

Onderhoudsplicht doorgelicht.

Over de alimentatieplicht van juridische, sociale en biologische ouders.



A.S. van Helvoort | Nederlands Recht | Faculteit Rechtsgeleerdheid

Onderhoudsplicht doorgelicht.

Over de alimentatieplicht van juridische, sociale en biologische ouders.

Anouk van Helvoort

666371

Examencommissie:

Prof. mr. P. Vlaardingerbroek

Mr. J.A.E. van Raak-Kuijper

Afstudeerdatum:

22 oktober 2008

Voorwoord

De helft van alle eerstgeborenen in 2007 is door een niet-getrouwde moeder ter wereld gebracht.¹ Ook mijn ouders hebben nooit besloten tot een huwelijk. Mijn biologische vader is door erkenning ook mijn juridische vader geworden. Deze situatie was bij mijn geboorte weliswaar niet helemaal standaard, maar de onderhoudsplicht was in dit geval wettelijk goed geregeld. Het palet aan samenlevingsvormen is sindsdien alleen maar uitgebreid. In een aantal gevallen is de onderhoudsplicht minder doorzichtig. Dit was voor mij voldoende reden om de onderhoudsplicht te gaan onderzoeken. Bij het kiezen van ‘de onderhoudsplicht’ als onderwerp van mijn scriptie, had ik niet gedacht dat dit zo veel omvattend zou zijn.

Voor de begeleiding die ik de afgelopen maanden tijdens het schrijven van mijn scriptie heb gehad wil ik prof. mr. P. Vlaardingerbroek hartelijk bedanken. Deze vakman lijkt alles te weten van het personen- en familierecht en het was dan ook een eer om met hem te mogen samenwerken. Het was een vrijwel onmogelijke opgave om iets te schrijven wat hij niet al had bedacht. Ondanks zijn drukke agenda met congressen in binnen- en buitenland probeerde hij telkens weer tijd vrij te maken voor mij. Ook dank ik mevrouw mr. Van Raak-Kuijper voor het zitting nemen in de examencommissie.

Na een aantal fijne jaren aan de Universiteit van Tilburg, is nu het moment daar om mijn studie af te sluiten. Met veel plezier kijk ik terug op de afgelopen jaren studie en studentenleven. Mijn leerzame tijd als vrijwilliger bij de Rechtswinkel en als bestuurslid bij fractie Vrijspraak hebben daar zeker aan bijgedragen. Ik ben een aantal liefdevolle mensen om mij heen veel dank verschuldigd, die de totstandkoming van mijn scriptie mede mogelijk gemaakt hebben. Mijn ouders, die natuurlijk financieel het nodige hebben bijgedragen, maar ook zo nu en dan als ‘hoog opgeleide leek’ mijn scriptie van feedback voorzagen en daarbij een discussie over de onderhoudsplicht niet uit de weg gingen. Mijn vriend Ruud, die als wetenschapper in de dop als geen ander weet dat het schrijven van een scriptie zowel momenten van vreugde kent als momenten dat je het even helemaal niet meer ziet zitten. Op beide momenten was hij er op een geweldige manier voor me. Verder wil ik iedereen bedanken die een aangename bijdrage heeft geleverd aan de afgelopen jaren.

Tilburg, oktober 2008

Anouk van Helvoort

¹ www.cbs.nl

Inhoudsopgave

| | |
|--|-----------|
| Voorwoord | II |
| 1. Inleiding | 1 |
| 2. De huidige regeling van de onderhoudsplicht in het BW | 3 |
| § 2.1 Wie is onderhoudsplichtig? | 3 |
| § 2.2 Juridisch ouderschap en de onderhoudsplicht | 4 |
| § 2.3 Sociaal ouderschap en de onderhoudsplicht | 8 |
| § 2.4 Biologisch ouderschap en de onderhoudsplicht | 12 |
| § 2.5 Samenloop van onderhoudsverplichtingen en –gerechtigden | 13 |
| § 2.6 Conclusie | 14 |
| 3. Bedoelingen wetgever ten aanzien van kinderalimentatie | 16 |
| § 3.1 Kinderalimentatie vóór 1838 | 16 |
| § 3.2 Kinderalimentatie vanaf 1838 – 1933 | 17 |
| § 3.3 Kinderalimentatie vanaf 1933 – 31 maart 1998 | 18 |
| § 3.4 Kinderalimentatie vanaf 1 april 1998 – 2001 | 20 |
| § 3.5 Kinderalimentatie vanaf 2001 – heden | 21 |
| § 3.6 Conclusie | 22 |
| 4. De problemen bij de huidige regeling van de onderhoudsplicht | 24 |
| § 4.1 Van rijke juridische ouder naar arme stiefouder | 24 |
| § 4.2 Testamentaire voogdij en de onderhoudsplicht | 26 |
| § 4.3 Onderhoudsplicht voor kinderen van minderjarige moeders | 29 |
| § 4.4 Wensmoeders/ mee-moeders en het verkrijgen van juridisch moederschap | 30 |
| § 4.5 Conclusie | 32 |
| 5. Conclusie en aanbevelingen | 34 |
| § 5.1 Terugblik | 34 |
| § 5.2 Conclusie | 34 |
| § 5.3 Discussie | 38 |
| § 5.4 Vervolgonderzoek | 39 |
| Geraadpleegde literatuur en overige bronnen | 41 |

1. Inleiding

De meeste ouders realiseren zich terdege dat de opvoeding van kinderen kosten met zich mee brengt. Voor wiens rekening deze kosten komen, is niet altijd even duidelijk. In theorie is het logisch: man en vrouw trouwen en krijgen een kind waarvan zij beiden automatisch juridisch ouder zijn en dus zijn zij onderhoudsplichtig. In de praktijk kan dit kind een stiefouder krijgen en kunnen er drie ouders onderhoudsplichtig zijn. Steeds meer mensen worden onderhoudsplichtig volgens de wet. Is dit een gewenste ontwikkeling en om welke onderhoudsplichtigen gaat het? Hoe verhoudt het afstammingsrecht zich tot de onderhoudsplicht?

Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) kent verschillende soorten ouders: de biologische, juridische en sociale ouder. Hierbij valt een onderscheid te maken tussen het ontstaan van de onderhoudsplicht en de omvang van de betaling. Mijn scriptie beslaat niet het rekenrecht: de *omvang* van de betaling. Deze is altijd afhankelijk van de draagkracht van de ouder en de behoefte van het kind.² Sinds 1971 bestaan er richtlijnen voor het berekenen van alimentaties, de ‘Trema-normen’. Om de behoefte aan een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding vast te stellen, is een systeem ontwikkeld dat gebaseerd is op CBS-cijfers. Dit systeem is neergelegd in het in 1994 verschenen rapport ‘Kosten van kinderen ten behoeve van vaststelling van kinderalimentatie’. Dit onderdeel hoeft wat mij betreft dus niet nader onderzocht te worden in deze scriptie. Het *ontstaan* en het einde van de onderhoudsplicht voor kinderen daarentegen kent een minder eenduidige uitwerking en is voor nader onderzoek vatbaar. De leek zou in één oogopslag moeten kunnen zien wanneer hij een onderhoudsplicht heeft, zodat zijn rechten en plichten duidelijk zijn. Steeds vaker ontstaan er samenlevingsvormen die niet voldoen aan het traditionele patroon van vader, moeder en hun twee kinderen. Ik ben nieuwsgierig naar de regeling van de onderhoudsplicht bij deze niet traditionele gezinnen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een co-ouderschap met vier ouders: twee homoseksuele vaders en twee lesbische moeders. De onderhoudsplicht is in deze vorm niet meer zo vanzelfsprekend; er rijzen vragen hoe de onderhoudsplicht bij deze afwijkende gezinsvormen geregeld moet worden. Ik zal mij dus concentreren op het recht op alimentatie. Als het nodig is zal ik hier en daar een opmerking maken over de hoogte van de onderhoudsplicht, maar dat is dan enkel bedoeld ter verduidelijking.

Met deze afbakening als uitgangspunt is tot een probleemstelling gekomen. De onderzoeksvraag in deze scriptie luidt: ‘*Op welke wijze kan de samenhang tussen de alimentatieplicht van sociale, juridische en biologische ouders (in de zin van art. 1:198, 199, 253w, 282 lid 6, 392, 394, 395 en 404 BW) worden verbeterd?*’. De rechtszekerheid zal worden gebruikt als toetsingskader. Deze

² Burgers-Thomassen & Kreeftenberg 2005, p. 32.

formulering is zodanig gekozen, dat alle mogelijke ouders hier onder te scharen zijn. Bij de onderhoudsplicht denkt men vaak aan de man van de vrouw uit wie het kind geboren is. Een zogenaamde duo-moeder kan echter ook onderhoudsplichtig zijn. De keuze voor ‘ouder’ in plaats van ‘vader’ in de probleemstelling is hier dus op zijn plaats. Uiteindelijk moet dit leiden tot een unieke combinatie van informatie, die ik bij mijn literatuuronderzoek nog niet eerder ben tegengekomen.

Naast het literatuuronderzoek is de ervaring in de rechtspraktijk met de huidige regeling van grote waarde. Daarom geeft een notaris in § 4.2 zijn visie op de werkbaarheid in de praktijk van de huidige regeling van de testamentaire voogdij. Deze praktijkervaring dient ter illustratie bij de bevindingen. Deze scriptie wil een bijdrage leveren aan de balans tussen de wetenschappelijke theorie en de maatschappelijke werkelijkheid inzake de onderhoudsplicht tussen ouders en kinderen. Door kritisch naar de artikelen betreffende de onderhoudsplicht te kijken wil ik tot aanbevelingen komen voor de wetgever. Met deze aanbevelingen wil ik de rechtszekerheid van de regeling van de onderhoudsplicht bevorderen.

Alvorens aanbevelingen te kunnen doen, dient een gedegen vooronderzoek plaats te vinden. Daarbij zal allereerst de huidige situatie uiteen worden gezet in hoofdstuk 2. Dit zal gebeuren aan de hand van de beschikbare literatuur en jurisprudentie. Aansluitend komen in hoofdstuk 3 de bedoelingen van de wetgever bij de totstandkoming van de onderhoudsplicht aan bod, aan de hand van de memorie van toelichting bij de verschillende wetsartikelen. De ratio achter de keuze voor de huidige manier van regelen van de onderhoudsplicht in het Burgerlijk Wetboek wil ik aan het licht brengen. Hier behandel ik onder meer de wisselende grondslag door de tijd heen voor het bestaan van de verplichting tot onderhoud. In hoofdstuk 4 wordt dieper op verschillende problematische onderdelen van de onderhoudsplicht ingegaan. Ik sta in dit hoofdstuk onder andere stil bij het einde van de gezamenlijke voogdij, dat tevens het einde van de onderhoudsplicht behelst. In hoofdstuk 5 ten slotte stel ik per geconstateerd probleem een verbetering voor.

2. De huidige regeling van de onderhoudsplicht in het BW

Door verschillende wetwijzigingen is het lastig te bepalen wanneer er momenteel een onderhoudsplicht geldt voor welke ouder. Deze wetwijzigingen komen uitvoerig aan bod in hoofdstuk 3. In het onderhavige hoofdstuk zal de huidige situatie worden geschetst betreffende de onderhoudsplicht. Is de onderhoudsplicht van ouders tegenover hun kinderen momenteel logisch geregeld in het Burgerlijk Wetboek? In dit hoofdstuk zullen de verschillende soorten ouders achtereenvolgens de revue passeren. Bij elk soort ouderschap zal worden uitgelegd wat hieronder precies wordt verstaan en wanneer deze ouder een onderhoudsplicht heeft. Bij het schrijven van dit hoofdstuk is de wet tot uitgangspunt genomen met een regelmatige terugval op de beschikbare literatuur en jurisprudentie.

§ 2.1 Wie is onderhoudsplichtig?

De onderhoudsplicht voor de kinderen staat niet ter vrije beschikking van de ouders. De onderhoudsplicht kan niet door de ouders zelf gematigd worden; enkel de rechter kan de verplichtingen aanpassen naar aanleiding van gewijzigde omstandigheden. De verplichting om bij te dragen bestaat pas in geval van behoefte, behalve wat betreft ouders en stiefouders tegenover hun minderjarige kinderen. Ouders betalen namelijk altijd; de wet laat hier geen ruimte voor twijfel (art. 1:392 lid 2 BW). Waar ex-partneralimentatie in beginsel stopt na twaalf jaar³, loopt de onderhoudsplicht voor kinderen door tot het kind 21 jaar oud is. De onderhoudsplicht omvat meer dan het verstrekken van levensonderhoud. Deze bestaat tot 18 jaar uit de kosten voor verzorging en opvoeding en ten behoeve van 18-21 jarigen uit de kosten voor levensonderhoud en studie (art. 1:395a BW). De verplichting bestaat ook als het kind zelf vermogen of eigen inkomsten heeft. Indien de ouder het gezag over het kind uitoefent, zal deze verplichting veelal in natura worden gerealiseerd. Het kind wordt in gezinsverband verzorgd en opgevoed, de kosten daarvan worden door de ouders gedragen. Een uitkering in geld komt aan de orde als een of beide ouders het kind niet zelf opvoedt. Hierbij valt te denken aan een scheiding waarbij één ouder met het gezag is belast (dit komt niet vaak voor) of bij ontzetting uit het gezag. De onderhoudsplichtige ouder zal het geld moeten uitkeren aan de verzorgende ouder. Er is dus niet aan de onderhoudsverplichting voldaan als het kind rechtstreeks wordt overladen met dure cadeaus.⁴ De verzorgende ouder zal er op toezien dat de andere ouder zijn of haar verplichting tot voorziening in de kosten van verzorging en opvoeding nakomt. Het minderjarige

³ Zon 2006, p. 133.

⁴ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 491.

kind heeft in de wet geen eigen bevoegdheid gekregen om een bijdrage in de kosten te vragen. De zelfstandig wonende minderjarige heeft wel zelf behoefte aan een geldelijke uitkering. Een bijzondere curator kan bij conflicten inzake het onderhoud de minderjarige vertegenwoordigen in de alimentatieprocedure (art. 1:250 BW). Meerderjarige kinderen van 18 tot en met 20 jaar hebben een eigen aanspraak tot bijdrage in de kosten van levensonderhoud en studie op hun ouders.⁵ Er bestaat geen onderhoudsplicht voor kinderen vanaf 21 jaar. Wel is er een morele verplichting voor ouders ingevolge de Wet op de studiefinanciering om bij te dragen als hun draagkracht dat toelaat. Gehandicapte kinderen kunnen vanaf hun achttiende levensjaar een Wajong-uitkering aanvragen. De Wajong-uitkering bedraagt maximaal 75% van de Wajong-grondslag, een bedrag dat gebaseerd is op het minimumloon. Het is de bedoeling dat deze jongvolwassenen dan voor hun inkomen niet afhankelijk hoeven te zijn van hun ouders/verzorgers.⁶ Het beroep op een WAO-uitkering voor jonggehandicapten groeit momenteel te sterk naar de zin van minister Donner. Hij komt met een voorstel waarbij jongeren die niet volledig worden afgekeurd, vanaf 2010 verplicht aan het werk moeten. Naar verwachting beslaat dit tweederde van de 'Wajongeren'. Wanneer zij het aangeboden werk weigeren, wil Donner de uitkering direct stopzetten.⁷ De vraag is wie in dat geval onderhoudsplichtig wordt. Zijn de ouders dan aansprakelijk?

Op 1 april 1998 is het nieuwe afstammingsrecht in werking getreden. Beoogd is het aanpassen van het afstammingsrecht aan de eisen van de tijd. Er is meer dan voorheen aansluiting gezocht bij de natuurlijke afstamming.⁸ De burgerlijke staat van de ouders is altijd erg belangrijk geweest. Essentieel is daarbij de vraag of het kind binnen of buiten een huwelijk geboren wordt. De verplichting tot levensonderhoud is volgens de huidige wettelijke regeling niet afhankelijk van het hebben van gezag. Zo blijft de verplichting ook bestaan in geval van ontzetting uit het ouderlijk gezag. Het gaat om de vraag tussen welke ouder(s) en het kind een familierechtelijke betrekking bestaat. Zowel juridische, sociale als biologische ouders kunnen een onderhoudsplicht hebben. Deze verschillende ouders en de bijbehorende onderhoudsverplichtingen zullen hierna achtereenvolgens worden besproken.

§ 2.2 Juridisch ouderschap en de onderhoudsplicht

Ouderschap in de juridische betekenis verwijst naar de ouders die laatstelijk in de geboorteakte van het kind vermeld staan. De wetgever wil het juridische ouderschap in grote lijnen laten aansluiten bij de biologische afstamming. De vraag is in hoeverre dit wenselijk is, gezien de verschillende soorten biologische en sociale vormen van ouderschap die er bestaan en de ontwikkelingen op het gebied van leefvormen en kunstmatige bevruchting. Het verband tussen het biologische ouderschap en de

⁵ Mens 2008, p. 10.

⁶ www.uwv.nl

⁷ www.volkskrant.nl

⁸ *Kamerstukken II 1995/1996*, 24 649, nr. 6, p. 2.

ouderlijke verantwoordelijkheid is niet vanzelfsprekend. Het belangrijkste is om een duidelijke en in beginsel definitieve keuze te maken voor iemand die primair verantwoordelijk is als juridisch ouder voor een kind. Dat hoeven niet de biologische ouders te zijn. Het kan niet ontkend worden dat er een zeker verband bestaat tussen het ouderlijk gezag aan de ene kant en de verplichting onderhoud te verschaffen aan de andere kant.⁹ Een van de belangrijkste gevolgen van het juridisch ouderschap is zelfs het ouderlijk gezag. Dit houdt het recht en de plicht in om het kind te verzorgen en op te voeden.¹⁰ Wat betekent dit voor de onderhoudsplicht?

