat de communicatie tussen de ouders niet goed verloopt;
- een meningsverschil over de omgang of over de alimentatie.

In de meeste verzoeken om eenhoofdig gezag wordt het ontbreken van een goede onderlinge verstandhouding gedemonstreerd met het argument dat er tussen de ouders sprake is van geen enkele of een zeer slechte communicatie. Het in staat zijn tot enige zinvolle communicatie over de gemeenschappelijke kinderen duidt echter nog geenszins op een goede verstandhouding. De oorspronkelijk in het belang van het kind gestelde voorwaarde is dus tot een minimum-voorwaarde gereduceerd.

Maar ook deze minimum-voorwaarde blijkt niet altijd te worden gesteld en gerespecteerd. Volgens Rb. Haarlem I september 1998³⁸ behoeft de communicatie over de kinderen de nodige verbetering, maar betekent dit niet dat de kinderen beter af zijn met het eenhoofdig gezag van de moeder. En Rb. 's-Hertogenbosch 8 mei 1998 oordeelde dat de zeer slechte communicatie tussen de ouders onvoldoende grond was voor eenhoofdig gezag. 'Van de ouders mag in een situatie als de onderhavige, zeker gelet op hun

29. Asser-De Boer 1998, p. 624.

30. B.E.L.A.M. de Groot, 'Ex-partner, maar niet ex-ouder. De nieuwe regelgeving inzake het gezag na scheiding in de rechtspraak', *FJR* 1999, 5, p. 90-96.

31. De Groot 1999, p. 94.

32. TK 1992-1993, 23 012, 3, p. 6.

33. TK 1992-1993, 23 012, 4, p. 11 en 12.

34. J.E. Doek in Kluwer, *Losbl. PFR*, suppl. 133, art. 251-13.

35. EK 1996-1997, 23 714, 238f (nadere MvA), p. 1. Voor een dergelijke constatering is volgens deze kamerleden veelal geen raads- of ander onderzoek nodig.

36. EK 1996-1997, 23 714, 238f (Nadere MvA), p. 1.

37. De Groot 1999, p. 94.

38. *Nemesis* 1998, 6, nr. 961.

verantwoordelijkheid jegens de kinderen, een uiterste inspanning worden gevraagd om tot een betere verstandhouding (als ouders) te komen.' De rechtbank hield de beslissing aan, teneinde de ouders in de gelegenheid te stellen om via professionele hulpverlening – welke weg reeds eerder zonder succes was bewandeld – de onderlinge communicatie te verbeteren.³⁹

Geen of een slechte communicatie tussen de ouders blijkt ook geen belemmering voor het gezamenlijk gezag indien de man ermee instemt dat het hoofdverblijf van de kinderen bij de vrouw is en zij de kinderen verzorgt en opvoedt en de man niet voornemens is zich intensief met de opvoeding van de kinderen te bemoeien. 'Deze houding van de vader, waaruit respect voor de opvoeding en verzorging van de kinderen door hun moeder blijkt, leidt het hof tot de opvatting dat niet voldoende aannemelijk is gemaakt dat eenhoofdig gezag in het belang is van de kinderen', aldus Hof 's-Gravenhage 16 april 1999.⁴⁰ Pa moet zich echter niet al te afzijdig houden, want De Groot meldt dat 'het gedurende ruime tijd geen invulling willen of kunnen geven aan het ouderlijk gezag' voldoende grond oplevert voor toewijzing van het eenhoofdig gezag. Voorts meldt zij als zodanig: het halsstarrig ieder overleg weigeren met de ouder bij wie de kinderen hun hoofdverblijfplaats hebben, het onophoudelijk bij deze ouder die hoofdverblijfplaats ter discussie stellen en/of de kinderen met die discussie belasten, alsmede het maken van misbruik van de ouderlijke gezagsbevoegdheid.⁴¹ Het is opvallend dat het hier steeds gaat om bepaald wangedrag van de niet-woonouder. Uit de landelijke jurisprudentie blijkt echter, dat een slechte communicatie en verstandhouding wel degelijk een grond opleveren voor toewijzing van het verzoek om eenhoofdig gezag:

– Partijen hebben uiteenlopende opvattingen over de opvoeding van de kinderen en kunnen hierover niet goed met elkaar praten.⁴²

– Ter terechtzitting is gebleken dat tussen partijen niet die goede onderlinge verstandhouding bestaat die vereist is voor gezamenlijke uitoefening van het gezag.⁴³

– Beide partijen hebben erkend dat de communicatie tussen hen slecht verloopt en dat zij met betrekking tot de kinderen in het geheel niet met elkaar kunnen communiceren.⁴⁴

– De door de vrouw gestelde – en door de man niet weersproken – slechte communicatie tussen partijen en de daaruit voortvloeiende conflicten, ook met betrekking tot de verzorging en opvoeding van de kinderen.⁴⁵

HR 10 september 1999

HR 10 september 1999 doet een eerste principiële uitspraak over art. 1:251, lid 2 BW zoals op 1 januari 1998 in werking getreden en – gezien het voorafgaande – was deze uitspraak meer dan welkom. De uitspraak bevat een vier-tal elementen.

a. Het enkele feit, dat een van de ouders zulks wenst is onvoldoende grond om te bepalen dat het gezag over een kind aan een van de ouders alleen toekomt. Een beslissing in deze zin is slechts dan gerechtvaardigd, indien de rechter na onderzoek tot het oordeel komt dat deze in het belang van het kind is.

Een dergelijk onderzoek mag bestaan uit kennisneming van de aan het hof overgelegde stukken en het horen van partijen bij de mondelinge behandeling ter terechtzitting, zoals i.c. was gebeurd. Vervolgens stond het hof vrij om hieraan conclusies te verbinden, zoals het heeft gedaan.⁴⁶

b. Het ontbreken van een goede communicatie tussen de ouders – in het bijzonder in de periode waarin de echtscheiding en de daarmee verband houdende kwesties nog niet zijn afgewikkeld – brengt niet zonder meer mee, dat in het belang van het kind het ouderlijk gezag aan een van de ouders moet worden toegekend.

Dit impliceert dat de behandeling van een verzoek om eenhoofdig gezag inderdaad soms moet worden aangehouden of afgewezen in afwachting van een verbetering van de relatie tussen de ouders. We zagen reeds (in paragraaf 7) dat aanhouding voorkomt. Maar aanhouding of afwijzing van het verzoek om eenhoofdig gezag is alleen op zijn plaats als te verwachten is dat een verbetering van de communicatie tussen de ouders binnen afzienbare tijd haalbaar is. In casu was het initiële verzoekschrift van de vrouw op 7 mei 1997 bij Rb. Den Haag ingediend. Hof Den Haag beoordeelde de zaak ruim een jaar later, op 31 juli 1998, en constateerde dat er nog steeds sprake was van een slechte communicatie tussen de ouders en dat niet te verwachten was dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen. Bij de beoordeling van het begrip 'afzienbaar' dient hier – gezien het oogmerk de belangen van het kind te beschermen – te worden uitgegaan van het kinderlijk tijdsbesef, dat gebaseerd is op diens dringende instinctieve en emotionele behoeften en varieert met de leeftijd van het kind. Naarmate het kind jonger is, dient de 'afzienbare' periode korter te zijn.⁴⁷

c. Voor een gezamenlijk gezag is vereist,

– dat de ouders in feite in staat zijn tot een behoorlijke gezamenlijke gezagsuitoefening en

– dat zij beslissingen van enig belang over hun kind in gezamenlijk overleg kunnen nemen, althans tenminste in staat zijn vooraf afspraken te maken over situaties die zich rond het kind kunnen voordoen, zodanig dat het kind niet klem of verloren raakt tussen de ouders.

