



# De rol van de staat in familierelaties: meer of minder?

Katharina Boele-Woelki & Susanne Burri (red.)

De wijze waarop inhoud wordt gegeven aan familierelaties is in de eerste plaats overgelaten aan de familieleden zelf. Toch heeft de overheid zich van oudsher de familie als onderwerp van regelgeving aangetrokken.

De vier bijdragen in deze bundel zijn erop gericht na te gaan hoe de relatie tussen de staat, familieleden en zorgbehoevenden eruit ziet, hoe problemen daadwerkelijk worden opgelost en hoe de regulering van familierelaties op het onderzochte terrein vorm zou kunnen krijgen. Zij hebben betrekking op ouderrelaties na scheiding, de *de facto* ongelijkheid van mannen en vrouwen met bijzondere aandacht voor de partneralimentatie, de verlofregelingen van werknemer-mantelzorgers en de meisjes- en jongensbesnijdenis.

De meeste auteurs van deze bijdragen zijn verbonden aan het Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF).

De reeks **Familie & Recht** is gericht op debat tussen theorie en praktijk op het terrein van het familierecht in brede zin. Kennisuitwisseling met andere wetenschapsgebieden, zoals de sociale wetenschappen speelt hierbij een belangrijke rol. Monografieën, proefschriften, conferentiebundels en commentaren maken deel uit van de reeks. De reeks **Familie & Recht** is onderdeel van de samenwerking van Nederlandse specialisten op het gebied van het familierecht in het kader van de **Alliantie Familie & Recht**. De uitgaven zijn bestemd voor advocaten, notarissen, rechters, wetenschappers en ambtenaren van de burgerlijke stand.

ISBN 978-94-6290-049-3



9 789462 900493

De rol van de staat in familierelaties: meer of minder?



# De rol van de staat in familierelaties: meer of minder?

Katharina Boele-Woelki & Susanne Burri (red.)

Boom Juridische uitgevers  
Den Haag  
2015

## **Redactie reeks Familie & Recht**

Prof. mr. dr. Mascha Antokolskaia, Vrije Universiteit Amsterdam

Prof. dr. Katharina Boele-Woelki, Universiteit Utrecht

Prof. mr. dr. Leon Verstappen, Rijksuniversiteit Groningen

De reeks Familie & Recht is onderdeel van de samenwerking van Nederlandse specialisten op het gebied van het familierecht in het kader van de Aliantie Familie & Recht. De Aliantie beoogt de bestudering van het nationale, internationale en vergelijkende familierecht vanuit mono- en multidisciplinaire perspectief te bevorderen. Zij maakt deel uit van het Netherlands Institute for Law and Governance (NILG).

[www.nilg.nl](http://www.nilg.nl)

Omslagontwerp: Haagsblauw, Den Haag

Opmaak binnenwerk: Klaartje Hoeberechts, Universiteit Utrecht

© 2015 Katharina Boele-Woelki & Susanne Burri | Boom Juridische uitgevers

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprerecht.nl](http://www.reprerecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978-94-6290-049-3

NUR 822

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

Auteurs en referenten ix

**Toelichting op de opzet en inhoud van de bundel 1**

*Katharina Boele-Woelki & Susanne Burri*

**Regulering van ouderschap na scheiding: Nieuw recht en nieuwe mentalité de gouvernement? 7**

*Christina G. Jeppesen de Boer & Wibo van Rossum*

1. Inleiding 7
2. *Mentalité de gouvernement* als theoretisch kader en methode 9
3. *Mentalité de gouvernement* van ouderschap na scheiding 11
  - 3.1. Zichtbaarheid 11
  - 3.2. Waarheid 14
  - 3.3. Interventies 18
  - 3.4. Mensbeeld 25
4. Analyse en conclusie 26