De juridische ouders maken deel uit van de in art. 1:392 BW opgesomde onderhoudsplichtigen. De verplichting tussen ouders en kinderen is wederkerig. Ouders zijn onderhoudsplichtig jegens hun kinderen tot 21 jaar, ook al is er geen sprake van behoefte. De onderhoudsverplichting bestaat ook voor kinderen, maar alleen indien er sprake is van behoefte (ouders kunnen niet in eigen onderhoud voorzien). Een uitzondering vormen de (getrouwde) stiefouders: zij moeten hun minderjarige stiefkinderen onderhouden, maar niet omgekeerd. In de relatie ouders tegenover hun kinderen is het vereiste van behoefte nadrukkelijk uitgesloten. Met de aanwijzing van een juridische ouder tracht de wetgever zeker te stellen dat er iemand is die de volle verantwoordelijkheid voor het welzijn en de ontwikkeling van een kind draagt. Dit kan de biologische ouder zijn, maar dat hoeft niet. Bij het aanwijzen van de juridische ouders is een onderscheid tussen de moeder en de vader op zijn plaats.

Het juridisch moederschap sluit naadloos aan bij die van de moeder in de natuurlijke zin van het woord. Het moederschap is gebaseerd op het dragen en baren van een kind. De juridische moeder is namelijk 'de vrouw uit wie het kind geboren wordt', aldus art. 1:198 BW. Ook de draagmoeder wordt dus automatisch moeder van het kind dat zij baart. De wetgever heeft niet voorzien in de mogelijkheid van ontkenning van het juridisch moederschap, zelfs niet als vaststaat dat de moeder het kind aan wensouders wil afstaan. De vrouw die het kind heeft geboort, wordt verondersteld de zorg voor het kind op zich te nemen. Tot op heden is het niet mogelijk dat een vrouw een kind erkent. In januari 2007 steunde een meerderheid in de Tweede Kamer een motie van D66 om de meemoeder wel de mogelijkheid te geven om een kind te erkennen. In een lesbische relatie kan een 'duomoeder' tot op heden alleen juridisch moeder worden door adoptie van het kind. Hierover adviseerde de Commissie-Kalsbeek, waar ik in de volgende paragraaf op terug kom. De vrouwelijke partner van de moeder kan het kind wel adopteren (mits aan de voorwaarden daartoe is voldaan). Over de juridische moeder bestaat eigenlijk nooit onduidelijkheid; het moederschap wordt bewezen door de geboortakte. Er wordt wel geschreven dat het een rechtsfeit is.¹¹

Het ontstaan van het juridisch vaderschap is te vinden in art. 1:199 BW. Bij de geboorte van een kind in een huwelijk is de man die gehuwd is met de moeder automatisch de juridische vader,

⁹ Gerlo 1994, p. 107-109.

¹⁰ Henstra 2002, p. 13-14, 99-100, 186.

¹¹ Henstra 2002, p. 47.

ongeacht wie de feitelijke biologische vader is. Een kind dat buiten een huwelijk is geboren heeft van rechtswege geen familierechtelijke betrekking met de biologische vader. Hiervoor is vereist dat de vader het kind erkent, door persoonlijk voor de ambtenaar van de burgerlijke stand te verschijnen of een verklaring af te leggen bij notariële akte (niet zijnde een testamentaire akte). Tot het kind zestien jaar is, is de toestemming van de moeder hiervoor vereist en vanaf het moment dat het kind twaalf jaar is (ook) de toestemming van het kind. Bij geweigerde toestemming kan deze vervangen worden door de rechter, op verzoek van de verwekker. Ook is mogelijk dat de moeder het juridische vaderschap van de man gerechtelijk laat vaststellen. Daarbij bestaat de keuze om de man tot juridisch vader te laten benoemen via art. 1:207 BW met alle rechten en plichten die daarbij komen kijken, danwel de man via een onderhoudsactie enkel te dwingen om in de kosten van levensonderhoud een bijdrage te leveren (art. 1:394 BW). Voor de gerechtelijke vaststelling is het verwekkerschap voldoende, waarbij een intensieve relatie met de moeder en het kind (family life) niet vereist is.¹² Hoewel de moeder soms niets meer met de biologische vader te maken wil hebben, is het starten van een dergelijke procedure aan te raden. In 2003 bepaalde het Hof Den Haag¹³ bijvoorbeeld dat de vader, wiens vaderschap gerechtelijk was vastgesteld, ruim 1200 euro per maand voor levensonderhoud voor zijn 2-jarige kind moest betalen. Zelfs indien de verwekker al is overleden kan zijn vaderschap nog gerechtelijk worden vastgesteld. De moeder heeft de bewijslast, maar de rechter legt haar hierbij geen strobreed in de weg. Zo kan de man zelfs worden opgegraven om zijn verwekkerschap te laten vaststellen.¹⁴ Bij toewijzing heeft de uitspraak terugwerkende kracht tot aan de geboorte van het kind en kan dit ook erfrechtelijke gevolgen hebben.¹⁵ Vaststelling van het vaderschap kan dus lonen.

Er wordt bij het vaststellen van het vaderschap gewerkt met 'ficties'.¹⁶ Indien de fictie niet overeenkomt met de biologische realiteit (art. 1:200 BW), kan het vaderschap worden ontkend bij de rechter. Dit is dus niet mogelijk in geval van kunstmatige inseminatie. De ontkenning moet bovendien gebeuren door de juridische vader binnen één jaar vanaf het moment dat de man van zijn niet-verwekkerschap op de hoogte komt.¹⁷ Als dit later zou gebeuren, zou dit een grote schok voor zijn echtgenote en het gezin zijn. De man heeft door niets te doen de suggestie gewekt dat hij het niet-vaderschap accepteerde. Na het ontkennen van het vaderschap, kan de man de rechter verzoeken een omgangsregeling vast te stellen. Hiervoor is een nauwe persoonlijke betrekking vereist (art. 1:377f BW).¹⁸

Andersom is niet mogelijk: de biologische vader kan niet het vaderschap van de juridische vader aanvechten.¹⁹ Dit kan vervelende situaties veroorzaken. Denk hierbij aan een vrouw die tijdens

¹² HR 25 maart 2005, *LJN* AT0412.

¹³ Hof Den Haag 7 mei 2003, *LJN* AF8651, *NJ* 352.

¹⁴ Hof Leeuwarden 9 november 2005, *LJN* AU6138, *JPF* 2006-1 en *EHRM* 13 juli 2006, appl. nr. 58757/00.

¹⁵ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 240-246.

¹⁶ HR 1 april 1938, *NJ* 1938, 989.

¹⁷ HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 228 en HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 106.

¹⁸ Van Raak-Kuijper & Vlaardingerbroek 2006, p. 21.

¹⁹ Asser/De Boer 2006, nr. 702.

haar zwangerschap de verwekker verlaat waar zij langdurig mee samenwoonde en gaat trouwen met iemand anders. Deze nieuwe vriend wordt vervolgens tot juridisch vader benoemd.²⁰ De verwekker heeft dan geen mogelijkheid om een familierechtelijke relatie met het kind op te bouwen. Hij kan het kind dus niet erkennen, want dan zouden er twee juridische vaders ontstaan. De Hoge Raad oordeelde dat de moeder een te respecteren belang had bij haar weigering om toestemming te geven tot erkenning door de biologische vader. Voordeel volgens de wetgever is dat het gezinsleven van de moeder, haar echtgenoot en haar kind wordt beschermd, doordat een derde zich niet kan inmengen omdat hij meent de verwekker te zijn van het binnen een huwelijk geboren kind. Het gezinsbelang en het voorkomen van maatschappelijke onrust prevaleert hier boven de wens om de juridische en biologische afstamming zoveel mogelijk gelijk te doen zijn. Het juridisch vaderschap zal in de meeste gevallen conform de werkelijkheid zijn, maar het geeft dus geen garantie voor de biologische afstamming. Voor de moeder is er ook een mogelijkheid tot ontkenning van het vaderschap. Zij kan hiervan gebruik maken als zij bijvoorbeeld weet dat de overleden echtgenoot niet de vader van het kind kan zijn. Hierbij geldt een termijn van één jaar na de bevalling, ook al is dan nog niet duidelijk wie de verwekker is geweest. Legt zij deze verklaring af nadat zij zelf is hertrouwd, dan wordt degene die met haar is gehuwd ten tijde van de geboorte van het kind als vader aangemerkt.²¹

Naast de als juridisch vader aangewezen man en de moeder heeft ook het kind zelf de mogelijkheid om het vaderschap te ontkennen. Dit verzoek moet worden ingediend binnen drie jaar na de ontdekking dat de man vermoedelijk niet de biologische vader is. Deze termijn kan met enkele jaren worden opgerekt, indien het kind bij de ontdekking nog minderjarig is.²² De minderjarige is belanghebbende in de procedure, maar kan als zodanig niet zelfstandig optreden. Voor het kind moet een bijzondere curator worden benoemd door de rechtbank (art. 1:212 BW). Ook als niet alle partijen akkoord zijn met de ontkenning van het vaderschap, is vertegenwoordiging van het kind (ongeacht de leeftijd) door een bijzondere curator in een procedure mogelijk.²³ Hieruit concludeer ik dat de wetgever, door procedures tot ontkenning van vaderschap op verzoek van een zeer jong kind mogelijk te maken, het gelijktrekken van de juridische met de biologische waarheid van hoge waarde acht. Het kind kan nog niet tot een weloverwogen oordeel ter zake komen, terwijl de rechter toch tot een uitspraak kan komen. Het is gebruikelijk dat de bijzondere curator en de rechter in een dergelijke zaak nagaan of het belang van het kind gediend is met een verzoek tot ontkenning.²⁴ Bij een procedure met een minderjarige als verzoeker (vertegenwoordigd door een bijzondere curator) heeft de rechter de mogelijkheid om de Raad voor de Kinderbescherming om advies te vragen. Daarbij geldt de standaardregel dat als het kind minimaal 12 jaar oud is het door de rechter gehoord moet worden, art. 810 jo. 809 Rv. Een apart geval is het kind dat later dan 306 dagen na het overlijden van de echtgenoot

²⁰ HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 121.

²¹ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 212-215.

²² Hof Amsterdam 6 oktober 2003, *FJR* 2004, 2.

²³ HR 31 oktober 2003, *NJ* 2004, 315.

²⁴ Wortmann 2004, p. 6.

wordt geboren. Dit kind heeft alleen een juridische moeder. Een man kan dan het kind erkennen of de moeder kan het vaderschap gerechtelijk laten vaststellen.²⁵

Uit het voorgaande blijkt dat de juridische ouder in beginsel onderhoudsplichtig is. De artikelen 1:198 en 1:199 BW omschrijven de juridische ouders, samen geregeld in titel 11 ‘afstamming’, afdeling 1. Deze artikelen zijn dus niet zo verspreid geregeld over het wetboek en vrij overzichtelijk. De verplichting tot levensonderhoud van de juridische ouders is geregeld in titel 17, artikel 1:392 en 1:404 BW.

§ 2.3 Sociaal ouderschap en de onderhoudsplicht

De sociale ouder is het makkelijkst te omschrijven als een persoon die ‘family life’ heeft met het kind. Dit begrip is al eerder voorbij gekomen en behoeft meer aandacht dan het zijdelings noemen ervan. Het begrip komt voor in art. 8 lid 1 EVRM en vervult een belangrijke functie in het personen- en familierecht. Art. 8 EVRM (respect voor het familie- en gezinsleven) heeft het familierecht ontwikkeld van een begripsmatig gesloten systeem, naar een meer open en dynamisch systeem.²⁶ Dit artikel behelst de verplichting voor de lidstaten om actief mogelijk te maken dat elke burger de hem in het verdrag toegekende rechten kan uitoefenen, alsmede de verplichting om zich te onthouden van inmenging in de uitoefening van het recht op familie- en gezinsleven. Hierbij is vooral het Marckx-arrest²⁷ van belang geweest. Hierin verwoordde het Hof dat bescherming van het familie- en gezinsleven niet beperkt blijft tot de op het huwelijk gebaseerde familie. Ook al is er geen sprake van een juridische relatie, dan toch kan het bestaan van ‘family life’ (en het zijn van sociale ouder) verschillende rechten met zich meebrengen. Een ongehuwde moeder hoeft niet eerst haar kind te erkennen alvorens er een afstammingsrechtelijke betrekking bestaat tussen haar en het kind (dat kan ze niet). Het enkele feit van de geboorte is voldoende. Een man is tevens niet genoodzaakt om zijn kind te erkennen (en dus juridisch vader te worden) om het recht te verkrijgen zijn kind te mogen verzorgen. Voldoende zou in het geval van de man zijn dat er een relatie bestaat die in voldoende mate met het huwelijk gelijk valt te stellen. Het juridisch vaderschap als gevolg van het huwelijk bestaat nog indien het kind binnen 306 dagen na het overlijden van de vader is geboren, zelfs als de moeder is hertrouwd (art. 1:198 sub b BW).

‘Family life’ is dus een abstract begrip en juist door die rekbaarheid is er al snel sprake van rechtsonzekerheid. Family life is in elk geval iets anders dan een ‘familierechtelijke betrekking’ (art. 1:197 BW), wat de afstammingsband aanduidt.²⁸ In geval van family life neemt een persoon de dagelijkse verzorging van het kind op zich, waarbij een afstammingsband niet aanwezig hoeft te zijn.

²⁵ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 206-217.

²⁶ Henstra 2002, p. 27-33.

²⁷ Marckx vs Belgium, 13 June 1979, Series A no. 31.

²⁸ Gerver 2001, p. 18.

Dit kan bijvoorbeeld de nieuwe partner van de vader/moeder (stiefouder) zijn, maar ook een grootouder of pleegouder. Een biologische moeder bouwt tijdens de zwangerschap al een sterke emotionele band op met het kind, doordat zij het kind de hele dag voelt. Deze band wordt door moderne technieken (zoals goede echo's) in een vroeg stadium steeds verder bevorderd. De biologische vader moet na de geboorte deze band nog grotendeels opbouwen, vaak via de moeder omdat hij daar niet omheen kan. Beide biologische juridische ouders hebben echter wel vanaf de geboorte family life met het kind, ongeacht de eventuele achterstand van de vader wat betreft de emotionele band met het kind. De verschillende soorten sociaal ouderschap worden nader uitgewerkt in de artikelen 253aa, 253sa en 253t van Boek 1 BW. Een relatie met een duurzaam karakter is voor sociaal ouderschap niet vereist, een korte opname in een pleeggezin is ook voldoende. In deze paragraaf zullen de verschillende sociale ouders aan bod komen.

Ten eerste is er de juridische ouder samen met de niet-ouder (gezamenlijk gezag), wat in art. 1:253w BW staat omschreven. Het gaat om: 'de ander die met de ouder gezamenlijk het gezag uitoefent'. De verplichting van deze ouder behelst het verstrekken van levensonderhoud jegens het kind; dit eindigt altijd als het kind 21 jaar oud wordt. Deze onderhoudsplicht, verbonden aan het juridisch ouderschap, vloeit voort uit de wet. De wetgever heeft bepaald dat het kind verzorging behoeft. Het gezag kan worden ontnomen door middel van een kindbeschermingsmaatregel, maar de onderhoudsplicht blijft dan in beginsel bestaan.²⁹ Bij beëindiging van het gezamenlijk gezag door een rechterlijke beslissing of het overlijden van de andere ouder met gezag, blijft de onderhoudsplicht bestaan voor een periode gelijk aan de termijn dat het gezamenlijk gezag heeft geduurd. De rechter kan tevens een langere periode bepalen. De onderhoudsplicht van de ander dan de ouder kan samenlopen met die van de verwekker of die van de ouder die niet met het gezag belast is. Ingevolge art. 1:253aa BW hebben ouders van rechtswege het gezag over hun kind, als dit kind tijdens het geregistreerde partnerschap van de ouders is geboren. Deze automatische verkrijging van het gezamenlijk gezag door een ouder en zijn partner (niet juridische ouder) geldt bij een geboorte binnen een huwelijk of geregistreerd partnerschap, mits er geen andere ouder is (art. 1:253sa BW).³⁰

Een stiefouder is volgens art. 1:395 BW gedurende het huwelijk of geregistreerd partnerschap verplicht levensonderhoud te verstrekken, aan de tot diens gezin behorende minderjarige kinderen van zijn echtgenoot of geregistreerd partner. In deze zin vallen twee elementen op: 'gedurende het huwelijk of geregistreerd partnerschap' en 'tot zijn gezin behorende'. Het laatste element moet ruim worden uitgelegd; een kind dat op kamers woont valt hier ook onder. Op te merken valt dat de nieuwe partner die ongehuwd samenwoont met de ouder van de kinderen dus niet onderhoudsplichtig is. De onderhoudsplicht van de stiefouder staat in gelijke rang met die van de ouder van de kinderen.

Een voogd kan door 'family life' met het kind tevens een sociale ouder zijn. Hoewel media vaak willen laten geloven dat ouders 'de voogdij' kunnen krijgen, is de term 'voogd' sinds 1995 alleen

²⁹ MvT, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 862, nr. 3, p. 8.

