

commentaar op	Rechtbank Den Haag 16-02-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1835
datum	04-04-2016
auteur	W.M. Schrama

## Rechtbank Den Haag 16-02-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1835

### Uitgekleed gezag in combinatie met een ots. Annotatie bij Rb. Den Haag 16 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1835.

In deze zaak beslist de rechtbank dat vervangende toestemming tot erkenning aan de vader verleend wordt en wordt het verzoek tot gezamenlijk gezag toegewezen, zij het in 'uitgeklede' vorm. Een contactregeling wordt niet vastgesteld. Daarnaast wordt een ondertoezichtstelling (hierna ook: ots) van het kind uitgesproken. In een notendop het zoveelste trieste relaas van een vechtscheiding.

Helaas geeft de uitspraak weinig inzicht in de specifieke omstandigheden van het geval. Uit losse feiten, her en der in de uitspraak vermeld, valt af te leiden dat de vrouw en de man anderhalf jaar een relatie hebben gehad, waarbij onduidelijk is of zij hebben samengewoond. Ook blijkt dat de vrouw psychische problemen heeft die verband houden met het verloop met de relatie met de man en moet zij een behandeling voor PTSS gerelateerd aan de relatie ondergaan. Waarom dat nodig is, wordt niet duidelijk. Verder gaat het om een jong kind, ten tijde van de zitting hooguit een paar jaar oud. Meer is niet bekend. Op basis hiervan is het moeilijk een goed oordeel te geven over specifiek deze casus.

In algemene termen is dit echter een bijzondere uitspraak. In een aantal, los van elkaar beoordeelde stappen komt de rechtbank tot een vergaand oordeel.

Eerst wordt besloten dat de vervangende toestemming tot erkenning verleend moet worden. Kennelijk is onomstreden dat de man de biologische vader is (dit blijkt niet), maar als dat zo is, is de hoofdregel dat de toestemming verleend moet worden. Omdat de uitspraak onvoldoende feiten bevat, is niet te beoordelen of dit een standaardgeval is waarop de hoofdregel toegepast moet worden. Een recente analyse van de rechtspraak (*FJR* 2015, nr. 9) laat zien dat toestemming in gewone gevallen verleend wordt. Alleen indien sprake is van uitzonderlijke gevallen is dat anders. Het advies van de Raad en de bijzondere curator (naar ik aanneem een artikel 1:212 BW-curator) ondersteunen het oordeel van de rechter.

De volgende stap is het verzoek tot toewijzing van gezamenlijk gezag. Strikt genomen lijkt me dat de man met de vervangende toestemming nog niet direct de erkenning rond heeft, zodat hij formeel niet-ontvankelijk zou zijn. Aanhouding van de zaak lijkt hier aangewezen, zodat de man de tijd heeft de erkenning te regelen. Aanhouding zou ook om andere redenen, die hierna besproken worden, een goed idee zijn.

Inhoudelijk is het criterium van artikel 1:253c lid 1 BW van toepassing. Een verzoek wordt slechts afgewezen indien er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders en verbetering niet op korte termijn te verwachten is, of als afwijzing anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is. Er is ten tijde van de behandeling ter terechtzitting geen enkele communicatie tussen de moeder en de vader. Ook is al langere tijd geen contact tussen het kind en de vader. Toch meent de rechtbank dat dit niet inhoudt dat er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren komt te zitten tussen de ouders. De rechtbank is van oordeel is dat de weerstand die de vrouw jegens de man ervaart een reële bedreiging kan vormen voor een goede ontwikkeling van het kind op lange termijn en mede daarom komt zij tot het oordeel dat de communicatie tussen partijen op gang moet worden gebracht, al dan niet met hulpverlening. De rechtbank gaat er daarbij zelf van uit dat dit de nodige tijd zal vergen. De Raad adviseerde aanvankelijk tot afwijzing, maar ter zitting is dit gewijzigd in het advies dat uitgekleed gezag tot de mogelijkheden behoort en in het belang van de minderjarige moet worden geacht. Op basis van de summiere feiten is het moeilijk een goed oordeel te geven, maar mij lijkt de kans dat het kind wel degelijk klem of verloren komt te zitten een reden om in dit stadium juist geen gezag toe te kennen. Gezag toekennen kan immers altijd nog, ook als de communicatie tussen partijen in de toekomst vlot getrokken is, terwijl eenmaal toegekend gezag doorgaans niet meer 'terug te nemen' is. Een reden dus om voorzichtig te zijn. De rechtbank oordeelt kennelijk ook dat het risico dat het kind risico's loopt bij gezamenlijk gezag en kent daarom in haar eigen termen 'uitgekleed gezamenlijk gezag' toe, waarbij alle bevoegdheden inzake de dagelijkse verzorging en opvoeding aan de vrouw worden gedelegeerd en alle verdergaande beslissingen aan de vrouw en de man samen. In zaken waarin derden de medewerking van ouders vereisen zal de man na te zijn gehoord door de vrouw op eerste verzoek van de vrouw zijn medewerking verlenen.