***De facto* ongelijkheid tussen vrouwen en mannen, arbeid en zorg, mede in relatie tot het alimentatiestelsel 33**

*Katharina Boele-Woelki, Tanja van der Lippe, Janneke Plantenga &*

1. Proloog 33
  - 1.1. Noties van gelijkheid 34
  - 1.2. Vraagstelling 36
  - 1.3. Opbouw 37
2. Trends in *de facto* ongelijkheid: de empirische context vanuit socio-economisch perspectief 37
  - 2.1. Ontwikkelingen in arbeidsdeelname van gehuwde/samenwonende en gescheiden mannen en vrouwen 38
  - 2.2. Ontwikkelingen in economische zelfstandigheid van gehuwde en gescheiden mannen en vrouwen 41
  - 2.3. Vergelijking inkomen gehuwde en gescheiden mannen en vrouwen 42
  - 2.4. Ontwikkelingen in verdeling van zorg van gehuwde en gescheiden mensen 48
  - 2.5. Samenvatting 50
3. *De jure* gelijkheid van (ex-)echtgenoten, partners en ouders 50
  - 3.1. De algehele gemeenschap van goederen 51
  - 3.2. Partneralimentatie 54
  - 3.3. Van eenhoofdige verantwoordelijkheid over het kind naar gelijkwaardig ouderschap 60
  - 3.4. Samenvatting 63

4. Synthese: <i>de facto</i> ongelijkheid versus <i>de jure</i> gelijkheid	64
5. Epiloog	66

**Zorg voor de werknemer-mantelzorger:  
Een vergelijking van verlofregelingen in het Europese, Duitse en  
Nederlandse recht** **73**

*Susanne Burri & Susanne Heeger-Hertter*

1. Inleiding	73
2. Context	76
3. Mantelzorg in het EU-recht	79
3.1. Beleidsontwikkelingen	79
3.2. Wetgeving over de combinatie van arbeid en (mantel)zorg	80
3.3. Rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU	81
4. Verlofregelingen voor mantelzorgers: vergelijking van het Duitse en Nederlandse recht	83
5. Verlofregelingen in het Duitse recht	84
5.1. Maatschappelijke context	84
5.2. Uitgangspunten van het beleid	86
5.3. Verlofregelingen	87
6. Verlofregelingen in het Nederlandse recht	104
6.1. Maatschappelijke context	104
6.2. Uitgangspunten van het beleid	106
6.3. Verlofregelingen	107
7. Vergelijking van het Duitse en het Nederlandse recht	117
7.1. Personenkring van zorgbehoevenden	117
7.2. Zorgbehoefte	118
7.3. Plaats van verzorging	119
7.4. Afdwingbaarheid van verlof	120
7.5. Duur van het verlof	121
7.6. Inkomen tijdens verlof	122
7.7. Band met de arbeidsmarkt	124
7.8. Ontslagbescherming	124
7.9. Einde verlof	125
8. Conclusies	126
8.1. Eenvoud van de regeling	128
8.2. Kosten van verlof	128
8.3. Werkgerelateerde organisatorische aspecten	129
8.4. Arbeidsparticipatie	130
8.5. Gendergelijkheid	131
8.6. Tot slot: Zorg- én arbeidsparticipatie	131



<b>Over de schouders van ouders: Een interne vergelijking van het Nederlandse overheidsbeleid ten aanzien van besnijdenis j/m</b>	<b>137</b>
<i>Marjolein van den Brink &amp; Jet Tigchelaar</i>	
1. Besnijdenis van jongens en meisjes	137
2. Vraagstelling en afbakening	138
3. Terminologie en besnijdenispraktijk	140
4. Het overheidsbeleid: wat wil de overheid en wat komt ervan terecht?	142
4.1. Jongensbesnijdenis: wat wil de minister?	143
4.2. Jongensbesnijdenis: wat doet de rechter?	144
4.3. Meisjesbesnijdenis: wat willen de regering en het parlement?	148
4.4. Meisjesbesnijdenis: wat doet de rechter?	152
4.5. Vergelijking jongens- en meisjesbesnijdenis	155
5. Hoe vanzelfsprekend is het beleid van de overheid?	157
5.1. Jongensbesnijdenis: discussie in de literatuur	158
5.2. Meisjesbesnijdenis: discussie in de literatuur	162
5.3. De discussie geanalyseerd	164
<b>Verslag van de UCERF expertmeeting ‘Familiërelaties: wat wil, wat kan, wat mag de staat’</b>	<b>169</b>
<i>Rozemarijn van Spaendonck, Wychand Kraaij &amp; Jim van Emden</i>	
1. Inleiding	169
2. Wat wil de Staat?	170
2.1. Meer verantwoordelijkheid voor burgers	170
2.2. Paradox: meer verantwoordelijkheid voor burgers én meer ingrijpen	172
2.3. De bescherming van kwetsbare groepen	172
3. Wat kan de Staat?	174
3.1. De maakbaarheid van de samenleving	174
3.2. Wetgeving	175
3.3. Rechtspraak en bestuurlijke maatregelen	176
3.4. Niet-juridische instrumenten	179
4. Wat mag de Staat?	180
4.1. Juridische grenzen	181
4.2. Wenselijkheid van overheidsingrijpen	181
5. Conclusie	182
Deelnemers Expertmeeting 2 september 2014	183