³⁰ Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2007, p. 340-342, 366-372.

voorbehouden aan derden. Sinds 1 januari 1998 is het mogelijk om twee voogden te benoemen. In principe hoeft een voogd niet zelf het kind te verzorgen en op te voeden. Als de voogdij door twee personen samen wordt aanvaard, spreekt men van ‘gezamenlijke voogdij’. De twee voogden hebben dan de plicht en het recht om het kind te verzorgen en op te voeden (art. 1:282 lid 6 BW). Op zich is dat niet vreemd, omdat met twee voogden al snel een gezinssituatie ontstaat. Echter, het gevolg is waarschijnlijk minder gewenst: de voogden moeten dan ook bijdragen aan het levensonderhoud. Opmerkelijkste consequentie is wel dat als de gezamenlijke voogdij ophoudt, de onderhoudsplicht vervalt. Hier kom ik in hoofdstuk 4, bij het signaleren van problemen van de huidige regeling, op terug.

In een bijzondere situatie verkeren ook de duo-moeders. Een duo-moeder, ook wel een mee-moeder genoemd, wil vaak het kind van haar vrouwelijke partner erkennen. Haar partner is de biologische moeder (niet de verwekker) van een kind dat via spermadonatie is verkregen. Het is niet vanzelfsprekend dat de partner van de biologische moeder als sociale ouder afstammingsrechtelijk verwantschap heeft. Door spermadonatie wordt de vrouw die het kind baart de (juridische) moeder, haar vriendin wordt geen juridische ouder, tenzij via adoptie. De spermadonor heeft evenmin een juridische relatie met het kind. Deze donor eist nogal eens een actieve rol op in de opvoeding, een probleem waar veel duo-moeders mee te maken kunnen krijgen. Deze lesbische ouders verdienen juridische bescherming, maar dit is op onsamenhangende wijze geregeld in de wet. Op 1 april 2001 is tegelijk met de openstelling van het huwelijk voor partners van hetzelfde geslacht, adoptie mogelijk gemaakt voor deze paren. Adoptie is pas mogelijk als het kind is geboren. Op 18 januari 2007 heeft een aantal kamerleden een motie ingediend.³¹ Deze motie beoogt wetsvoorstel 30 551 als volgt aan te passen: kinderen die binnen een lesbisch huwelijk worden geboren, hebben van rechtswege twee moeders en kinderen die buiten een huwelijk worden geboren kunnen door de vrouwelijke partner van hun moeder worden erkend. Voordeel bij adoptie is wel dat de afstammingsgegevens worden gewaarborgd. Als de relatie tussen de duo-moeders eindigt tijdens de zwangerschap, heeft het kind geen rechten ten opzichte van de mee-moeder. De biologische moeder is, als vrouw waaruit het kind geboren is, altijd juridisch moeder.³²

De Commissie-Kalsbeek deed, op verzoek van het kabinet, onderzoek naar lesbisch ouderschap en bracht hierover een advies uit.³³ De commissie adviseert de mogelijkheid van erkenning open te stellen, wat eenvoudiger is dan het doorlopen van een adoptieprocedure. Het feit dat andere landen het ouderschap van de duo-moeder niet zouden erkennen, staat hier volgens de commissie niet in de weg. De commissie sluit aan bij de genoemde opties: erkenning van het kind door de sociale moeder (bij niet gehuwde lesbische ouders) of het verkrijgen van het ouderschap van rechtswege (als de duomoeder gehuwd is met de moeder). Er stonden hierbij twee uitgangspunten centraal, namelijk

³¹ Vonk 2007, p. 448-449.

³² Vonk 2003, p. 122-123 en 127-128.

³³ Rapport Commissie-Kalsbeek 31 oktober 2007.

die van het belang van het kind en die van gelijke behandeling. Het kind is gebaat bij juridische bescherming van de feitelijke gezinssituatie. Het is van belang dat aan beide opvoeders dezelfde juridische positie toekomt, aangezien uit juridisch ouderschap meer rechten en plichten voortvloeien dan uit gezag en het juridisch ouderschap een gevoel van verbondenheid met zich meebrengt. Het tweede speerpunt luidt: gelijke gevallen dienen gelijk behandeld te worden. De commissie meent dat ook het sociale ouderschap en het feitelijke family life van twee vrouwen juridische bescherming behoeft. Dit zou op eenzelfde eenvoudige wijze geregeld moeten worden als de juridische bescherming van een kind dat wordt geboren bij een heteroseksueel paar. De bescherming van het sociale ouderschap prevaleert dus volgens de commissie in zoverre boven het vasthouden aan het vermoeden van biologisch ouderschap. Volgens de commissieleden gaat het nu om een rechtspolitieke keuze.³⁴ De commissie spreekt zelf geen keuze uit, maar gaat wel in op een aantal problemen die voortvloeien uit de mogelijkheid van erkenning door de meemoeder. Zo valt te denken aan het geval waarin de meemoeder het kind weigert te erkennen. Hier hoeft volgens de commissie geen nieuwe rechtsfiguur te worden gecreëerd. Er moet aansluiting worden gezocht bij de regeling voor de man die als levensgezel heeft ingestemd met de daad die de verwekking tot gevolg kan hebben gehad (art. 1:207 lid 1 BW). De moeder en het kind kunnen dan het moederschap van de meemoeder gerechtelijk vaststellen. Er is hierdoor geen sprake van een tweederangs regeling voor lesbische paren en bovendien zal het aansluiten bij een bestaande rechtsfiguur in het buitenland mogelijkwijs op minder problemen van acceptatie stuiten. Terzijde: erkenning door een 'meevader' is nog steeds geen optie omdat een kind niet binnen de relatie van twee mannen kan worden geboren. Een 'meevader' kan tevens niet erkennen als hij donor is voor een gehuwd hetero paar, waarvan de man onvruchtbaar is. Twee mannen blijven aangewezen op adoptie om familierechtelijke betrekkingen met het kind tot stand te brengen. De commissie levert hiervoor geen oplossing, maar de opdracht van de minister heeft ook geen betrekking op de situatie dat twee mannen het ouderschap vormgeven.³⁵ In de toekomst zal blijken wat de betekenis is die de wetgever toekent aan het beginsel van gelijke behandeling van heteroseksuele en lesbische relaties. In augustus 2008 heeft minister Hirsch Ballin van Justitie in elk geval een wetsvoorstel aangekondigd dat het automatisch verkrijgen van het juridische ouderschap voor lesbische partners regelt. Het wetsvoorstel moet in 2010 van kracht worden. Tot die tijd is er het reeds bij de Eerste Kamer ingediende wetsvoorstel dat de adoptieprocedure moet verkorten. Daarna is het wachten op de mannelijke homoseksuele paren die zich ook op gelijke behandeling zullen gaan beroepen.

Tot slot het volgende. De Emancipatieraad constateerde in 1991 al terecht dat er een verschil bestond in de mogelijkheid om juridische ouder te worden.³⁶ De sociale vader had een stevige positie, hij kon onder omstandigheden door middel van erkenning zijn sociaal ouderschap juridisch bevestigen

³⁴ www.justitie.nl

³⁵ Nuytinck 2008, p. 1-2.

³⁶ Emancipatieraad 1991, p. 5-13.

krijgen. De sociale moeder kon echter onder geen enkele omstandigheid de juridische ouder worden van de kinderen. Volgens de Emancipatieraad hing dit samen met de verschillende definities van de juridische ouder voor de man en de vrouw. Tevens kon een sociale vader, die de partner is van de juridische vader, geen juridische ouder worden. De wet bleek achter te lopen vergeleken met de maatschappelijke werkelijkheid ten aanzien van opvoedingssituaties. Hiermee werd de schijn in stand gehouden dat de juridische ouders altijd tevens de biologische ouders van een kind zijn.

In tegenstelling tot de artikelen betreffende de juridische ouder, is de onderhoudsplicht van de sociale ouder verspreid door het Burgerlijk Wetboek geregeld. De stiefouder staat onder het kopje waar men deze ook zou verwachten, namelijk afdeling 17 'levensonderhoud'. De gezamenlijke voogdij is echter geregeld onder afdeling 14 'gezag', terwijl ook hier een verplichting tot levensonderhoud geldt.

§ 2.4 Biologisch ouderschap en de onderhoudsplicht

Terwijl ouderschap op de website van Van Dale³⁷ wordt gedefinieerd in vage termen van biologische afstamming; 'de vader of de moeder', wordt in de papieren driedelige Van Dale³⁸ rekening gehouden met verschillende vormen van ouderschap. Er wordt genetisch ouderschap (van wie is het genetisch materiaal afkomstig), fysiologisch ouderschap (hier waarschijnlijk bedoeld in de zin van draagmoeder, door juristen liever gedefinieerd als genetisch en biologisch ouderschap) en psychologisch ouderschap (dit kan worden vergeleken met het juridische begrip sociaal ouder) onderscheiden. Het afstammingsrecht maakt weliswaar een koppeling tussen 'natuurlijk' ouderschap en ouderschap in de zin van verantwoordelijkheid voor verzorging en opvoeding, maar het is zeker niet met elkaar gelijk te trekken. De 'biologische ouder' is een overkoepelend begrip en is verspreid in het Burgerlijk Wetboek geregeld. De biologische moeder is onderhoudsplichtig, in beginsel ook als de minderjarige uit huis geplaatst wordt. De onderhoudsplicht houdt pas op bij de dood of als de familierechtelijke banden worden verbroken, hierbij valt te denken aan adoptie. Wat betreft de biologische vader dient een scherp onderscheid gemaakt te worden tussen de verwekker en de donor, omdat de rechtsgevolgen verschillen. Beiden zijn biologisch de vader van het kind. De verwekker van een kind dat alleen een moeder heeft, alsmede de man die als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, zijn volgens art. 1:394 BW wél onderhoudsplichtig. Als het kind alleen een moeder heeft en geen juridische vader, dan is de verwekker van het kind verplicht te voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding. Deze man is verplicht de kosten voor verzorging en opvoeding op zich te nemen tot het kind 18 jaar oud is en daarna is hij verantwoordelijk voor de kosten van levensonderhoud en studie tot het kind de leeftijd van 21 jaar bereikt heeft. Nadien geldt de onderhoudsplicht alleen indien het kind door geestelijke of

³⁷ www.vandale.nl

³⁸ Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal (dertiede uitgave)

lichamelijke gebreken niet in staat is zichzelf te onderhouden. De verwekker heeft door de jaren heen een sterkere positie gekregen. Zo bestaat er sinds 1998 de mogelijkheid om het kind te kunnen erkennen met vervangende toestemming van de rechter, in geval de moeder niet meewerkt aan de erkenning.

Voor de vraag of het gaat om een verwekker, is het hebben van geslachtsgemeenschap het beslissende criterium. Een verwekker levert automatisch ook het genetisch materiaal; van een donor spreekt men als enkel het genetisch materiaal wordt afgestaan. Het komt voor dat een man, die een kind bij een vrouw heeft verwekt, het kind niet wil erkennen om aan zijn onderhoudsplicht te ontsnappen. In dat geval kan de moeder verzoeken om gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (art. 1:207 of 1:394 BW). Een spermadonor is de biologische vader, maar niet de verwekker van het kind en dus niet onderhoudsplichtig. Daar staat tegenover dat hij het kind niet kan erkennen zonder toestemming van de moeder. Donorschap heeft in afstammingsrechtelijke zin dus geen consequenties. Hier zal ik in hoofdstuk 4 nog nader op in gaan. Daarnaast is de vrouwelijke partner die heeft ingestemd met een daad die de verwekking van een kind bij haar vriendin tot gevolg kan hebben gehad, niet onderhoudsplichtig, omdat de wet uitdrukkelijk spreekt van een 'man als levensgezel'.³⁹ Tot slot is met het draagmoederschap bewust geen rekening gehouden. Het gebruik van zulke 'technieken' wordt niet gestimuleerd, de familierechtelijke effecten zouden mogelijk verwarrend zijn, aldus de staatssecretaris.⁴⁰ De vraag is of het niet allemaal veel verwarrender wordt als er in het geheel geen regeling wordt getroffen. Op dit onderwerp kom ik in hoofdstuk 4 tevens terug.

§ 2.5 Samenloop van onderhoudsverplichtingen en -gerechtigden

Als duidelijk is om wat voor soort ouder het gaat in een bepaalde zaak en wanneer deze een onderhoudsplicht heeft, blijven er nog twee vraagstukken over.

Allereerst is er de mogelijkheid dat meerdere soorten ouders verplicht zijn tot het verstrekken van levensonderhoud aan hetzelfde kind. In beginsel is ieder van hen dan verplicht een deel van het bedrag te voldoen, desnoods te bepalen door de rechter (art. 1:397 BW). Er is geen rangorde in de verplichtingen. De rechter zal de draagkracht van alle onderhoudsplichtigen vaststellen. Deze kan ook op nihil uitkomen. Het kan dus voorkomen dat uiteindelijk een van de ouders de onderhoudsplicht voor het kind volledig op zich zal moeten nemen. Daarnaast zal, indien alle ouders draagkrachtig zijn, worden bepaald wat de bijzondere verhouding is waarin ieder tot de gerechtigde staat. Een bekende samenloop van onderhoudsverplichtingen doet zich voor tijdens het huwelijk van de stiefouder (sociale vader, niet-ouder met medegezag) en de eigen vader (biologische vader, ouder zonder gezag). Daarnaast geldt dat de onderhoudsverplichting van de (ex-)echtgenoot boven andere onderhoudsverplichtingen gaat (art. 1:392 lid 3 BW).

³⁹ Henstra 2002, p. 46-47.

⁴⁰ *Kamerstukken II 1996/97*, 24 649, nr. 6, p. 14.

Een onderhoudsplichtige kan bovendien meerdere onderhoudsgerechtigden moeten onderhouden. Als zijn draagkracht onvoldoende is, biedt art. 1:400 lid 1 BW hiervoor een rangorde. De verplichtingen tegenover de (ex-)echtgenoot, ouders en (stief)kinderen gaan voor die van de schoonfamilie. Daarmee is het probleem in de meeste gevallen niet opgelost, want de (ex-)partner en de kinderen zitten in dezelfde groep. Uit de jurisprudentie blijkt, anders dan volgens de Tremasnormen, geen duidelijke prioriteit voor de kinderalimentatie. In de praktijk wordt indien de draagkracht van de alimentatieplichtige niet groot is echter vaak volstaan met een verzoek tot kinderalimentatie.⁴¹ Van ex-partneralimentatie wordt dan afgezien ten gunste van de kinderen. Tussen de kinderen onderling geldt over het algemeen: 'kinderen zijn kinderen'. Ieder kind is gelijk; er is geen rangorde in de verplichting. De beschikbare ruimte (draagkracht) wordt gelijkelijk over alle kinderen verdeeld, tenzij er een aantoonbaar verschil in behoefte is.⁴² Dit lijkt me een goed uitgangspunt. Je bent verantwoordelijk voor al je kinderen, het maakt niet uit wanneer ze geboren zijn. Er is niet aan te beginnen om dit principe los te laten. Wanneer heeft het ene kind minder nodig dan het andere? Professor Jos van den Broek noemt het principe van gelijkwaardigheid in de rechtswetenschappen een taboe. Onze toenemende kennis van verschillen in sekse, etniciteit, leeftijd, cultuur en hersenfysiologie zouden we moeten toepassen in de rechtsstaat.⁴³ Mij lijkt het toch logisch dat kinderen uit een eerste huwelijk evenveel krijgen als kinderen uit een tweede huwelijk. Bij kinderen uit verschillende relaties is de bijdrage in levensonderhoud lastiger vast te stellen omdat het gaat om verschillende procedures. De rechter moet in dat geval bij de vaststelling van de gevraagde bijdrage in onderhoudsplicht deze beoordelen alsof hij tegelijkertijd over de bijdragen voor de kinderen in het andere huwelijk zou hebben te oordelen.

§ 2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is gebleken dat bepaalde onderdelen van de onderhoudsplicht versnipperd zijn geregeld in het Burgerlijk Wetboek. Waar de artikelen voor de juridische ouder nog naast elkaar te vinden zijn, is de onderhoudsplicht van de sociale ouder op onsamenhangende wijze in de wet geregeld. De biologische ouder staat überhaupt niet uitgebreid in de wet omschreven. Na een flinke zoektocht komt de lezer van het Burgerlijk Wetboek uit bij de benodigde wetsartikelen om te bepalen met wat voor ouder hij te maken heeft, om vervolgens te ontdekken of deze dan ook onderhoudsplichtig is. In dit hoofdstuk heb ik een overzicht gegeven van de verschillende soorten ouders en hun verplichtingen. Dit scheelt al een hoop bladerwerk, maar om nu in één oogopslag als

⁴¹ Mens 2008, p. 13-24.

⁴² Zie onder meer HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 178, HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 129 en HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 286.

⁴³ Volkskrant, 13 september 2008, katern Kennis, p. 5.

leek te kunnen zien met wat voor ouder en welke verplichtingen we hier te maken hebben, verwijs ik naar onderstaand figuur 1.

| | <i>Wie?</i> | <i>Ontstaan ouderschap?</i> | <i>Verplichting?</i> |
|---|--|---|---|
| Juridische ouder (art. 1:198, 1:199, 1:392 en 1:404 BW) | Moederschap: vrouw uit wie het kind is geboren. Vaderschap: meerdere variaties. | Gedurende huwelijk of bij erkenning, ook na beëindiging gezag of overlijden andere ouder met gezag. | Verstrekken levensonderhoud, eindigt in beginsel bij 18 cq 21 jaar. |
| Sociale ouder (art. 1:253w, 1:282 lid 6 en 1:395 BW) | Persoon belast met de dagelijkse verzorging van het kind. | Bij gezamenlijke voogdij, stiefouder gedurende huwelijk of geregistreerd partnerschap. | Levensonderhoud aan tot zijn gezin behorende minderjarigen. |
| Biologische ouder (art. 1:394 BW) | Donor: persoon die genetisch materiaal voor kind heeft geleverd. Verwekker: geslachtsgemeenschap, leidend tot geboorte. | Van nature, geen erkenning noodzakelijk. | Donor niet onderhoudsplichtig, maar wél als de donor tevens verwekker is en het kind niet een juridische vader heeft. |

Figuur 1: Overzicht verplichtingen juridische, sociale en biologische ouder.