Volgens Wortmann zijn een goede onderlinge verstandhouding en de daarmee samenhangende goede communicatie tussen de gescheiden ouders thans niet langer een vereiste voor het voortduren van het gezamenlijk gezag na scheiding.⁴⁸ Mijns inziens gaat deze conclusie te ver. Het hof was immers van mening, dat 'evenals onder het recht van voor 1 januari 1998' de onder c. genoemde eisen onverkort van kracht zijn (rov. 9). Met het oordeel dat het hof deze opvatting tot uitgangspunt mocht nemen, houdt

39. *Nemesis* 1998, 6, nr. 959. Idem Hof's-Gravenhage 28 augustus 1998; *Nemesis* 1999, 5, nr. 1089.

40. *Nemesis* 1999, 5, nr. 1091.

41. De Groot 1999, p. 94.

42. Rb. Amsterdam 10 juni 1998; *Nemesis* 1998, 6, nr. 960.

43. Hof 's-Gravenhage 24 juli 1998; *Nemesis* 1998, 6, nr. 958.

44. Hof 's-Gravenhage 31 juli 1998; *Nemesis* 1998, 6, nr. 957.

45. Rb. Amsterdam 3 maart 1999; *Nemesis* 1999, 5, nr. 1090.

46. Zie ook onder par. 6 ad d en noot 35.

47. Zie over het kinderlijk tijdsbesef: J. Goldstein, A. Freud en A.J. Solnit, *De Toverformule: in het belang van het kind*, Deventer, Kluwer 1979, p. 10 en 28 e.v.

48. S.F.M. Wortmann, 'Gevolgen van de scheiding: voortduren van het gezamenlijk gezag en limitering van de alimentatie', in: *Het familierecht in het perspectief van de 21e eeuw*. VPFA Millenniumbundel, Kluwer 1999, p. 49-58 (p. 49). Zie ook haar noot onder HR 10 september 1999, *NJ* 2000, 20.

de Hoge Raad – voor zover het huidige art. 1:251, lid 2 BW dit toelaat – vast aan zijn oorspronkelijke opvattingen over de (on)mogelijkheden van het gezamenlijk gezag van gescheiden ouders in het licht van de belangen van hun kind(eren). Wellicht is een goede verstandhouding te veel gevraagd (ook reeds voor 1 januari 1998), maar gezien de eisen voor een gezamenlijk gezag blijft een redelijke verstandhouding niet alleen een voldoende maar ook een noodzakelijke voorwaarde.

Het doorlopen van het gezamenlijk gezag staat in beginsel – als een recht van beide ouders – voorop (art. 8.1 EVRM), maar dit recht moet wijken als het belang van het kind dit vordert (art. 8.2 EVRM). Het antwoord op de vraag wat het belang van het kind in concreto vordert, leent zich slechts in beperkte mate voor toetsing in cassatie, omdat dit antwoord voor een belangrijk deel wordt bepaald door andere dan juridische overwegingen. De bescherming van de belangen van het kind ligt inderdaad in handen van de feitenrechter. Maar die moet zijn verantwoordelijkheid dan wel nemen, zoals het hof i.c. deed. In het licht van HR 10 september 1999 vordert het belang van het kind vermoedelijk vaker en eerder eenhoofdig gezag dan sommige lagere rechters thans blijkbaar menen (zie par. 7). Bij toepassing van de onder c. geformuleerde eisen voor een gezamenlijk gezag, kan worden voorkomen dat een verzoek om eenhoofdig gezag te lichtvaardig wordt afgewezen.

d. Indien de tussen de man en de vrouw bestaande communicatieproblemen zodanig ernstig zijn dat er een onaanvaardbaar risico is dat de kinderen klem of verloren raken tussen de ouders, indien zij het ouderlijk gezag gezamenlijk blijven uitoefenen, en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zal komen, levert dit een grond op voor toewijzing van het verzoek om eenhoofdig gezag.