## AUTEURS

Boele-Woelki, Katharina	Hoogleraar internationaal en vergelijkend privaatrecht UCERF, Universiteit Utrecht
Brink van den, Marjolein	Universitair docent mensenrechten, gender en rechtstheorie UCERF, Universiteit Utrecht
Burri, Susanne	Universitair hoofddocent rechtstheorie UCERF, Universiteit Utrecht
Emden van, Jim	Student Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht
Heeger-Hertter, Susanne	Universitair docent sociaal recht UCERF, Universiteit Utrecht
Jeppesen De Boer, Christina	Universitair docent familierecht en rechtsvergelijking UCERF, Universiteit Utrecht
Kraaij, Wychand	Student Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht
Lippe van der, Tanja	Hoogleraar sociologie van huishoudens en arbeidsrelaties, Universiteit Utrecht
Plantenga, Janneke	Hoogleraar economie van de welvaartstaat, Universiteit Utrecht
Poortman, Anne-Rigt	Universitair hoofddocent familiesociologie, Universiteit Utrecht
Rossum van, Wibo	Universitair docent rechtssociologie Montaigne Centrum, UCERF, Universiteit Utrecht
Spaendonck van, Rozemarijn Tigchelaar, Jet	Student Legal Research Master, Universiteit Utrecht Universitair docent rechtstheorie UCERF, Universiteit Utrecht

## REFERENTEN

Coenraad, Lieke	Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het familierecht en het procesrecht, Vrije Universiteit Amsterdam
Dekkers, Wim	Medisch-ethicus afdeling IQ healthcare, Radboudumc
Gerritse, Jetty	Rechter bij de Rechtbank Midden-Nederland
Kool, Renée	Senior onderzoeker UCALL, Universiteit Utrecht
Koopmans, Ivy	Senior beleidsmedewerker bij de Sociaal-Economische Raad
Rozenendaal, Willemijn	Universitair hoofddocent arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht en bijzonder hoogleraar socialezekerheidsrecht, Vrije Universiteit Amsterdam
Schippers, Joop	Hoogleraar arbeidseconomie, Universiteit Utrecht
Vries de, Bald	Universitair docent rechtstheorie, Universiteit Utrecht



# Toelichting op de opzet en inhoud van de bundel

*Katharina Boele-Woelki & Susanne Burri*

Voor het *Utrecht Centre for European Research into Family Law* (UCERF) geldt sinds 1 februari 2013 tot 2018 een nieuw onderzoeksprogramma. Onder de titel *REGULERING VAN FAMILIERELATIES* is een inter- en multidisciplinair samengestelde groep van onderzoekers van start gegaan om in de komende jaren door middel van publicaties antwoord te geven op de volgende vraag: Welke aspecten van familierelaties dienen (dwingend) te worden gereguleerd, wanneer dient de overheid beschermende maatregelen te nemen en op welke terreinen zijn familieleden vrij hun familierelatie zelf te regelen?

## *Regulering van familierelaties*

Het UCERF onderzoeksprogramma valt in een drietal thema's uiteen:

- (1) Regulering van familierelaties: wat wil, wat kan, wat mag de staat?
- (2) Juridische arrangementen tussen familieleden.
- (3) Internationale familierelaties: regulering op internationaal en Europees niveau.

Het eerste thema (rol van de overheid) staat in relatie tot het tweede thema (partijautonomie van familieleden), terwijl in het derde onderdeel de beide genoemde thema's samen voor internationale familierelaties worden bestudeerd.