In de huidige situatie is sprake van versnippering van de relevante artikelen door het BW. In dit hoofdstuk is gebleken dat de artikelen naast elkaar gezet een simplistische weergave bieden voor de leek over wie wanneer onderhoudsplichtig is. Er kan echter niet van een leek verwacht worden dat hij de artikelen eerst uitgebreid gaat opzoeken, bestuderen en vervolgens in een tabel gaat zetten om duidelijkheid te verkrijgen over zijn positie. Er rijst de vraag hoe de wet tot stand is gekomen en met welke bedoelingen de wetgever de onderhoudsverplichting zo over de wet heeft verspreid. Deze vraag zal worden beantwoord in het volgende hoofdstuk.

3. Bedoelingen wetgever ten aanzien van kinderalimentatie

Wat zijn de bedoelingen van de wetgever geweest bij het ontwerpen van de in het vorige hoofdstuk geschetste regeling van de onderhoudsplicht? Door de motieven van de wetgever bij de totstandkoming van de toepasselijke bepalingen te doorgronden, wordt duidelijk of de wet op dat vlak kan worden aangepast en verbeterd. Dit is van belang voor hoofdstuk 5, waarin aanbevelingen voor de wetgever zullen worden gedaan. Er kan een aantal periodes onderscheiden worden waarin de wetgeving omtrent de onderhoudsverplichting ten behoeve van kinderen op belangrijke punten gewijzigd werd, met de periode vóór het jaar 1838 als vertrekpunt. Sinds die tijd hebben voortdurend wetswijzigingen plaatsgevonden, die uiteindelijk stapsgewijs hebben geleid tot de huidige regeling van de onderhoudsplicht. Hierbij speelt allereerst het ontstaan van het Burgerlijk Wetboek in het algemeen een grote rol. Vervolgens worden meer specifieke wetswijzigingen betreffende de onderhoudsplicht aangehaald. De totstandkoming zal duidelijk worden in dit hoofdstuk aan de hand van een chronologisch overzicht van de belangrijkste wetswijzigingen. Ik zal wederom afsluiten met een verhelderend overzicht. De memorie van toelichting bij de verschillende artikelen is als uitgangspunt genomen.

§ 3.1 Kinderalimentatie vóór 1838

Van oudsher werd een verband gelegd tussen het huwelijk en de positie van de kinderen. De afstamming van een kind was wettig (geboren in een huwelijk) of onwettig (buiten echtelijk). De onwettige kinderen waren te verdelen in bloedschennige (incestueuze) en overspelige kinderen. De onwettige kinderen werden ook wel natuurlijke kinderen genoemd, te onderscheiden in natuurlijke erkende en natuurlijke niet-erkende kinderen. De onwettige kinderen hadden minder rechten: ze konden niet erkend worden door hun vader, ze hadden geen ouder met gezag en geen versterferrecht. Omstreeks het jaar 650 werd de invloed van het geloof op dit onderscheid merkbaar. Het canonieke recht ging geleidelijk het seculiere recht overheersen, met als belangrijkste regel 'moeder maakt geen bastaard'. Onwettige kinderen waren daardoor ten aanzien van hun moeder op één lijn te stellen met de wettige kinderen.⁴⁴

We maken een grote sprong in de tijd naar de Franse Revolutie. Deze was van groot belang vanwege de Code Civil die in 1811 in Nederland werd ingevoerd. Daarvoor gold het gewoonrecht, wat verschilde per gewest. Karel V deed een eerste poging tot het centraal vastleggen van het recht.

⁴⁴ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 201-204 en 222.

Alle geldende gewoonterechten moesten worden opgetekend en naar Brussel worden gestuurd ter goedkeuring. De verschillende gewesten zagen dit als een bedreiging van de identiteit en daardoor werd de optekening ernstig vertraagd. Ook de daarna opgerichte Commissie van Twaalf, met afgevaardigden uit alle gewesten, faalde. In 1806 werd een verdrag met Frankrijk gesloten, waarin werd vastgesteld dat het land een constitutionele monarchie zou worden. De eerste constitutionele koning werd Lodewijk, een broer van Napoleon. Lodewijk probeerde een wetboek te creëren aangepast aan de Nederlandse omstandigheden, maar in 1810 trad hij af toen hij merkte dat de druk van Napoleon te groot werd. Napoleon heeft bij zijn verovering de Code Civil opgelegd. Aanvankelijk verzette de bevolking zich hiertegen. Om Napoleon tegen te werken werden er bijvoorbeeld vreemde namen opgegeven voor het bevolkingsregister dat hij introduceerde. Men dacht dat de Code Civil uiteindelijk zou verdwijnen als Napoleon zou zijn vertrokken, maar deze heeft de basis gelegd voor het huidige BW. De Code Civil moest zorgen voor een duidelijke wet waardoor iedereen zijn rechten zou kennen. Bovendien werd er een striktere scheiding gemaakt tussen kerk en staat. Wat betreft de onderhoudsplicht bepaalde de Code Civil dat tussen ouders en hun natuurlijke kinderen door erkenning (vrijwillig of door de rechter opgelegd) burgerrechtelijke betrekkingen ontstonden. Maar vader had geen onderhoudsplicht jegens een onwettig niet-erkend kind; de zorg voor deze kinderen werd aan de staat toevertrouwd. Een onderzoek naar het vaderschap was verboden, uitgezonderd in geval van schaking of verkrachting. Na deze periode is in 1838 ons Burgerlijk Wetboek ontstaan, als product van een compromis van tal van tegenstrijdige opvattingen.

§ 3.2 Kinderalimentatie vanaf 1838 – 1933

Minkenhof schreef in 1933 dat er al veel veranderd was sinds 1838. De regering zou in 1838 namelijk nog menen dat de afstamming van “overspelige en bloedschennige” kinderen slechts in zeer zeldzame gevallen kon worden vastgesteld, daar zij niet konden worden erkend en men derhalve de zedelijke plicht aan de inspraak van het hart van de ouders moest overlaten.⁴⁵

Ons huidige BW is nog altijd een voortvloeiende van het BW zoals vastgelegd in 1838. Na het vertrek van Napoleon herstelde uiteindelijk de soevereiniteit, maar de voordelen van een centrale administratie (het begin van de burgerlijke stand) en een voorspelbaar functionerende rechterlijke macht wilde men niet kwijt. Een discussie ontstond rondom de vraag of er een ‘eigen, oorspronkelijk Nederlands werk’ moest worden ontworpen of dat een aangepaste versie van de Code Civil zou volstaan. Tot een nieuw Nederlands werk klaar was, zou de Code Civil van kracht blijven. Het nieuwe Nederlandse wetboek werd uiteindelijk in 1838 ingevoerd, maar het was nog steeds stevig gebaseerd op de Code Civil. Met de invoering van het BW ontstonden geen burgerrechtelijke betrekkingen

⁴⁵ Minkenhof 1933, p. 2.

tussen overspelige of bloedschennige kinderen en hun ouders. Het verbod op onderzoek naar het vaderschap is ook lange tijd een overblijfsel geweest van Napoleon's Code Civil.⁴⁶

In 1898 poogde minister Cort van der Linden hier verandering in te brengen. De grondslag van de verplichting tot onderhoud en opvoeding moest de natuurlijke afstamming zijn. Het ontwerp stuitte op enorme tegenstand en is niet eens in openbare behandeling gekomen. Minister Loeff volgde Cort van der Linden in 1901 op en hij trok het wetsontwerp van zijn voorganger snel in. In 1904 diende hij een nieuw ontwerp in, dat voor die tijd minder ver ging. De 'heilige instelling' van het huwelijk achtte hij de bron van het familierechtelijk begrip vaderschap. Loeff maakte dan ook een onderscheid tussen de begrippen vader en verwekker, wat tevens op verzet stuitte. Daarop wijzigde hij het voorstel, maar dit kwam niet meer tot behandeling. Loeff werd namelijk opgevolgd door Van Raalte, die wederom het voorstel wijzigde in 1907. Slechts indien de afstamming werd bewezen, kon er alimentatie worden gevorderd. Minister Van Nélissen bracht als opvolger van Van Raalte de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer uit.⁴⁷

Uiteindelijk is het onwenselijke verbod op onderzoek naar het vaderschap in 1909 uit het huidige BW geschrapt. Dit vormde de eerste belangrijke wetswijziging sinds de invoering van het BW. Ten behoeve van onwettige niet door de vader erkende kinderen werd de vaderschapsactie ingesteld. Men keerde hiermee terug naar het oud-Hollandse systeem. De morele plicht tot onderhoud werd vervangen door een wettelijke plicht. De verwekker diende dus bij te dragen in de kosten van levensonderhoud van het natuurlijke niet-erkende kind.⁴⁸

§ 3.3 Kinderalimentatie vanaf 1933 – 31 maart 1998

'De wettelijke onderhoudsplicht berust op de zedelijke verplichting van ieder mensch zijn naaste verwanten niet van honger te doen omkomen, ja zelfs in zekeren zin het zijne als het hunne te beschouwen.', aldus Minkenhof in 1933.⁴⁹

In 1933 maakte men onderscheid tussen wettige minderjarige kinderen, natuurlijke erkende minderjarige kinderen, natuurlijke niet erkende kinderen en overspelige en bloedschennige kinderen. De wettige minderjarige kinderen en de natuurlijke erkende kinderen waren wat betreft onderhoud en opvoeding op één lijn te stellen. Een vordering tot levensonderhoud tegen een ouder die de ouderlijke macht bekleed, kwam weinig voor. Bovendien was de vader met ouderlijke macht niet verplicht om de kinderen van levensonderhoud te voorzien, wanneer hij zich bereid verklaarde ze in huis te ontvangen en te onderhouden. De vader die niet belast was met de ouderlijke macht, kon door de rechtbank worden verplicht een bepaald bedrag aan de voogdijraad te storten. Het belang van de kinderen bleek

⁴⁶ Luiting Maten 1937, p. 13-15.

⁴⁷ Luiting Maten 1937, p. 15-40.

⁴⁸ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 221-223.

⁴⁹ Minkenhof 1933, p. 1.

ook toen al een essentieel criterium. Als hiermee in overeenkomsten tussen ouders over het onderhoud van de kinderen onvoldoende rekening was gehouden, dan werden ze nietig verklaard wegens strijd met de goede zeden. Zoals eerder vermeld kent het BW sinds 1909 ook voor de natuurlijke niet erkende kinderen een onderhoudsplicht. Dit kind kon ook een vordering instellen wanneer de vader het kind wel wilde erkennen, maar het niet kon. Hiervan was bijvoorbeeld sprake als de vader nog geen negentien jaar oud was, getrouwd was of wanneer hij wilde trouwen met de moeder, maar deze vrouw weigerde om in het huwelijksbootje te stappen. De wet stelde namelijk nergens als vereiste, dat de niet-erkenning aan de wil van de vader te wijten moest zijn. De vader moest dus hoe dan ook zijn kind onderhouden. Over uitleg van de bepalingen betreffende de onderhoud van overspelige en bloedschennige kinderen bestond veel verschil van mening. Volgens de wet moest deze kinderen namelijk ‘alleen het nodige levensonderhoud worden verleend’. De vraag is wat hier allemaal onder viel en of een periodieke uitkering verplicht was. Deze kinderen konden wel onbeperkt erven, in tegenstelling tot de erkende kinderen die een wettelijk erfdeel kregen.⁵⁰

In 1939 heeft de minister van Justitie aan de Kamer laten weten dat de erkenning een rechtshandeling is en daardoor kon berusten op een fictie van vaderschap. Van deze situatie is tot op heden niet meer afgeweken: de juridische vader hoeft niet gelijk aan de biologische vader te zijn. Een man kan er ook voor kiezen om de kinderen van een ongehuwde vrouw te erkennen, waardoor hij onderhoudsplichtig voor deze kinderen wordt.

De erkenning als vereiste voor het ontstaan van de burgerrechtelijke betrekkingen tussen moeder en kind verviel in 1947. Art. 336 BW (oud) luidde voortaan: ‘Door zijn geboorte ontstaan tusschen een natuurlijk kind en zijn moeder burgerlijke betrekkingen. Tusschen een natuurlijk kind en zijn vader ontstaan burgerlijke betrekkingen eerst door erkenning.’⁵¹ Vanaf dat moment stond een uit de ongehuwde moeder geboren kind dus van rechtswege in familierechtelijke betrekking tot de moeder. Er werd wel getracht overspelige en bloedschennige kinderen te benadelen ten opzichte van andere onwettige kinderen, maar dit had in de praktijk weinig effect.⁵² Sinds 1947 is tevens de terminologie veranderd; het ging niet meer om de verplichting tot ‘onderhoud en opvoeding’ maar ‘verzorgen en opvoeden’. ‘Onderhouden’ betekende het dagelijks zorg dragen voor voeding, kleding en huisvesting, terwijl de taak van ouders zich veel verder uitstrekte. Verpleging bij ziekte bijvoorbeeld behoorde ook tot deze taak, wat werd ondervangen met de nieuwe term ‘verzorgen’. Art. 1:247 lid 2 BW geeft ook nu nog een nadere invulling van wat onder verzorging en opvoeding moet worden verstaan. Hieruit blijkt dat ‘verzorgen’ mede omvat de zorg en verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind en het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid.⁵³

⁵⁰ Minkenhof 1933, p. 96-113.

⁵¹ Wet van 10 juli 1947, *Stb.* H 232.

⁵² Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 222-223.

⁵³ Asser/De Boer 2006, p. 178-179 en 660-661.

Verder gaf de regering in 1947 opdracht aan Meijers, hoogleraar burgerlijk recht te Leiden, om een heel nieuw Burgerlijk Wetboek te ontwerpen. Uiteindelijk is het nieuwe personen- en familierecht per 1969 ingetreden.⁵⁴ De basis voor de onderhoudsplicht van de stiefouder, het huidige art. 1:395 BW, was hier gelegd. Verder was echter vooral aandacht voor het vernieuwde echtscheidingsrecht. Dit ging niet zonder slag of stoot. Het Nederlands Juristenblad wijdde er een speciaal nummer aan.⁵⁵ Overigens duurde het nog tot 1992 voordat het grootste gedeelte van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, met onder andere het vermogensrecht, van kracht werd. Het zou bovendien nog enkele jaren duren voordat het afstammingsrecht grondig gewijzigd zou worden.⁵⁶

§ 3.4 Kinderalimentatie vanaf 1 april 1998 – 2001

Bij het nieuwe afstammingsrecht⁵⁷ werd meer dan voorheen aansluiting gezocht bij de biologische afstamming. Ook is geprobeerd Titel 11 van Boek 1 BW overeenkomstig de jurisprudentie van art. 8 EVRM (Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) in te richten. In de Memorie van Toelichting werd wat betreft het EVRM uiteengezet dat een staat wel een zekere mate van beleidsvrijheid toekomt, maar dat er ook een bepaalde hoofdlijn is in de jurisprudentie van het EHRM (Europees Hof voor de Rechten van de Mens) waarmee in het Nederlandse afstammingsrecht natuurlijk rekening diende te worden gehouden. Onder andere het verbod van erkenning door een gehuwde man die tevens gedurende het gehele conceptietijdvak gehuwd was, is in strijd met art. 8 EVRM geoordeeld. Dit sloot namelijk iedere concrete belangenafweging uit. Met het verbod wilde men het belang van het kind centraal stellen. Het kind zou niet gebaat zijn bij erkenning door een met een andere vrouw gehuwde man. Dit voordeel voor het belang van het kind was echter achterhaald, omdat er geen onderscheid meer werd gemaakt tussen wettige en onwettige kinderen. Niettemin betekende dit een grote inbreuk op het gezinsleven.⁵⁸

Er hadden zowel terminologisch als inhoudelijk ingrijpende wijzigingen plaatsgevonden. De termen ‘wettig’, ‘onwettig’ en ‘natuurlijk’ behoorden vanaf 1 april 1998 tot de verleden tijd. Er was dus geen verschil meer in terminologie tussen kinderen die binnen en kinderen die buiten een huwelijk werden geboren. Dit betekende echter niet dat alle kinderen op dezelfde wijze werden behandeld. Zo was erkenning van een kind uit een niet-huwelijkse relatie door de vader nog steeds noodzakelijk om het kind te laten erven. Erkenning door de ongehuwde moeder was hiervoor niet nodig. Men sprak nu van kinderen die al dan niet in familierechtelijke betrekking tot een ouder stonden. Daarnaast werden de begrippen ‘biologische vader’, ‘donor’ en ‘verwekker’ geïntroduceerd. Zoals uiteen gezet in het

⁵⁴ Kamerstukken II, 1954/1955, 3767, nr. 3.

⁵⁵ Fischer-Keuls 1970, p. 23-59.

⁵⁶ Holtrust 1993, p. 37-39.

⁵⁷ Wet van 24 december 1997, *Stb.* 772, in werking getreden op 1 april 1998.