'Criterium is of slechte dan wel afwezige communicatie dan wel een andere omstandigheid van een zodanig ernstige aard is dat er een onaanvaardbaar risico bestaat dat de kinderen tussen de ouders klem of verloren raken, terwijl niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd verbetering komt', aldus de toetssteen die Wortmann ontleent aan HR 10 september 1999.⁴⁹ Ik lees daarin een ander criterium. Niet de slechte of afwezige communicatie moet van een zodanig ernstige aard zijn dat er een onaanvaardbaar risico bestaat dat de kinderen klem of verloren raken tussen hun ouders, maar de tussen de ouders bestaande communicatieproblemen (rov. 3.4). Impliceren deze een slechte of afwezige communicatie dan is dit op zich een omstandigheid van een zodanig ernstige

aard, dat het belang van het kind eenhoofdig gezag vordert. I.c. was het hof gebleken 'dat de ouders uitsluitend via brieven met elkaar communiceren en beiden hebben erkend dat de communicatie tussen hen zodanig slecht verloopt dat gezamenlijk overleg, danwel het maken van goede afspraken er voorlopig niet in zit' (rov. 9).

Bij de begrippen 'zodanig ernstig' en 'een onaanvaardbaar risico' gaat het om open criteria, waarbij de rechter zal moeten beoordelen of de concrete feiten en omstandigheden het oordeel rechtvaardigen dat i.c. aan deze criteria is voldaan. Daarbij dient te worden bedacht dat ten aanzien van de kinderen elk risico dat zij 'klem of verloren raken tussen de ouders' waar mogelijk dient te worden vermeden. Ik vraag mij zelfs af of hier een aanvaardbaar risico acceptabel is. Het uitoefenen van het gezamenlijk gezag door ouders, die zelfs niet aan de door het hof daarvoor gestelde minimum-eisen voldoen, ontardt immers in een onverantwoord experiment, met als escape-mogelijkheid een beroep op art. 1:253n BW. Kan zo'n verzoek dan trouwens wel toegewezen worden, indien er geen sprake is van gewijzigde omstandigheden omdat de communicatie van meet af aan destructief was? Of bestaan de gewijzigde omstandigheden dan uit het feit dat het kind inmiddels geheel en al verloren is geraakt...

Het is schadelijk voor een kind, wanneer het bij voortdurende getuige moet zijn van conflicten, strijd en hevige onmin tussen twee door hem geliefde personen. 'In tegenstelling tot volwassenen, die in het algemeen positieve emotionele bindingen kunnen hebben met meerdere personen die niets met elkaar te maken hebben, of zelfs elkaar vijandig gezind zijn, ontbreekt het kinderen aan het vermogen dit te doen. Zij zullen ongedwongen van meer dan één volwassene houden, maar alleen als de personen in kwestie positief ten opzichte van elkaar staan. Als dit niet het geval is, vallen kinderen ten prooi aan ernstige loyaliteitsconflicten, die hen zullen schaden', aldus Goldstein c.s.⁵⁰ Hun ontwikkelingspsychologische uitspraken zijn geenszins verouderd. En hetzelfde geldt derhalve voor de oorspronkelijk door de Hoge Raad gestelde voorwaarden ter bescherming van (de belangen van) een kind van gescheiden ouders. Daarin kan ook een wetswijziging geen verandering brengen. Het is mijns inziens vooral dit signaal, dat Hoge Raad 10 september 1999 heeft willen afgeven.

Carla van Wamelen
Hoofddocente Familie- en Jeugdrecht aan de EUR en redacteur van FJR.

49. Wortmann 1999, p. 49.

50. Goldstein c.s. 1979, p. 11. De auteurs wijzen er bovendien op, dat de wet en de hulpverlening geen gelijke tred hebben gehouden met de vor-

deringen van de ontwikkelingspsychologie en met de betekenis die daarin wordt gehecht aan het kind-zijn (p. 4).