Uitgekleed gezag is een in de lagere rechtspraak ontwikkelde manier om een van de ouders een bepaalde rechtspositie te geven, als echt gezamenlijke gezagsuitoefening niet haalbaar is, omdat het kind dan klem komt te zitten tussen de ouders. Er wordt niet veel van gebruik gemaakt. Een wettelijke basis bestaat hiervoor niet (vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:339). De Hoge Raad heeft zich tot op heden niet uitgesproken over deze constructie, die haaks staat op het idee van gezamenlijke gezagsuitoefening en gezamenlijke opvoeding en zorg voor het kind. Mijns inziens gaat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten met dit soort constructies te werken. Als dit al een wenselijke stap zou zijn, is het aan de wetgever om daarvoor een wettelijke basis te scheppen.

Een regeling voor het contact wordt, mede omdat de man zich aansluit bij het advies van de Raad, nu niet vastgesteld.

Verrassend is dat de rechtbank wel uitgebreid ingaat op de vraag of de man een verzoek tot ondertoezichtstelling mag doen, in tegenstelling tot

diezelfde vraag bij het verzoek tot gezamenlijk gezag. Immers, op het moment dat hij het verzoek tot ots indient, is hij geen ouder; een voorwaarde die artikel 1:255 lid 2 BW stelt. Dat op basis van *family life* een recht zou bestaan om een verzoek in te dienen, omdat het anders een ongerechtvaardigde inbreuk op het *family life* van de vader zou maken, lijkt de vraag; immers, door erkenning, waarvoor reeds vervangende toestemming is verleend, is hij wel bevoegd een dergelijk verzoek in te dienen. In deze situatie kan, lijkt me, niet gesproken worden van een buitenproportionele inbreuk. Aanhouding van de zaak was wellicht beter: de man had kunnen erkennen, maar belangrijker, er was meer tijd geweest om tot een zorgvuldige beslissing te komen, advies van de Raad te vragen, eventueel een bijzondere curator te benoemen ex artikel 1:250 BW en voor de advocaat van de vrouw om verweer voor te bereiden. Dit verzoek komt namelijk in een heel laat stadium. De man doet dit verzoek op 11 december 2015, waarna de zaak verwezen is voor behandeling door de meervoudige kamer, die op 5 januari 2016 zitting heeft gehouden. In de adviesvraag van de rechtbank in het voorjaar van 2015 aan de Raad voor de Kinderbescherming, is niet gevraagd om op dit punt onderzoek te doen. De Raad heeft op dit punt dus ook geen specifiek onderzoek gedaan. Het gaat hier echter om een kindbeschermingsmaatregel, waarmee de staat diep ingrijpt op het familie- en gezinsleven van de moeder en het kind, hetgeen tot een zorgvuldige besluitvorming verplicht.

De maatstaf voor het opleggen van een ots in artikel 1:255 BW wordt door de rechtbank aldus ingekleurd dat er concrete bedreigingen voor de ontwikkeling van het kind zijn door de verstoorde verstandhouding en het gebrek aan communicatie tussen de ouders, de grote strijd over erkenning en het gezag en het feit dat de vrouw iedere vorm van contact tussen de man en het kind blokkeert. Voorts is er sprake van een bedreiging van de identiteitsontwikkeling van het kind en moet gevreesd worden dat de minder stabiele psychische situatie van de vrouw zijn weerslag zal hebben op de minderjarige. Waarop dit oordeel gebaseerd is, wordt op geen enkele wijze gemotiveerd. Of dit uitsluitend een omgangs-ots is, is niet duidelijk; de rechtbank merkt op dat gedurende de ots eventueel gewerkt kan worden aan het tot stand brengen van contact met de man.