⁵⁸ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 649, nr. 3, p. 3-6 en 12.

vorige hoofdstuk, werd hiermee het begrip ‘biologische vader’ overkoepelend. Zowel de donor als de verwekker zijn de biologische vader van het kind.⁵⁹

Inhoudelijk gezien waren er ook enkele belangrijke wijzigingen. Zo konden de juridische vader, moeder én kind nu het door het huwelijk ontstane vaderschap ontkennen, op grond dat de erkenner niet de biologische vader van het kind is. Er was dus geen mogelijkheid in het leven geroepen voor de verwekker om het juridisch vaderschap in overeenstemming met de biologische werkelijkheid te brengen. Bij erkenning was vanaf deze wetwijziging bovendien de toestemming van het kind noodzakelijk, indien het kind twaalf jaar of ouder was. De toestemming van de moeder werd eveneens nodig, tot het kind de leeftijd van zestien jaar had bereikt.⁶⁰

Als uitgangspunt bij de nieuwe wetgeving gold dat bij scheiding de ouders het gezamenlijk gezag behielden. Regelmatig contact met beide ouders zou in belang van het kind zijn. Hiermee kwam een einde aan de meest voorkomende situatie waarin alleen de moeder met het ouderlijk gezag was belast, terwijl vader slechts recht had op omgang, informatie en consultatie. Het regelmatige contact tussen beide ouders en kinderen is daadwerkelijk verbeterd sinds 1 januari 1998, zo blijkt uit onderzoek.⁶¹ Het doel van de wetwijziging is dus gehaald. Uit de resultaten komt echter niet naar voren dat kinderen zich hierdoor beter voelen of minder problemen hebben. Dit kan worden verklaard doordat niet alleen het contact tussen kind en vader is toegenomen, maar ook het aantal ruzies tussen de ouders. Meer preventieve aandacht voor ouders en kinderen, om het gezamenlijk gezag en het toegenomen contact tussen kinderen en vaders beter vorm te geven, lijkt noodzakelijk voor een succesvolle verdeling van de zorg tussen de ouders.

§ 3.5 Kinderalimentatie vanaf 2001 – heden

Echtgenoten zijn jegens elkander verplicht de tot het gezin behorende minderjarige kinderen te verzorgen en op te voeden en de kosten van die verzorging en opvoeding te dragen (art. 1:82 BW). De huidige formulering is vastgesteld bij wet van 31 mei 2001.⁶² Daarnaast bestaat de verplichting van de ouders tegenover de kinderen tot 21 jaar (art. 1:247 BW). Het ouderlijk gezag is weliswaar een aan de ouders toekomend recht en een verplichting die de ouders tegenover elkaar op zich nemen, maar dit recht is gegeven in belang van het kind. Het kan daarom niet los worden gezien van de verplichting dat belang te dienen.⁶³

Naast deze nieuwe formulering van de verplichting tot onderhoud is sinds 2001 de onderhoudsplicht van stiefouders ook gaan gelden tijdens een geregistreerd partnerschap (art. 1:395

⁵⁹ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 198-200.

⁶⁰ Van Mourik & Nuytinck 2006, p. 157-158.

⁶¹ Spruijt 2007, p. 24-28.

⁶² *Stb.* 275 (Parl. Gesch. Hvr I-II), in werking getreden op 22 juni 2002.

⁶³ Asser/De Boer 2006, p. 660.

BW). Daarvoor waren de financiële rechten van stiefkinderen in een geregistreerd partnerschap substantieel anders dan in een huwelijk.⁶⁴

Het wetsvoorstel herziening kinderalimentatie 29480 hield (in plaats van het draagkrachtprincipe) een forfaitair systeem van vaststelling van kinderalimentatie in, maar hier bleek uiteindelijk onvoldoende draagvlak voor te zijn. Het wetsvoorstel behelsde het vaststellen door een administratief orgaan aan de hand van het verzamelinkomen van de alimentatieplichtige ouder van twee jaar geleden, zonder te letten op verdere omstandigheden. De verwachting was dat hier een hoger bedrag uit zou komen voor de alimentatiegerechtigde, wat zou leiden tot een besparing in de bijstand van €190 miljoen.⁶⁵ Men hield liever vast aan de huidige vaststelling van kinderalimentatie, die uit maatwerk voor de rechter bestaat. De voorrangregeling is wel overgenomen in wetsvoorstel 30145 (in verband met het bevorderen van voortgezet ouderschap na echtscheiding) en is nu te vinden in art. 1:400 BW.⁶⁶

§ 3.6 Conclusie

De ideeën van de wetgever betreffende de onderhoudsplicht zijn aan veranderingen onderhevig. Om te zien welke regeling wanneer is ingevoerd en om welke reden, is het wederom handig om een schema te maken. In onderstaande figuur zijn alle veranderingen in chronologische volgorde terug te vinden.

| Wanneer? | Welke vernieuwing? | Waarom ingevoerd? |
|------------------|----------------------|---|
| Vóór 1838 | Code Civil. | Centraal vastleggen van het recht, scheiding kerk en staat. Wat betreft de onderhoudsplicht kon tussen ouders en natuurlijke kinderen door erkenning een burgerrechtelijke betrekking ontstaan. |
| 1838-1933 | Invoering BW. | Behoefte aan een oorspronkelijk Nederlands werk met behoud van de voordelen van de Code Civil. Geen burgerrechtelijke betrekkingen tussen bloedschennige/overspelige kinderen en hun ouders. |
| | Eerste wijziging BW. | Vaderschapsactie wordt ingesteld. Grondslag voor verplichting tot onderhoud moest natuurlijke afstamming zijn. |

⁶⁴ Kamerstukken II, 1998/1999, 26 672, nr. 3, p. 11-12.

⁶⁵ Van Teeffelen 2005, p. 122-123.

⁶⁶ De Bruijn-Lückers 2007, p. 1.

| | | |
|-------------------|--|---|
| 1933-1998 | Fictie van vaderschap. | Erkenning is een rechtshandeling; biologische vader hoeft niet gelijk aan de juridische vader te zijn. Moeder hoefde haar kind niet meer te erkennen. |
| 1998-2001 | Nieuwe afstammingsrecht. | Meer aansluiting bij biologische ouderschap en overeenkomstig art. 8 EVRM |
| 2001-heden | Onderhoudsplicht stiefouders ook tijdens geregistreerd partnerschap. | Gelijke rechten voor stiefkinderen in een huwelijk en geregistreerd partnerschap |
| | Wetsvoorstel herziening kinderalimentatie. (onvoldoende draagvlak) | Vaststellen alimentatie door administratief orgaan, daardoor besparing in de bijstandsuitkeringen. |

Figuur 2: Overzicht wijzigingen in de wetgeving omtrent de onderhoudsplicht.

Uit bovenstaand figuur blijkt dat er door de jaren heen is gezocht naar de juiste grondslag voor de verplichting tot onderhoud. Bepaalde uitgangspunten gelden ook nu nog, terwijl andere wetswijzigingen achteraf gezien beter niet doorgevoerd hadden kunnen worden. Men was bijvoorbeeld niet blij met de komst van Napoleon en zijn Code Civil, maar hij heeft wel gezorgd voor een belangrijke eerste optekening van de geldende rechten en plichten. Uit de Code Civil is in 1838 het Burgerlijk Wetboek voortgevloeid. Sinds de eerste wijziging van het BW is de grondslag van de onderhoudsplicht de natuurlijke afstamming. In 1939 werd de ‘fictie van vaderschap’ aangenomen; erkenning is een rechtshandeling en hoeft niet te berusten op de biologische werkelijkheid. Bij het nieuwe afstammingsrecht werd weer meer aansluiting gezocht bij de biologische afstamming. Vanaf 2001 zijn naar verhouding kleinere wijzigingen doorgevoerd. Zo is de plicht tot onderhoud voor stiefouders in een geregistreerd partnerschap gelijk getrokken aan die in een huwelijk. Verder is een voorstel gedaan om de kinderalimentatie niet meer door de rechter te laten vaststellen, maar door een administratief orgaan. Hier bleek onvoldoende draagvlak voor te zijn en het voorstel is niet verder door de Tweede Kamer behandeld. De juridische ouder is voor de wet nu financieel verantwoordelijk voor het kind. Ook aan het louter biologische ouderschap is een onderhoudsplicht gekoppeld, namelijk die van de verwekker.

Het is nu duidelijk waaruit de onderhoudsplicht van de verschillende soorten ouders bestaat en hoe deze tot stand is gekomen. Met deze regeling vallen er in de praktijk problemen te signaleren. Enkele onderdelen van deze problematiek worden in het volgende hoofdstuk uiteen gezet.

4. De problemen bij de huidige regeling van de onderhoudsplicht

Na het bestuderen van de verschillende artikelen waarin de onderhoudsplicht van kinderen geregeld is, ontstaat er uiteindelijk een simplistische weergave in de vorm van een schema, zoals naar voren is gekomen in hoofdstuk 2. Als uitgangspunt geldt dat de vrouw uit wie het kind geboren is, de juridische moeder van een kind is. Voor het juridisch vaderschap zijn meerdere variaties denkbaar. Bij het toepassen van deze regels in de praktijk, ontstaan er echter problemen en onduidelijkheden. Door de vele keren dat de wet gewijzigd is, zijn er bepaalde gevolgen gecreëerd die niet wenselijk zijn.

In dit hoofdstuk zullen verschillende mogelijke problemen bij de verdeling van de onderhoudsplicht over de sociale, juridische en biologische vader besproken worden. Hierbij zullen achtereenvolgens de erkenning door een arme stiefouder, de testamentaire voogdij, de onderhoudsplicht voor kinderen van minderjarige moeders en wensmoeders/duo-moeders en het verkrijgen van juridisch moederschap de revue passeren.

§ 4.1 Van rijke juridische ouder naar arme stiefouder

Als men is getrouwd, is bij de geboorte van een kind de vader meteen juridisch ouder. Dit juridisch ouderschap behelst een onderhoudsplicht, zoals naar voren is gekomen in hoofdstuk 2. Als deze ouders gaan scheiden, blijft de vader onderhoudsplichtig als juridische vader. Daarentegen geldt dat als de biologische vader onderhoudsplichtig is, deze verplichting vervalt bij erkenning door een andere man. Als de ene ouder een nieuwe echtgenoot of geregistreerd partner krijgt, is deze persoon als stiefouder op grond van art. 1:392 en 1:395 BW één van de onderhoudsplichtigen die tot het verstrekken van levensonderhoud verplicht zijn op grond van bloed- of aanverwantschap. Er zijn twee manieren waarop deze nieuwe partner onderhoudsplichtig kan worden. Als de moeder een nieuwe partner krijgt, kunnen zij gezamenlijk gezag aanvragen. Deze nieuwe partner heeft dan als niet-ouder evenals de ouder een onderhoudsplicht op grond van art. 1:253w BW. Uit dit artikel blijkt tevens dat wanneer de relatie wordt verbroken en door de rechter het gezamenlijk gezag wordt beëindigd, de onderhoudsplicht blijft bestaan voor de periode gelijk aan de duur van het gezamenlijk gezag. Een andere optie is dat de nieuwe partner trouwt met de moeder en vervolgens als stiefouder gedurende het huwelijk of geregistreerd partnerschap onderhoudsplichtig is voor de tot zijn gezin behorende kinderen (art. 1:395 BW). Men kan dus slechts stiefouder zijn indien er sprake is van een huwelijk of geregistreerd partnerschap. Of minderjarige kinderen tot het gezin van de stiefouder moeten worden gerekend, dient ruim geïnterpreteerd te worden. Ook (stief)kinderen die op kamers wonen in verband met studie of die tijdelijk uit huis zijn geplaatst, behoren tot het gezin van de stiefouder.

Men dient een onderscheid te maken tussen de eerder genoemde stiefouder die tezamen met de natuurlijke ouder belast is met het gezamenlijk gezag over het stiefkind, de stiefouder zonder gezag en de stiefouder die voogd is over zijn (voormalig) stiefkind. Hoewel deze situaties allen leiden tot een onderhoudsplicht voor de stiefouder, kan de wettelijke grondslag verschillen.⁶⁷

De onderhoudsplicht van de stiefouder (niet-ouder) met gezag kan ontstaan, terwijl er op dat moment al een verplichting van de ex-partner bestaat. Er is dan sprake van een samenloop van onderhoudsplichtigen. De onderhoudsverplichtingen zijn in principe voor deze verschillende soorten vaders van gelijke rang. De onderhoudsplicht van de stiefouder is dus niet subsidiair aan die van de juridische vader. Het enkele feit dat het kind de naam van de stiefvader draagt, laat de onderhoudsplicht van de biologische vader niet vervallen. In een concrete situatie kan dit wel van betekenis zijn, naast overige omstandigheden (graad van verwantschap, bijzondere verhouding tot het kind).⁶⁸ De financiële verplichting van de stiefouder die geen gezag over de kinderen uitoefent, eindigt tegelijk met de scheiding. Daarna zal de juridische vader (en moeder) dus weer voor het volle pond moeten bijdragen. Voor de situatie dat er sprake is van een samenloop van gerechtigden, bepaalt art. 1:400 BW de rangorde van deze verplichtingen. Hoe precies de verdeling zal plaatsvinden hangt af van het oordeel van de rechter, die ook zal letten op de feitelijke omstandigheden.

Aan de hand van de draagkracht van de ouders en de behoefte van het kind wordt bepaald wie hoeveel moet betalen.⁶⁹ Naast de draagkracht zal door de rechter worden gekeken naar de 'bijzondere verhouding' waarin ieder tot het kind staat. Dit criterium werd door de Hoge Raad voor het eerst gebruikt in 1988.⁷⁰ In de literatuur wordt hier naar mijn mening soms te snel overheen gestapt. Er wordt niet veel verder gegaan dan de opmerking dat deze 'bijzondere verhouding' wordt meegenomen bij het oordeel van de rechter, terwijl onduidelijk is welk argument precies doorslaggevend is.⁷¹ In de jurisprudentie komt de betekenis van 'bijzondere verhouding met het kind' naar mijn mening het duidelijkst naar voren in een tweetal arresten.⁷² Volgens deze arresten kan worden afgeweken van de hoofdregel in art. 1:397 BW, die slechts verwijst naar behoefte en draagkracht. Er zou gelet moeten worden op alle omstandigheden van het geval; een algemene, veel voorkomende term. In beide arresten wordt de situatie geschetst van een gezinsverband dat bestaat tussen het kind en de stiefvader, waaraan een groter gewicht kan worden toegekend dan aan het bloedverwantschap tussen het kind en de juridische vader. Daardoor kan de bijdrage van de juridische vader op nihil worden gesteld. De stiefouder moet het kind dan dus op eigen kracht onderhouden. Als er sprake was van een rijke juridische ouder waarvan de onderhoudsplicht wordt overgenomen door een arme stiefouder, kan de levensstandaard van het kind in de praktijk nogal eens veranderen. De redentie van het Hof dat

⁶⁷ Draaisma 2001, p. 22-32.

⁶⁸ Heida 1997, p. 22-27.

⁶⁹ HR 28 mei 1993, *NJ* 1994, 434.

⁷⁰ HR 22 april 1988, *NJ* 1989, 386.

⁷¹ Zie bijvoorbeeld Asser/De Boer 2006, p. 853-854.

⁷² HR 28 mei 1993, *NJ* 1994, 434 en HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 129.

‘tussen kinderen en ouders een nauwere verwantschap bestaat dan tussen kinderen en stiefouders’ en de conclusie dat de stiefouder slechts dient bij te dragen indien de draagkracht van de vader onvoldoende is, acht de Hoge Raad onjuist, althans zonder nadere motivering niet goed begrijpelijk. De ‘bijzondere verhouding’ met het kind als criterium blijkt voor de Hoge Raad dus voornamelijk het feit in te houden of een vader al dan niet met het kind in gezinsverband woont. De Hoge Raad houdt hierbij ook rekening met de vraag of er een regelmatige omgangsregeling is met de juridische vader.

Een stiefouder zal bij het verkrijgen van het gezag over de kinderen vaak niet beseffen dat hier ook financiële consequenties bijhoren. Bij het trouwen geldt dit evenzeer. De stiefouder zal (hopelijk) wel beseffen dat hij of zij tekent voor het wederzijdse onderhoud van de partners, maar het onderhoud van andermans kinderen hoort daar ook bij. Voor de verzorgende ouder is het ontvangen van alimentatie voor de kinderen overigens belastingvrij. De alimentatieplichtige moet minimaal 129 euro per maand bijdragen, maar kan dan voor de belastingaftrek (vast bedrag aftrekken van het inkomen) in aanmerking komen.

§ 4.2 Testamentaire voogdij en de onderhoudsplicht

Na de dood van beide biologische ouders (verantwoordelijk voor de opvoeding) of indien de ouders ongeschikt zijn voor opvoeding, komt de voogd in beeld. Deze voogd zal als derde de opvoeding en verzorging van de kinderen overnemen. De ouders kunnen zelf een voogd aanwijzen in een testament (art. 1:292 BW), of de rechter benoemt een voogd (datieve voogdij, art. 1:295 BW). Sinds 1 januari 1998 zijn er twee wetswijzigingen doorgevoerd. Enerzijds is het mogelijk om al voor de geboorte te regelen wie voor de toekomstige kinderen zal zorgen als de ouders daar niet (meer) toe in staat zijn. Anderzijds is het sindsdien mogelijk om in plaats van één voogd, twee voogden aan te wijzen. De eerste wijziging doet een beetje vreemd aan voor het gevoel. Voorheen kon enkel een ouder met gezag over de kinderen, een voogd benoemen. Het herziene art. 1:292 BW stelt het bestaande gezag niet als eis. De kinderen zijn nog niet geboren, maar de reeds benoemde voogd verplicht zich toch al om in voorkomende gevallen de verzorging en opvoeding op zich te nemen. Relativerend is het feit dat de keuze voor een voogd altijd nog te herroepen valt. Bovendien komt het nieuwe art. 1:292 BW de rechtszekerheid ten goede. De tweede wetswijziging brengt echter bepaalde consequenties met zich mee die de ouders én de voogden vaak niet overzien, welke ik in deze paragraaf zal behandelen.