## *Doelstelling van de onderzoekers*

Het voornemen is erop gericht om voor elk van de drie thema's gedurende de looptijd van het onderzoeksprogramma een gezamenlijke bundel tot stand te brengen of gezamenlijk artikelen te schrijven, waarin wij als co-auteurs verschillende aspecten van één thema nader uitdiepen. Op deze wijze willen wij de inter- en multidisciplinaire signatuur van UCERF onder de aandacht brengen. Wij zijn er van overtuigd dat zo vraagstukken grondiger worden onderzocht. Over de opzet en de inhoud van een onderzoek raak je immers met elkaar in gesprek. Kritische vragen worden over en weer gesteld, de verschillende perspectieven en methoden worden geïntegreerd, je verlaat de vertrouwde paden, begeeft je op nieuw terrein en je leert van elkaar. Dat heeft toegevoegde waarde voor alle auteurs. Het verhoogt uiteindelijk de kwaliteit van het onderzoeksresultaat en daar is het ons om te doen.

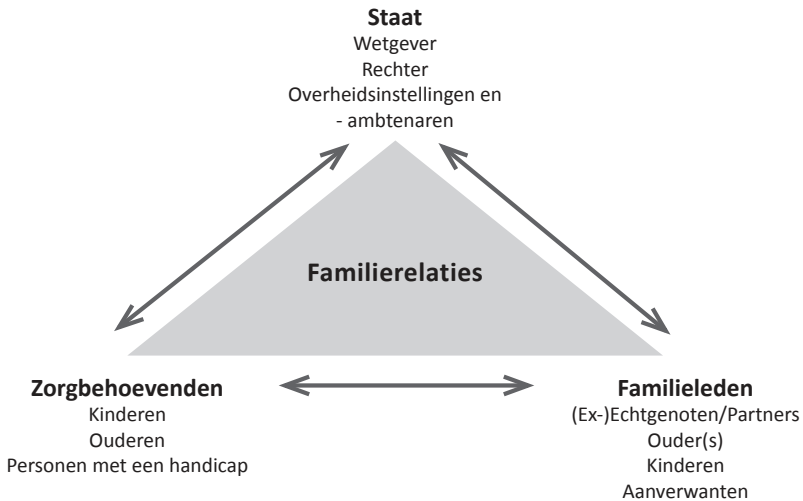
De onderhavige bundel bestrijkt enkele aspecten van de eerste deelvraag van ons programma.

*Familierelaties: publieke en private belangen*

Op welke wijze de overheid regulerend optreedt en ingrijpt in familierelaties hangt niet alleen af van publieke belangen die de overheid wenst te behartigen, maar ook van de effectiviteit van de voorhanden zijnde reguleringsvormen. De wijze waarop inhoud wordt gegeven aan familierelaties is in de eerste plaats overgelaten aan de familieleden zelf. Hoe die relaties onderhouden worden en hoe de rechten en verplichtingen die daaruit in juridische zin voortvloeien zijn ingevuld, is primair een private aangelegenheid. Toch heeft de overheid zich van oudsher de familie als onderwerp van regelgeving aangetrokken. Er is een publiek belang (zoals het belang van duidelijkheid over afstamming en dat van bescherming van kinderen) gemoeid met het regelen van familierelaties. In het familierecht komt veel dwingend recht voor, waarmee de grenzen van de private autonomie binnen familierelaties worden aangegeven. Het onderwerp regulering van familierelaties is daarom tweezijdig. Terwijl het kader door de staat wordt bepaald, is het de verantwoordelijkheid van familieleden om aan die relaties een nadere invulling te geven. Daarenboven worden familieleden in bepaalde gevallen door ingrijpen van de overheid beschermd. De staat heeft daarbij bepaalde doelstellingen en dient internationaalrechtelijke en supranationale verplichtingen na te komen die familierelaties raken. Dit geldt bijvoorbeeld voor de gelijkheid van mannen en vrouwen, de combinatie van arbeid en zorg en de toenemende informalisering van zorg. In alle gevallen moet rekening worden gehouden met het recht op bescherming van het familie- en gezinsleven.

*Wat wil, wat kan, wat mag de staat*

... als het gaat om familierelaties? De staat of de overheid omvat de wetgever (en politiek), de rechter en instellingen en personen, die het overheidsbeleid bepalen en uitvoeren. Wanneer en hoe moeten deze instituties en personen regulerend optreden? Welke aspecten van de familierechtelijke relatie moeten (dwingend) worden gereguleerd? Welke opvattingen liggen daaraan ten grondslag? Nationale regulering wordt beïnvloed door internationale (IVRK, CEDAW) en Europese (EVRM en EU) normen en waarden, maar de vraag rijst in elke mate. Bij het nemen van maatregelen ter bescherming van bijvoorbeeld kinderen, ouderen en personen met een handicap is het recht op bescherming van het familie- en gezinsleven in het geding. Welke rechten en plichten hebben ouders tegenover hun kinderen en (volwassen) kinderen tegenover hun ouders en aanverwanten als het gaat om opvoeding en zorg? Op welke terreinen en onder welke omstandigheden dient de overheid te interveniëren en waar en wanneer is sprake van te veel overheidsbemoeienis? Onderstaande driehoek geeft deze spanningen weer.