Recent heeft de Hoge Raad (HR 16 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:295) zijn eerdere rechtspraak bevestigd dat voor het opleggen van omgangs-ots hoge motiveringseisen gelden. Hoofddregel is dat een ots *niet is uitgesloten* wanneer het ontbreken van een omgangsregeling of juist het bestaan ervan, dan wel de conflicten of problemen bij het tot stand brengen of het uitvoeren van een omgangsregeling zodanige belastende conflicten of problemen opleveren voor het kind dat deze, op zichzelf of in combinatie met andere omstandigheden, een ernstige bedreiging opleveren voor zijn zedelijke of geestelijke belangen, en andere middelen ter afwending van deze bedreiging hebben gefaald of, naar te voorzien is, zullen falen. Opmerking verdient dat deze uitspraak gebaseerd is op het oude criterium voor de ots, zoals dat tot 1 januari 2015 gold. Onder de nieuwe maatstaf van artikel 1:255 BW is het spanningsveld met een omgangs-ots nog groter.

In casu blijkt uit de uitspraak van de rechtbank niet dat in haar oordeelsvorming is betrokken of de ernstige bedreiging voor het kind kan worden afgewend door de inzet van andere, minder ingrijpende middelen dan de ondertoezichtstelling, noch blijkt daaruit dat de rechtbank heeft onderzocht of andere middelen hebben gefaald of, naar te voorzien is, zullen falen. Belangrijk is dat op geen enkele manier blijkt dat sprake is geweest van vrijwillige hulpverlening. Naar mijn idee is het opleggen van een ots hier niet aan de orde; althans de rechtbank motiveert onvoldoende waarom ingrijpen geoorloofd is, mede gelet op het feit dat niet blijkt dat er al vrijwillige hulpverlening heeft plaatsgevonden.

Waar iedere stap op zichzelf beschouwd te begrijpen is, roept de beschikking in zijn totaal grote vraagtekens op. Waar de rechter concludeert dat bij de toewijzing van het (uitgekleed) gezag het kind niet klem komt te zitten tussen de ouders, is anderzijds wel voldaan aan de grond voor een ots, juist omdat het kind door de verstoorde verhouding tussen de ouders klem komt te zitten. Bij de beslissing over de erkenning merkt de rechtbank op dat er thans geen zorgen zijn over de ontwikkeling van het kind, maar even verderop bij de ots blijkt dat er volgens de rechtbank wel degelijk sprake is van een concrete bedreiging van het kind. Ik vind dit niet met elkaar te rijmen. Ik vraag me ook af of dit nu de bedoeling van de wetgever was: gezamenlijk gezag na scheiding was oorspronkelijk bedoeld voor de ouders die goed met elkaar konden communiceren. Inmiddels is dit uitgangspunt verlaten; door de toenemende strijd over kinderen is het gezagsrecht, net als de inzet van de ots, een middel meer in de strijd; het recht juridiseert en polariseert in dit soort gevallen. De verhoudingen tussen de ouders stonden al op scherp, maar zijn er door deze zaak vanzelfsprekend niet beter op geworden. De focus ligt te veel op de rechten van de ouders en te weinig op het belang van het kind. Niet te verwachten is dat deze ouders normaal met elkaar gaan communiceren; vanuit ingegraven stellingen is het echt bijzonder moeilijk het oorlogspad te verlaten. Je zou het kind in deze zaak, en ook de ouders, een beter werkend systeem toewensen, waarbij het recht een minder grote rol speelt, en andere maatregelen, zoals goede ondersteuning, een grotere. In de literatuur zijn daar ook ideeën voor geopperd. Omdat het recht eigenlijk niet het aangewezen instrument is (althans niet op deze wijze) om dit soort complexe zaken op te lossen, ligt er een moeilijke taak bij de rechters, zoals ook deze zaak laat zien.