De gevolgen van de mogelijkheid om twee voogden te benoemen zijn een stuk zorgelijker. Er is in de wet omtrent de voogdij namelijk sprake van twee verschillende rechtsfiguren. Eén voogd moet er voor zorgen dat de minderjarige overeenkomstig diens vermogen wordt verzorgd en opgevoed. Gezamenlijke voogdij behelst echter de plicht om de minderjarige zélf te verzorgen, op te voeden en de kosten daarvoor te dragen. Als er twee voogden zijn moeten zij hun bijdrage leveren, zolang de gezamenlijke voogdij voortduurt. Het gaat vaak om een echtpaar, waarbij de keuze om zowel de man als de vrouw als voogd aan te wijzen logisch is. De wetswijzigingen zijn nogal ingrijpend geweest en

de vraag is of het stuk voor stuk om bewuste keuzes van de wetgever gaat. Het lijkt erop alsof bepaalde zaken over het hoofd zijn gezien. Motief voor het invoeren van medevoogdij en gezamenlijke voogdij was dat het feitelijke gezinsleven betere juridische bescherming behoeft.⁷³ In een situatie waar voogden de feitelijke opvoeding en verzorging op zich namen, bood de wet geen houvast. 'De grondslag voor deze aanvulling van het familierecht vormt het belang van het kind', aldus de Memorie van Toelichting. Het is niet bepaald verrassend of vreemd dat van het belang van het kind werd uitgegaan, maar niet iedereen heeft er vertrouwen in dat de officiële status van de voogden het belang van het kind kan dienen.⁷⁴

Als één van de twee voogden (die onder art. 1:282 BW vallen) overlijdt, blijft één voogd over. Eén voogd dient ervoor te zorgen dat de minderjarige overeenkomstig diens vermogen wordt verzorgd en opgevoed (art. 1:336 BW). Eén voogd hoeft dus niet bij te dragen in de kosten voor de verzorging en opvoeding. Dit geldt ook wanneer één van de voogden (tijdelijk) wegvalt in geval van onbevoegdheid.⁷⁵ De ouder en de ander die samen het ouderlijk gezag uitoefenen hebben recht op het ouderlijk vruchtgenot, voor de twee testamentaire voogden die samen hun taak vervullen geldt dit niet. Er lijkt hier sprake van een hiaat in de wet. De belangrijkste misser is dat het einde van de voogdij ook het einde van de onderhoudsplicht inhoudt. De beëindiging van de gezamenlijke voogdij is al heel ingrijpend voor een kind. Het zou niet mogen uitmaken voor kinderen of een voogd in zijn eentje of dat twee voogden de voogdij uitoefenen. Deze keuze van de wetgever is gerelateerd aan art. 1:253w BW. Dit artikel betreft de ander die met de ouder gezamenlijk het gezag uitoefent, waarbij een verplichting geldt tot het verstrekken van levensonderhoud. Een verklaring zou bovendien kunnen zijn dat een situatie met twee voogden die een of meer kinderen verzorgen en opvoeden, veel lijkt op een gezinssituatie. In zo'n situatie zou het dan logisch zijn ook te zorgen voor de financiële consequenties. Dit lijkt echter niet overtuigend, omdat in Nederland een gezin met één ouder ook heel gangbaar is en als zodanig kan zorgen voor de financiën.

Kan men deze gevolgen uitsluiten? Het is waarschijnlijk door zowel veel van de potentiële voogden als door de ouders niet gewenst dat de voogden daadwerkelijk mee moeten betalen aan de verzorging en opvoeding. Hier kan niet bij testamentaire bepaling van worden afgeweken. Het gaat hier om een dwingende wettelijke bepaling, zoals kan worden begrepen uit art. 1:400 lid 2 BW. Wel een mogelijkheid kan zijn om de voogden bij testament een vergoeding toe te kennen, zoals Meijer in 1998 voorstelde.⁷⁶ In art. 1:358 BW is zelfs een mogelijkheid geschapen voor toekenning van loon bij akte. Dit lijkt een goede mogelijkheid om een ongewenste regeling in de wet op te lossen. Ik vraag mij af of deze 'hapering' sindsdien vaker zo is opgelost door het notariaat. Bij navraag bij een notaris⁷⁷ blijkt dat de bepaling dat bij gezamenlijke voogdij de voogden zelf de kosten moeten dragen, ertoe

⁷³ Kamerstukken II, 1993/1994, 23714, nr. 3, p. 2.

⁷⁴ Giesen & Verheij 1995, p. 113-116.

⁷⁵ Schols 1998, p. 4-5.

⁷⁶ Meijer 1998b, p. 183.

⁷⁷ mr. J.A.H.G. van Tuijl (De Kort van der Kolk van Tuijl Netwerk Notarissen te Tilburg).

leidt dat in de praktijk de benoeming van gezamenlijke voogden in testamenten maar heel weinig voorkomt. Veelal wordt geadviseerd als men een echtpaar of samenwonende partners als voogden wil aanwijzen om één van de twee als voogd te benoemen en de ander als subsidiair (opvolgend) voogd te benoemen. In de praktijk worden de feitelijke werkzaamheden dan toch door de twee samen uitgevoerd. Het toekennen van een vergoeding of loon in het testament aan de voogd(en) blijkt maar weinig voor te komen. In de praktijk wordt ook wel gewerkt met een voogdijverzekering. Aangezien het risico normaliter niet zo groot is, kan men al tegen een relatief lage premie een behoorlijk bedrag verzekeren waarover de voogden ten behoeve van de kosten van de opvoeding kunnen beschikken.

De vraag is waarom men in de praktijk deze particuliere verzekering gebruikt, terwijl er de Algemene Nabestaandenwet bestaat als vangnet. Deze volksverzekering voorziet nabestaanden van een basisuitkering. Als kinderen geen ouders meer hebben, hebben zij recht op een wezenuitkering. Deze uitkering is niet afhankelijk van een eventueel ander inkomen en loopt door tot het 16^e jaar, bij studerende kinderen zelfs tot het 21^e levensjaar. De wezenuitkering bedraagt anno 2008 voor studerenden €667,44 per maand exclusief vakantietoeslag; een redelijk bedrag om van rond te komen.⁷⁸

Voordat over wordt gegaan tot toekenning van de voogdij aan een derde, wil ik eerst bekijken of bij een gewijzigde gezinssituatie een biologische ouder het gezag kan voortzetten. Bij echtscheiding is de hoofdregel dat beide ouders het gezamenlijk ouderlijk gezag behouden. De toeziende voogdij is per 2 november 1995 komen te vervallen, maar in de praktijk zorgt een van de ouders (vaak de moeder) voor de feitelijke verzorging en opvoeding. Wanneer deze moeder komt te overlijden is de meest voor de hand liggende optie dat dan de vader de opvoeding overneemt. De vader heeft immers mede het gezag. De moeder wil dat vaak niet, door de scheiding is het wederzijdse vertrouwen nogal afgebrokkeld. Zij zal testamentair de voogdij willen regelen. De HR oordeelde in 1989 dat eenmaal aanvaarde testamentaire voogdij slechts kan worden toegewezen aan de andere ouder met gezag, indien er omstandigheden zijn waarmee de rechter bij het geven van de beslissing geen rekening heeft kunnen houden.⁷⁹ Zo luidde ook het oude art. 1:286 BW. Het was dus zaak om zo snel mogelijk tot aanvaarding van de testamentaire voogdij over te gaan. De andere ouder kon de voogdij dan nauwelijks nog verkrijgen, tenzij de belangen van de kinderen anders zouden worden verwaarloosd. Tegenwoordig wordt het verzoek van de langstlevende ouder met gezag om de kinderen te willen verzorgen slechts afgewezen indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van de kinderen zouden worden verwaarloosd (art. 1:253g BW). De andere ouder moet dan wel binnen één jaar na het begin van de voogdij het verzoek hebben gedaan bij de rechter hem met het gezag te belasten.⁸⁰

⁷⁸ www.postbus51.nl

⁷⁹ HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 188.

⁸⁰ Meijer 1998a, p. 166-167.

§ 4.3 Onderhoudsplicht voor kinderen van minderjarige moeders

Ouders zorgen voor hun kind. Maar wat als dat kind zelf een kind krijgt? Wie heeft een onderhoudsplicht voor de baby als de 16-jarige dochter (of zoon) een kind krijgt? Hierover bestaat veel onduidelijkheid bij tienermoeders en haar ouders die ineens opa en oma zijn geworden. In deze paragraaf richt ik me op de tienermoeder, maar voor zover niet anders vermeld geldt deze problematiek ook voor de tienervader. De tiener heeft niet het budget van een jonge ouder, zit met geluk nog op school. In dit geval voelen de ouders zich vaak genoodzaakt financieel bij te springen. Is dit liefdadigheid, of een verplichting?

De kersverse moeder is zelf nog minderjarig. Het uitgangspunt is dat ouders (financieel) verantwoordelijk zijn voor hun kinderen tot ze 21 jaar zijn. Dit geldt ook als de ouders zelf nog minderjarig zijn. Hoewel deze ouders vaak niet draagkrachtig zijn, hebben ze toch een onderhoudsplicht. Onder de achttien jaar is het in principe niet mogelijk om een bijstanduitkering aan te vragen. In de praktijk betalen grootouders dan ook vaak mee, maar ze zijn dit niet verplicht. Wel moet in het gezag afzonderlijk worden voorzien. Een minderjarige kan immers niet onder het gezag van een minderjarige staan.⁸¹ Onderzoek wijst uit dat veel tienermoeders uit een lagere sociaal-economische klasse komen en het zal voor de grootouders niet meevallen om voor hun tienerdochter en haar kind te zorgen. Financiële problemen komen dan ook veel voor bij tienermoeders. Wanneer geen enkele ondersteuning van de ouders mogelijk is, kan een tienermoeder aanspraak maken op bijstand voor haar kind. Deze bijstand wordt vaak aan de tienermoeder zelf uitbetaald.⁸²

Het kan zo zijn dat de minderjarige moeder ervoor kiest om een verzoek tot meerderjarigverklaring te doen bij de rechter. De tienermoeder kan namelijk pas gezag uitoefenen over haar kind als ze meerderjarig wordt verklaard. Dit is mogelijk als de moeder zestien of zeventien jaar is. Het verzoek kan ook al tijdens de zwangerschap worden gedaan, al is zij op dat tijdstip nog geen zestien jaar. Er kan pas na de bevalling en nadat de moeder zestien jaar is geworden op het verzoek worden beslist. Natuurlijk moet de meerderjarigverklaring in het belang van de moeder en haar kind zijn, wil het verzoek worden toegewezen. Na meerderjarigverklaring staat zij zelf niet meer onder het gezag van haar ouders en kan zij het gezag over haar kind uitoefenen (art. 1:253ha BW). Heeft de meerderjarigverklaring van de tienermoeder gevolgen voor de onderhoudsplicht voor het kind? Ook al is het doel van de meerderjarigverklaring vooral het verkrijgen van het gezag, het gevolg is een algehele handelingsbekwaamheid. Ook zonder de meerderjarigverklaring heeft de tienermoeder een onderhoudsplicht, dus dit zal niet meespelen bij de aanvraag. Voor de tienervader bestaat er overigens geen mogelijkheid tot meerderjarigverklaring. Hij heeft tevens een onderhoudsplicht tot zijn kinderen 21 jaar zijn.

⁸¹ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 269.

⁸² www.rechttopalgemenebijstand.nl

§ 4.4 Wensmoeders/ mee-moeders en het verkrijgen van juridisch moederschap

De voortplantingstechnieken van het draagmoederschap zijn nieuw, de 'natuurlijke vorm' daarentegen komt al voor in de Bijbel. Tegenwoordig gaat het vaak om ideëel draagmoederschap als uiterste redmiddel om de wensmoeder te willen helpen aan een kind. Een zus of goede vriendin neemt de taak van draagmoeder dan uit ideëel oogpunt op zich. Commercieel draagmoederschap is in Nederland echter strafbaar gesteld.

Zoals eerder aangehaald is het voor (wens)moeders met 'family life' met een kind bijzonder lastig om juridisch ouder te worden. Dit komt doordat de definitie van de juridische moeder in art. 1:198 BW, 'de vrouw uit wie het kind geboren wordt', weinig ruimte laat voor een extensieve interpretatie. De definitie vormt een goed uitgangspunt, maar kan in sommige gevallen minder redelijk zijn. Denk bijvoorbeeld aan een wensmoeder die het genetisch materiaal levert, waarna dit bij de draagmoeder is geïmplant en zij na de geboorte het kind weigert af te staan aan de wensmoeder. Zelfs al worden de gemaakte afspraken wél nagekomen en wil de draagmoeder het kind afstaan, de draagmoeder blijft de juridische moeder. Als de draagmoeder is getrouwd, wordt haar echtgenoot bovendien van rechtswege de juridische vader. Boek 1 BW houdt geen rekening met draagmoederschap, omdat de wetgever deze gang van zaken niet wil bevorderen. Een overeenkomst met de gemaakte afspraak omtrent het afstaan van het kind aan de wensmoeder is nietig wegens strijd met de goede zeden. Om het van rechtswege verkregen juridisch ouderschap van de draagmoeder over te laten gaan op de wensmoeder, dient een gerechtelijke procedure te worden gevolgd. Hiervoor is ontheffing uit het gezag noodzakelijk, gevolgd door het verkrijgen van gezag en tenslotte adoptie door de wensouders.⁸³ Ontheffing is een kindbeschermingsmaatregel, op grond van ongeschiktheid of onmacht om het kind op te voeden en te verzorgen. Kinderrechters hebben (naar mijn mening terecht) moeite met het oneigenlijke gebruik van deze ontheffingsgrond, maar meestal wordt het verzoek tot ontheffing wel toegewezen. Een wettelijke regeling voor het draagmoederschap is niettemin zeer gewenst, als vervanging voor deze gekunstelde weg. Om een eventuele afwijzing van het verzoek tot ontheffing te voorkomen, zouden wensouders bovendien in de verleiding kunnen komen om fraude te plegen bij de geboorteaangifte. De mogelijkheid tot ontkenning van het moederschap en gelijktijdige aanvaarding van het moederschap door de wensmoeder zou een oplossing kunnen zijn om fraude te voorkomen. Ook zou de mogelijkheid onderzocht moeten worden of de wensouders zelfs van rechtswege juridische ouders kunnen worden.⁸⁴ De omslachtige adoptieprocedure is dan overbodig.

Momenteel worden de wensouders in de ideale situatie via de adoptieprocedure juridisch ouder. Gevolg van het etiket juridische ouder is dat zij ook onderhoudsplichtig voor het kind zijn geworden. Ook tijdens de zwangerschap kunnen de wensouders de draagmoeder al tegemoet komen in de kosten van de bevalling. Indien de draagmoeder nadien weigert het kind af te staan, kunnen zij niet

⁸³ Van Raak-Kuijper & Vlaardingerbroek 2006, p. 24-28.

⁸⁴ Van Raak-Kuijper & Vlaardingerbroek 2006, p. 28.

het kind opeisen, maar wel de reeds betaalde bedragen van de draagmoeder terugvorderen op grond van onverschuldigde betaling. Een ander rampscenario is dat het kind een afwijking blijkt te hebben, waardoor de wensouders het kind weigeren te verzorgen en opvoeden. De draagmoeder kan niet worden verplicht tot abortus, dit raakt immers haar zelfbeschikkingsrecht. De draagmoeder kan dan toch via een procedure de wensouders tot een bijdrage in de opvoeding proberen te verplichten. Hiervoor is echter geen rechtsgrond aanwezig. Hier komt het in hoofdstuk 2 aangehaalde verschil in onderhoudsplicht tussen de donor en de verwekker weer terug. Enkel een verwekker kan succesvol worden aangesproken op zijn onderhoudsverplichting, op grond van art. 1:394 BW. Een sterke zaak zal de draagmoeder dus niet hebben, aannemende dat het gaat om een donor. Het gaat hier om een serieus probleem omtrent het draagmoederschap. De wetgever moet erkennen dat er ontwikkelingen zijn op het gebied van bevruchting. Deze zullen alleen maar meer worden benut door de toenemende onvruchtbaarheid op jonge leeftijd. Degelijke regelgeving ontbreekt op dit gebied. In de literatuur wordt een actie uit onrechtmatige daad of niet-nakoming ook wel aangehaald als mogelijke oplossing.⁸⁵ Het is maar de vraag of dit in de praktijk zal werken. Er is in feite namelijk geen sprake van niet-nakoming van een overeenkomst. Een eventuele overeenkomst op grond waarvan de wensouders het kind van de draagmoeder mogen afnemen is nietig wegens strijd met de goede zeden (art. 3:40 BW). Mijns inziens zal de sperma- of eiceldonor heel lastig tot een bijdrage in de levensonderhoud van het kind te verplichten zijn.

Ten tweede is er de problematiek van de duo-moeders (de vrouwelijke partner van de vrouw die het kind heeft gebaard wordt ook wel mee-moeder genoemd) en het verkrijgen van juridisch moederschap. Als een kind binnen een heteroseksueel huwelijk wordt geboren, zijn zowel de moeder als de vader van rechtswege de juridische ouders. Bij een geboorte binnen een lesbisch huwelijk worden geen afstammingsrechtelijke gevolgen verbonden aan het bestaan van een huwelijk. Alleen met de vrouw uit wie het kind geboren is ontstaat een familierechtelijke betrekking. De vrouwelijke partner van de moeder kan het kind niet erkennen. De twee vrouwen kunnen wel, mits het kind geen tweede juridische ouder heeft, van rechtswege het gezamenlijk gezag over het kind uitoefenen (art. 1:253aa en 1:253sa BW). Indien er een tweede juridische ouder is, ontstaat het gezag echter niet van rechtswege. Dan rest slechts de weg van art. 1:253t BW, waarbij ook de belangen van die ouder moeten worden meegewogen.

De enige optie voor de mee-moeder om juridisch ouder te worden is partneradoptie (art. 1:227 lid 1 BW). Het gaat hier om een ander soort adoptie dan bij de wensmoeder. Ingevolge art. 1:228 lid 1 sub f BW geldt voor partneradoptie geen minimale verzorgingstermijn, zodat deze procedure reeds kort na de geboorte opgestart kan worden. De op 1 april 2001 in werking getreden Wet Adoptie door personen van hetzelfde geslacht⁸⁶ heeft de mogelijkheden tot (partner)adoptie nog verder verruimd. Door middel van partneradoptie kan een vrouw die niet de biologische moeder is, toch juridisch

⁸⁵ Van Raak-Kuijper & Vlaardingerbroek 2006, p. 28.

⁸⁶ Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 10.

moeder worden. Anders dan bij de ‘gewone’ adoptie, blijft bij partneradoptie de moeder de juridische ouder van het kind.⁸⁷ Zoals besproken in paragraaf 2.3 adviseert de Commissie-Kalsbeek om de mogelijkheid van erkenning open te stellen voor duo-moeders.

De mogelijkheden tot adoptie en gezag binnen een mannenhuwelijk zijn momenteel nog beperkter, aangezien binnen een mannenhuwelijk feitelijk geen kind kan worden geboren. Deze mannen zien zich vrijwel altijd geconfronteerd met een juridische (draag)moeder, waardoor slechts één van de mannen door erkenning juridisch ouder kan worden.⁸⁸ Maar via partneradoptie kan de andere man ook juridisch ouder worden, zonder dat de feitelijke banden met de moeder doorgesneden hoeven worden.

§ 4.5 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn problematische onderdelen van de huidige regeling van de onderhoudsplicht besproken. Ook voor dit hoofdstuk een overzichtelijk schema om de problemen kernachtig samen te vatten, te vinden in onderstaande figuur 3.

| Wat | Probleem |
|---|--|
| Van rijke juridische ouder naar arme stiefouder | Het trouwen met een nieuwe partner is niet altijd in belang van het kind, als het kind al een rijke juridische ouder had. Aan de hand van de draagkracht en de bijzondere verhouding tot het kind, bepaalt de rechter wie hoeveel moet betalen. Aan het gezinsverband tussen kind en stiefvader wordt doorgaans een groter gewicht toegekend dan aan de juridische relatie tussen kind en juridische vader. Hierdoor kan de bijdrage van de rijke juridische vader soms op nihil worden gesteld. |
| Testamentaire voogdij | Er bestaat de mogelijkheid om twee voogden te benoemen in plaats van één. Gezamenlijke voogdij behelst echter de plicht om de minderjarige zélf te verzorgen, op te voeden en de kosten daarvoor te dragen, iets waar men zich niet vaak bewust van is. Bovendien verandert dit plotseling als één van de voogden overlijdt, de overgebleven voogd hoeft dan niet meer uit eigen portemonnee bij te dragen in de kosten van verzorging en opvoeding. Dit kan niet in het belang van het kind zijn. |
| Onderhoudsplicht voor kinderen van minderjarige moeders | Onduidelijk voor de leek of opa/oma danwel de minderjarige moeder zelf verantwoordelijk is voor de onderhoudsplicht. Ouders (ongeacht hun leeftijd) zijn verantwoordelijk voor hun kinderen tot zij 21 jaar zijn. Dit hangt niet af van een succesvol verzoek tot meerderjarigverklaring (art. 1:253ha BW). |

⁸⁷ Van Raak-Kuijper & Vlaardingerbroek 2006, p. 29.

⁸⁸ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 109-110.

| | |
|--|--|
| Wensmoeders/ duo-moeders en het verkrijgen van juridisch moederschap | Bij draagmoederschap is voor de wensmoeder adoptie de enige mogelijkheid om juridisch moeder te worden van het kind. Aan de andere kant is het voor de draagmoeder lastig om de wensmoeder te verplichten een bijdrage te leveren in de kosten (eventueel mogelijk via een actie uit onrechtmatige daad). Voor de duo-moeder is partneradoptie noodzakelijk om juridisch ouder te worden (art. 1:227 lid 1 BW). Via art. 1:253sa, 1:253t en 1:253w BW is gezamenlijk gezag mogelijk, er ontstaat dan een onderhoudsplicht. |
|--|--|

Figuur 3: Overzicht problematische onderdelen van de regeling van de onderhoudsplicht.

Zoals blijkt uit bovenstaand schema levert de huidige regeling van de onderhoudsplicht in de praktijk verschillende problemen op. De ernst van deze problemen loopt uiteen. Met een aantal aanpassingen in de wet of in de praktijk zouden deze problemen gereduceerd kunnen worden. Aanbevelingen hiertoe zullen worden besproken in hoofdstuk 5.

5. Conclusie en aanbevelingen

Door de vele wetsartikelen over de onderhoudsplicht, die verspreid over het wetboek zijn te vinden, is het ontstaan en het einde van de onderhoudsplicht per soort ouder lastig te bepalen. De leek zou in één oogopslag moeten kunnen zien wat voor soort ouder hij is en wanneer hij een onderhoudsplicht heeft. Bovendien zou er een oplossing moeten worden gezocht voor bepaalde problematische onderdelen in de huidige regeling van de onderhoudsplicht. In dit hoofdstuk wordt kort en bondig een weergave van het literatuuronderzoek gegeven. Aansluitend worden eerst aanbevelingen gedaan voor de wetgever en de rechterlijke macht. Dan ga ik in op mogelijke discussiepunten ten aanzien van de onderhoudsplicht. Tot slot worden aanbevelingen voor vervolgonderzoek gedaan.

§ 5.1 Terugblik

In deze scriptie is onderzoek gedaan naar de vraag ‘Op welke wijze kan de samenhang tussen de alimentatieplicht van sociale, juridische en biologische ouders (in de zin van art. 1:198, 199, 253w, 282 lid 6, 392, 394, 395 en 404 BW) worden verbeterd?’. Daarvoor is eerst uitgebreid stilgestaan bij de huidige regeling van de onderhoudsplicht in hoofdstuk 2. Hierbij is ook ingegaan op de plaats van de artikelen betreffende de onderhoudsplicht van de verschillende soorten ouders. Daarbij bleek dat de onderhoudsplicht van de diverse soorten ouders niet altijd even logisch in het wetboek geregeld is. In hoofdstuk 3 is de totstandkoming van deze regeling onderzocht. Daarbij is duidelijk geworden dat bepaalde wetwijzigingen meteen al een succes waren, terwijl andere beter niet doorgevoerd hadden kunnen worden. Met de beschrijving van de totstandkoming is ook de bedoeling van de wetgever naar voren gekomen, waardoor gemakkelijker kan worden gezien of een problematisch onderdeel kan worden aangepast. Na hoofdstuk 4 is duidelijk wat de problematische onderdelen van de regeling van de onderhoudsplicht zijn. Met deze combinatie aan informatie worden in het onderhavige hoofdstuk conclusies getrokken en aanbevelingen gedaan.

§ 5.2 Conclusie

Het doel van dit onderzoek was onder andere het leveren van een relevante bijdrage aan het toegankelijk maken voor de leek van de wetenschappelijke kennis die bestaat over de alimentatieplicht van de verschillende soorten ouders. In deze paragraaf zal een antwoord worden gegeven op de eerder gestelde onderzoeksvraag. Naast het ontwerpen van allerlei vereenvoudigde schema's kan de

onderhoudsplicht van de verschillende ouders beter inzichtelijk gemaakt worden door de gesignaleerde problematische onderdelen aan te pakken. Daarmee worden ook aanbevelingen gedaan voor de wetgever en de rechterlijke macht. De volgorde in hoofdstuk 4 wordt hierbij gehandhaafd.

Het problematische onderdeel van de onderhoudsplicht dat als eerste is behandeld, is ‘van rijke juridische ouder naar arme stiefouder’. Een kind dat leeft in een gezin met gescheiden ouders kiest er niet zelf voor dat de rust nogmaals wordt verstoord door de komst van een stiefouder. Het kind zou hier dan ook niet financieel onder mogen lijden. In principe is de huidige manier om de verdeling van de onderhoudsplicht te herzien goed. Dit gebeurt aan de hand van objectieve maatstaven. In theorie wordt namelijk de draagkracht van de juridische ouder en de stiefouder bepaald, naast de behoefte van het kind. Uit arresten ontstaat echter soms de indruk dat rechters zo nu en dan te veel rekening houden met het criterium de ‘bijzondere verhouding met het kind’.⁸⁹ Door de ‘bijzondere omstandigheden’ in aanmerking te nemen weegt het gezinsverband soms zodanig zwaar, dat de stiefouder (enigszins draagkrachtig) als volledig onderhoudsplichtige wordt aangewezen. De gevolgen van deze wisseling van onderhoudsplichtige zouden voor het kind in principe niet merkbaar hoeven zijn. Als het kind in de praktijk echter in het gezin van een minder vermogende stiefouder leeft, dan voldoet de stiefouder zijn onderhoudsplicht gedurende de dagelijkse verzorging van het kind. De stiefouder maakt in dat geval geen geld over naar de verzorgende ouder. Als de stiefouder gewoonweg minder te besteden heeft dan de juridische ouder, zal het kind hier wel de gevolgen van ondervinden. Het belang van het kind moet door de rechter bij de afweging en verdeling van de onderhoudsplicht de aandacht krijgen die het verdient. Dit belang eist veelal dat de rijke juridische vader financieel verantwoordelijk blijft. Het kind moet zo veel mogelijk door kunnen leven volgens dezelfde levensstandaard.

Ten tweede is in hoofdstuk 4 de testamentaire voogdij genoemd. Als in een testament twee voogden worden aangewezen, dienen zij het kind zelf op te voeden en de kosten hiervan te dragen (art. 1:282 lid 6 BW). Dit vormt een uitzondering op art. 1:336 BW. Volgens dit artikel draagt de voogd zorg, dat de minderjarige overeenkomstig diens vermogen wordt verzorgd en opgevoed. Het is verwarrend dat nu vaak één voogd wordt benoemd in een testament, terwijl in de praktijk een (echt)paar de taak op zich neemt en wel om onderhoudsverplichtingen te voorkomen. Zoals naar voren gekomen in hoofdstuk 4 worden in de literatuur en in de praktijk allerlei constructies bedacht om dit onwenselijke gevolg van gezamenlijke voogdij uit te sluiten. Waarom al deze constructies in plaats van het aanpassen van de wet? Er zou een onderscheid moeten komen tussen de ander die met de ouder gezamenlijk het gezag uitoefent en de twee voogden met gezamenlijk gezag, aangewezen bij testament. De verplichting om het kind zelf op te voeden en de kosten hiervoor te dragen, past goed in het gezin van de ouder samen met een niet-ouder. De niet-ouder stond in zo’n situatie al jaren in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind en mengt zich nu daadwerkelijk in het gezin. De

⁸⁹ HR 28 mei 1993, *NJ* 1994, 434 en HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 129.

testamentaire voogden daarentegen vangen de kinderen vaak na een noodsituatie op en hebben niet altijd de financiële middelen om hen te onderhouden. De situatie van de testamentaire voogdij wijkt nu immers ook al af van de ouder en de niet-ouder die samen het ouderlijk gezag uitoefenen, bijvoorbeeld wat betreft het vruchtgenot.

Ook verdient de onderhoudsplicht voor kinderen van minderjarige moeders aandacht. De tienermoeder is altijd (financieel) verantwoordelijk voor haar kind, maar het is de vraag wie in de praktijk deze zorg op zich neemt. De wet spreekt over 'juridische ouders' die een onderhoudsplicht hebben, ongeacht de leeftijd van deze ouders. De wet is dus duidelijk, maar in de praktijk levert dit problemen op. De tienermoeders zijn namelijk vaak weinig draagkrachtig, maar hebben toch zelf een onderhoudsplicht. Het is vreemd dat de financiële gevolgen van het ingooien van een ruit door een minderjarige (materiële schade) wel op het bordje van de ouders terecht komen, terwijl de kosten die voortvloeien uit een tienerzwangerschap niet op de ouders van de minderjarige verhaald kunnen worden. Hoewel ze het niet verplicht zijn, betalen de ouders van de tienermoeders in de praktijk vaak mee. Ouders zouden zich hiervoor moeten kunnen verzekeren. De huidige WA verzekeringen en ziektekostenverzekeringen dekken deze kosten niet. Hier liggen wellicht mogelijkheden voor een nieuw soort polis. Voor het voortbestaan van een verzekering is een grote vraag nodig en de schadekans moet beperkt zijn. De schadekans is wellicht te veel beïnvloedbaar; jongeren zouden door het bestaan van de verzekering minder zorgvuldig kunnen worden in het gebruik van voorbehoedsmiddelen. Om een dergelijke verzekering op te zetten is bovendien vereist dat precies in kaart wordt gebracht hoe vaak tienerzwangerschappen voorkomen en welke kosten een dergelijke zwangerschap met zich meebrengt. Er zouden verschillende soorten pakketten kunnen komen, waarmee ouders zich kunnen verzekeren voor een bepaalde hoogte van uitbetaling per maand. Aangezien deze verzekering op vrijwillige basis zal zijn, zullen (zeker in de beginfase) weinigen zich verzekeren, wat de verzekering dus duur maakt. Naast de hoge premies, zitten er haken en ogen aan het opzetten van een dergelijke verzekering. Een vergoeding wordt in principe uitgekeerd als er sprake is van een onrechtmatige daad. Denk hierbij aan het aanrijden van een fietser die de automobilist had moeten opmerken. De vraag is of een tienerzwangerschap ook een onrechtmatige daad kan worden genoemd. Uitkering vindt in beginsel alleen plaats bij letsel of materiële schade, waar een kind ethisch gezien moeilijk onder valt te scharen. Verzekeraars zouden de tienerzwangerschap een 'te weinig onzeker voorval' kunnen noemen. Hier valt tegenin te brengen dat het sterven van een persoon ook al te verzekeren is. Een verzekering voor tienerzwangerschappen verdient dus nader onderzoek. Een andere gedeeltelijke oplossing is om de wet aan te passen, waarbij grootouders financieel verantwoordelijk zijn tot de tienerouders de leeftijd van zestien jaar hebben bereikt. Op de ouders van kinderen van veertien en vijftien jaar berust aansprakelijkheid, tenzij hen niet kan worden verweten de gedraging van het kind niet te hebben belet.⁹⁰ Het valt te betogen dat het de opvoedkundige taak is van

⁹⁰ Spier e.a. 2003, p. 84-85.

ouders om ervoor te zorgen dat deze jonge kinderen dusdanig goed voorgelicht zijn dat ze geen onveilige geslachtsgemeenschap hebben. Hierdoor loopt de verantwoordelijkheid op dit terrein gelijk met de financiële aansprakelijkheid die nu al bestaat voor materiële schade. Los hiervan staat de aanbeveling dat tieners gewaarschuwd moeten worden voor de enorme (financiële) verantwoordelijkheid die het ouderschap met zich mee brengt. De bekendheid met de huidige regeling van de onderhoudsplicht moet hierbij vergroot worden. Hiervoor kan internet als toegankelijk middel voor de doelgroep worden ingezet, bijvoorbeeld extra aandacht voor de financiën op de nu al bestaande speciale sites voor tienermoeders. Ook na de bevalling is voorlichting voor de jonge ouders over hun rechtspositie belangrijk.

Als laatste vormt het verkrijgen van juridisch moederschap voor wensmoeders/ duo-moeders een belangrijk problematisch onderdeel bij de onderhoudsplicht. Een gevolg van het etiket van juridisch moeder is de financiële plicht tot onderhoud, naast de verantwoordelijkheid voor de zorg voor het kind. De wetgever moet een regeling treffen voor de huidige maatschappelijke ontwikkelingen, maar heeft een lange tijd 'zijn kop in het zand gestoken'. Al sinds de eerste wijziging van het BW moet de grondslag voor de verplichting tot onderhoud de natuurlijke afstamming zijn en ook het nieuwe afstammingsrecht zoekt meer aansluiting bij het biologische ouderschap. Een oplossing voor het groeiende aantal samenlevingsvormen is hard nodig. De wet loopt altijd enigszins achter bij de dagelijkse praktijk; nieuwe ontwikkelingen zijn nog niet in bestaande wetten meegenomen. Voor bepaalde ontwikkelingen in de onderhoudsplicht zijn wel regelingen getroffen, zoals bij het sociaal ouderschap (art. 1:253aa en 1:253sa BW). De positie van de reageerbuisbaby is echter onduidelijk. Er bestaan nu eenmaal nieuwe samenlevingsvormen waar de wetgever iets mee moet, ook daar zal immers een onderhoudsplicht ontstaan. De mee-moeder kan zich als sociaal ouder beroepen op art. 1:253sa BW. Degenen die dagelijks de zorg voor een kind op zich nemen, zouden op eenvoudige wijze ook juridisch ouder moeten kunnen zijn. De wet zou dus moeten worden aangepast, hoewel het de vraag is of de jurist hierover moet oordelen of de politiek. Gelukkig zijn de meest recente ontwikkelingen wel gunstig. Met het in augustus 2008 door Hirsch Ballin aangekondigde wetsvoorstel zouden vrouwen – over een paar jaar – de kans krijgen om kinderen te kunnen erkennen.

Naast de voorgaande aanbevelingen naar aanleiding van hoofdstuk 4, is een overkoepelende aanbeveling op zijn plaats. Gaandeweg het onderzoek is een spreiding van de artikelen door het Burgerlijk Wetboek gesignaleerd. De onderhoudsverplichting voor kinderen is in maar liefst acht verschillende artikelen verspreid over het wetboek geregeld. De artikelen 1:198, 199, 253w, 282 lid 6, 392, 394, 395 en 404 BW behelzen de verschillende voorwaarden. Het adviseren van de wetgever bij het schrappen danwel bij elkaar zetten van bepaalde wetsartikelen, gaat te ver voor het onderhavige onderzoek. Wel verdient het aanbeveling om op korte termijn een commissie in te stellen. Deze commissie zou dan moeten onderzoeken in hoeverre de artikelen betreffende de onderhoudsplicht ook bij elkaar zouden kunnen staan. Dit komt de rechtszekerheid ten goede. Doordat de vereisten voor de onderhoudsplicht over verschillende artikelen zijn uitgesmeerd, is het voor de leek namelijk niet snel

duidelijk wie wanneer onderhoudsplichtig is. Bij het verplaatsen van de artikelen moet worden opgelet of andere aan de onderhoudsplicht gerelateerde onderwerpen van Boek 1 BW, zoals gezag en afstamming, niet in het gedrang komen. Het is niet de bedoeling dat door het verhelderen van het ene onderwerp, een andere afdeling in de wet er onduidelijker op wordt. Als de artikelen bij elkaar kunnen worden gezet, vormen de verschillende soorten onderhoudsplichtigen op zichzelf ook een (misschien wel nog groter) probleem. De drie bestaande soorten ouders werken verwarrend, denk hierbij aan het bepalen van de onderhoudsplicht van de juridische en de sociale ouder met gezag (art. 1:253t BW) en de stiefvader zonder gezag.

§ 5.3 Discussie

Er bestaan drie verschillende soorten ouders die onderhoudsplichtig kunnen zijn. Zou deze verwarrende situatie op een bepaalde manier kunnen worden opgelost? De financiële verantwoordelijkheid zou op een bepaalde manier in elkaar gevlochten moeten worden. Met een aantal basisbeginselen valt dit nader te regelen, hoewel er altijd uitzonderingen blijven. Als basis is het aanwijzen van de biologische ouder (in de zin van verwekker) als altijd financieel verantwoordelijk een logische keuze. Iemand die een kind verwekt, dient hier ook de rest van zijn leven verantwoordelijk voor te zijn. Nu betaalt de biologische ouder soms slechts mee naast de stiefouder, afhankelijk van omstandigheden zoals omgang en de achternaam van het kind. Met het aanwijzen van de biologische ouder zou de onderhoudsplicht niet meer afhankelijk zijn van omstandigheden; de biologische ouder betaalt altijd. Dit uitgangspunt sluit aan bij de verplichting om kinderalimentatie te moeten betalen, ongeacht of er sprake is van enige behoefte van de jeugdige gerechtigde (art. 1:392 lid 2 BW). De wetgever erkent hiermee de natuurlijke plicht van ouders om voor hun kinderen te zorgen.⁹¹ Eigenlijk is dit een stapje terug in de geschiedenis, naar de situatie dat de grondslag voor de verplichting tot onderhoud de natuurlijke afstamming moest zijn (eerste wijziging van het BW). Het draagmoederschap vormt een speciaal geval. Hier dient de volledige financiële verantwoordelijkheid bij de wensouders te liggen, hoewel zij niet altijd de biologische ouders zijn. Specifieke regels blijven dus nodig in het Burgerlijk Wetboek. De rechter zal uiteindelijk naar ieder geval apart kunnen kijken en bepalen wie de verantwoordelijkheid heeft als partijen er niet uitkomen. Ook heeft de rechter een rol indien de biologische ouders overlijden. Bovendien is er een rechterlijke beslissing nodig bij het gezamenlijk gezag van art. 1:253t BW dat sinds het nieuwe afstammingsrecht van 1998 mogelijk is.

Daarnaast kan de vraag worden gesteld of het niet logischer is om, in plaats van de biologische ouder, de juridische ouder altijd te laten betalen. Uit de trouwbelofte vloeit onverbiddelijk voort dat de echtgenoten jegens elkaar verplicht zijn de tot het gezin behorende minderjarige kinderen te verzorgen

⁹¹ Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 488.

en op te voeden en de kosten van die verzorging en opvoeding te dragen (art. 1:82 BW). Het gevolg van trouwen is dat de man automatisch juridisch vader is van hetgeen uit de vrouw wordt geboren. Ook al zou het kind de achternaam van de stiefvader dragen, bij deze stiefouder wonen en de juridische vader nooit meer zien, dan nog valt te betogen dat de juridische vader financieel verantwoordelijk blijft. Er kunnen echter problemen ontstaan bij het aanwijzen van de juridische vader als verantwoordelijke. Bij het ontheffen van of het ontzetten uit het gezag wordt het gezag overgedragen aan pleegouders. Ouders hoeven dan niet meer zelf te betalen voor de verzorging van hun kinderen, terwijl ze wel juridisch ouder blijven. Juridisch ouderschap en financiële verantwoordelijkheid is dus niet hetzelfde; het hoeft niet samen te vallen. Het aanwijzen van de biologische ouder als financieel verantwoordelijke lijkt daarom de beste oplossing.

De biologische ouder altijd laten betalen voor zijn kind lijkt dus een goed idee, maar het is in de huidige situatie wel lastig te bepalen wie de biologische vader is. Iedere man mag immers een kind erkennen, of hij daadwerkelijk verwekker is of niet. In Nederland is erkenning een rechtshandeling oftewel een wilsverklaring; een man geeft aan bereid te zijn het vaderschap in juridische zin op zich te nemen. Door over te gaan op de theorie van de erkenning als waarheidshandeling los je dit probleem op. Deze theorie is in de meeste West-Europese landen in de wetgeving neergelegd.⁹² De verschillende soorten vaderschap worden met deze theorie opgeheven, hierdoor is meteen duidelijk wie de biologische vader is. Het erkennen van een kind door een persoon niet zijnde de verwekker, zou dan strafbaar moeten worden gesteld. De mogelijkheid van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, die nu in Nederland bestaat, neigt al naar de theorie van de waarheidshandeling. De gemiddelde burger zal zich dan ook gemakkelijk kunnen aanpassen, als deze laatste theorie in de Nederlandse wetgeving wordt neergelegd.

§ 5.4 Vervolgonderzoek

Aangezien een onderzoek nooit volledig kan zijn en altijd ruimte voor verder onderzoek open laat, volgen hieronder een aantal suggesties voor vervolgonderzoek. Onderzoek naar de haalbaarheid van de aanbevelingen speelt hierbij een belangrijke rol.

In dit kader kan bijvoorbeeld de vraag gesteld worden of een kind er daadwerkelijk op achteruit gaat als de onderhoudsplicht van een rijke juridische ouder wordt overgenomen door een armere stiefouder. Door dit te onderzoeken kunnen misschien sterkere verbanden worden aangetoond tussen het wisselen van onderhoudsplichtige en het financieel achteruit gaan van het kind. De adviezen aan de rechterlijke macht zijn dan daadwerkelijk op feiten gebaseerd. Een rechter zal in dat geval meer waarde hechten aan de aanbeveling en minder snel wisselen van onderhoudsplichtige omdat het belang van het kind dat vereist. Het is lastig om dit idee voor toekomstig onderzoek daadwerkelijk uit

⁹² Vlaardingerbroek e.a. 2008, p. 226.

te voeren. Een samenwerking met de rechterlijke macht zou ideaal zijn. Vanuit de rechtbank zou een enquête kunnen worden opgestuurd aan beide partijen waarmee duidelijk wordt welke kosten stiefouders en juridische ouders daadwerkelijk maken voor de kinderen. Er kan worden gevraagd naar uitgaven voor school, vrijetijdsbesteding (muziek of sportclubs), voeding en kleding. Deze uitgaven kunnen door onderzoekers met elkaar worden vergeleken. Er bestaat een kans dat doordat partijen weten dat over hun schouder wordt meegekeken, ze wellicht sociaal wenselijke antwoorden invullen. Hierdoor kunnen de onderzoeksresultaten onbetrouwbaar worden. Hiermee zal bij het opzetten van de enquête rekening gehouden moeten worden. Het belangrijkste is dat het gaat om een anonieme enquête, die verstuurd wordt nadat er een rechterlijke beslissing is genomen. Zo weten partijen zeker dat het invullen geen invloed heeft op hun zaak.

Een andere vraag die open blijft is of het notariaat een rol speelt bij het vastleggen van de onderhoudsplicht. Kunnen problematische onderdelen in de wet worden opgevangen door de notaris (in plaats van door een wetswijziging) en is dit wenselijk? Er zou een standaardcontract kunnen worden opgezet om de onderhoudsplicht te regelen. Bij testamentaire voogdij gebeurt dit al. Ouders zouden ook een contract kunnen sluiten waarin zij toezeggen de studie van hun kinderen te betalen, 'in ruil' voor een wederkerige onderhoudsplicht als zij zelf bejaard zijn. Er ontstaat dan wel een probleem wanneer de partijen zich niet meer aan dit contract houden; afdwingen bij de rechter is lastig (art. 1:400 lid 2 BW). In principe kan de zelfredzaamheid van burgers in juridische zaken een voordeel zijn voor de wetgever, maar bepaalde zaken zullen dwingend geregeld moeten worden. Onderzocht kan worden welke onderdelen geregeld moeten worden via aanvullend recht. De notaris blijft bovenal een voorlichtende functie houden. Partijen moeten weten wat de consequenties zijn van keuzes die zij maken.

Tot slot valt op te merken dat in dit onderzoek de focus nadrukkelijk gelegd is op het ontstaan en het einde van de onderhoudsplicht. Daardoor is de omvang van de betaling, afhankelijk van de draagkracht van de ouders en de behoefte van het kind, buiten beschouwing gelaten. Voldoet het systeem, dat is neergelegd in het in 1994 verschenen rapport 'Kosten van kinderen ten behoeve van vaststelling van kinderalimentatie', nog steeds in de praktijk? Ook hier liggen mogelijkheden voor verder onderzoek in de toekomst. Wat er ook uit verder onderzoek komt, kinderen mogen niet de dupe worden van het 'liefdesleven' van hun ouders.

Geraadpleegde literatuur

Asser/De Boer 2006

J. de Boer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2006.

De Bruijn-Lückers 2007

M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, 'Intrekking wetsvoorstel kinderalimentatie, wat nu?', *EB* 2007-1, p. 1-3.

Burgers-Thomassen & Kreeftenberg 2005

M. Burgers-Thomassen & T. Kreeftenberg, 'Het behoeftecriterium voor alimentatie – gelijke gevallen, ongelijk behandeld!', *EB* 2005-2, p. 32-34.

Van der Burght & Doek 2002

Gr. van der Burght & J.E. Doek, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Draaisma 2001

M.C.E.M. Draaisma, *De stiefouder: stiefkind van het recht. Een onderzoek naar de juridische plaatsbepaling van de stiefouder*, Amsterdam: VU Uitgeverij 2001.

Emancipatieraad 1991

Adviesraad van de regering voor het emancipatiebeleid, *Het afstammingsrecht en sociale ouders*, Den Haag: D.O.P. 1991

Gerlo 1994

J. Gerlo, *Onderhoudsgelden*, Antwerpen: Kluwer 1994.

Gerver 2001

P.H.M. Gerver, *Luijten & Kleijn nader bekeken*, Deventer: Kluwer 2001.

Giesen & Verheij 1995

I. Giesen & A. Verheij, 'Medevoogdij en gezamenlijke voogdij', *AA* 1995-2, p. 113-116.

Heida 1997

A. Heida, *Alimentatie, de wettelijke onderhoudsplicht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Henstra 2002

A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht: een beschouwing over de positie van sociale en biologische ouders in het familierecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Holtrust 1993

N. Holtrust, *Aan moeders knie. De juridische afstammingsrelatie tussen moeder en kind*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1993.

Luiting Maten 1937

J.H. Luiting Maten, *De onderhoudsplicht van den vader tegenover zijn natuurlijke, niet-erkende kind volgens het Nederlandsch internationaal privaatrecht*, Utrecht: Broefhoff Kemink en Zoon 1937.

Meijer 1998a

W.R. Meijer, 'Testamentaire voogden of: al te goed is buurmans gek? (I)', *WPNR* 1998-6304, p. 166-167.

Meijer 1998b

W.R. Meijer, 'Testamentaire voogden of: al te goed is buurmans gek? (II, slot)', *WPNR* 1998-6305, p. 182-183.

Mens 2005

B.M. Mens, 'Kinderalimentatie: toch liever confectie', *FJR* 2005-58, p. 149-151.

Mens 2008

B.M. Mens, 'Alimentatie', in: M.L.C.C. de Bruijn-Lückers & P. Vlaardingerbroek (red.), *Praktijkboek scheidingsrecht*, Den Haag: VUGA 1995 (losbladige uitgave, laatst aangevuld in 2008), B-II, p. 13-24.

Minkenhof 1933

A.A.L. Minkenhof, *Onderhoudsplicht*, Amsterdam: H.J.Paris 1933.

Van Mourik & Nuytinck 2006

M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Nieuwenhuis, Stolker & Valk 2007

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Burgerlijk Wetboek. De tekst van de Boeken 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 en 8 van het BW voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2007.

Nuytinck 2008

A.J.M. Nuytinck, 'Lesbisch ouderschap. Bespreking van het rapport van de Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie (commissie-Kalsbeek)', *WPNR* 2008-6738, p.

Van Raak-Kuijper & Vlaardingerbroek 2006

J.A.E. van Raak-Kuijper & P. Vlaardingerbroek, *Monografieën familie, jeugd en recht. Deel 2. Afstammingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

Spier e.a. 2003

J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003.

Spruijt 2007

E. Spruijt, *Scheidingskinderen*, Amsterdam: SWP 2007.

Van Teeffelen 2005

P. van Teeffelen, 'Kinderalimentatie op drift?', *FJR* 2005-43, p. 122-125.

Vlaardingerbroek e.a. 2008

P. Vlaardingerbroek e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht (behoudens het huwelijksvermogensrecht)*, Deventer: Kluwer 2008.

Vonk 2003

M.J. Vonk, 'Een, twee of drie ouders?', *FJR* 2003-6, p.122-128.

Vonk 2007

M.J. Vonk, 'Kinderen, co-moeders en het afstammingsrecht', *Njb* 2007-8, p. 448-449.

Wortmann 2004

S. Wortmann, 'Kroniek van het personen- en familierecht', *Njb* 2004-31, p. 1-8.

Zon 2006

M.A. Zon, '12 jaar Wet Limitering Alimentatie Nieuwe gevallen – eindelijk duidelijkheid?', *EB* 2006-7/8, p. 133-137.

Overige bronnen

Kamerstukken

- Kamerstukken II 1954/1955, 3767, nr. 3.
- Kamerstukken II 1993/1994, 23714, nr. 3.
- Kamerstukken II 1996/1997, 24649, nr. 6.
- Kamerstukken II 1998/1999, 26672, nr. 3.
- Kamerstukken II 1999/2000, 26862, nr. 3.

Jurisprudentie

- HR 1 april 1938, *NJ* 1938, 989.
- Marckx vs Belgium, 13 June 1979, Series A, no. 31. *NJ* 1980, 462.
- HR 22 april 1988, *NJ* 1989, 386.
- HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 188.
- HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 178.
- HR 28 mei 1993, *NJ* 1994, 434.
- HR 11 november 1994, *NJ* 1994, 129.
- HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 286.
- HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 121.
- HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 228.
- Hof Den Haag 7 mei 2003, *LJN* AF8651, *NJ* 352.
- Hof Amsterdam 6 oktober 2003, *FJR* 2004, 2.
- HR 31 oktober 2003, *NJ* 2004, 315.
- HR 23 maart 2005, *LJN* AT0412.
- Hof Leeuwarden 9 november 2005, *LJN* AU6138, *JPF* 2006-1.
- EHRM 13 juli 2006, appl. nr. 58757/00.
- HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 106.

Digitale bronnen

www.cbs.nl

<<http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/bevolking/publicaties/artikelen/archief/2008/2008-2519-wm.htm>>, laatst geraadpleegd op 12 oktober 2008.

www.justitie.nl

<<http://www.justitie.nl/actueel/persberichten/archief-2008/80528commissie-kalsbeek-verhoging-leeftijdsgrens-bij-interlandelijke-adoptie.aspx>>, laatst geraadpleegd op 11 juni 2008.

www.postbus51.nl

<http://www.postbus51.nl/index.cfm/t/Algemene_nabestaandenwet__Anw_/vid/692CEC34-C295-519D-14E19B5844F3A6A4>, laatst geraadpleegd op 11 juni 2008.

www.rechttopalgemenebijstand.nl

<<http://www.rechttopalgemenebijstand.nl/faq>>, laatst geraadpleegd op 11 juni 2008.

www.uwv.nl

<<http://www.uwv.nl/wajong/wat-is-wajong/voor-wie-en-hoeveel/hoe-hoog/index.aspx>>, laatst geraadpleegd op 15 september 2008.

www.volkskrant.nl

<http://www.volkskrant.nl/binnenland/article538191.ece/Donner_snoeit_in_jeugd-WAO>, laatst geraadpleegd op 15 september 2008.