*De spanningsdriehoek geïllustreerd*

De vier bijdragen in deze bundel zien op uiteenlopende onderwerpen. Zij zijn erop gericht na te gaan hoe ten aanzien van een specifiek onderwerp de relatie tussen de staat, familieleden en zorgbehoevenden eruit ziet, hoe problemen daadwerkelijk worden opgelost en hoe *de lege ferenda* de regulering van de familierelatie op het onderzochte terrein vorm zou kunnen krijgen.

De eerste bijdrage van *Jeppesen de Boer & Van Rossum* plaatst het probleem van ouderrelaties na scheiding in het theoretische kader van de *mentalité de gouvernement* van Michel Foucault. Sinds twee decennia ziet de staat het als haar taak om volwaardig en gelijkwaardig ouderschap na scheiding te bevorderen. Dat is de nieuwe ouderschapsnorm. Ouders moeten hun verantwoordelijkheid nemen voor de opvoeding van toekomstige generaties, ook als zij zelf een mislukte relatie hebben en niet goed met hun ex-partner kunnen communiceren. De staat dwingt hen via het ouderschapsplan en met de stok van andere interventies zoals Jeugdzorg achter de hand om een goed voorbeeld te zijn voor hun kinderen. Maatschappelijke organisaties gaan ouders bijstaan en coachen om de ouderschapsnorm waar te kunnen maken. De noodzaak het kind te beschermen legitimeert de huidige overheidsbemoediging. Het kind heeft recht op beide ouders en op een stabiele opvoeding. Dat levert een spanningsveld op met het ideaal van gelijkwaardig ouderschap in combinatie met het mensbeeld dat beide ouders als zelfstandig individuen mogen kiezen voor hun eigen belangen en daar ook recht op hebben. Op verschillende niveaus reguleert, faciliteert, stuurt, coacht en pusht de staat om het ideaal te bereiken. De moderne *mentalité de gouvernement* is hier aan het werk.

De tweede bijdrage van *Boele-Woelki/Van der Lippe/Plantenga & Poortman* richt zich eveneens op het huwelijk en de (echt)scheiding en neemt de financiële gevolgen ervan onder de loep. Onderwerp is de *de facto* ongelijkheid van mannen en vrouwen in het bijzonder in relatie tot arbeid en zorg, mede in relatie tot het alimentatiestelsel. Nagegaan wordt hoe de economische zelfstandigheid van vrouwen en mannen tijdens het huwelijk en na (echt)scheiding eruit ziet. Welk instrumentarium heeft de overheid ter beschikking om een beter evenwicht tot stand te brengen ten aanzien van de economische zelfstandigheid van mannen en vrouwen en welke effecten zijn te verwachten van een eventuele wijziging van wet- en regelgeving? Deze bijdrage is een voorbeeld van multidisciplinaire samenwerking waarin het economische, sociologische en juridische perspectief met elkaar in verband wordt gebracht. Vanuit verschillende disciplines een wetenschappelijke bijdrage schrijven vereist niet alleen overleg over de werkverdeling, maar ook over de structuur, de methode van onderzoek en de wijze van presenteren. Zo bevat deze bijdrage bijvoorbeeld verwijzingen in de tekst en een literatuurlijst zoals in de sociale wetenschappen gebruikelijk is. De gezamenlijke analyse resulteert uiteindelijk in het schetsen van scenario's voor de vraag of de huidige regeling inzake partneralimentatie na (echt)scheiding gewijzigd moet worden en zo ja hoe zou nieuwe wetgeving eruit kunnen zien. Welke effecten een eventuele wijziging van het alimentatierecht teweeg zou brengen in het Nederlandse anderhalfverdienersmodel valt moeilijk te voorspellen. Bij de bespreking van het economisch en juridisch perspectief komt de vraag: wat wil, wat kan, wat mag de staat impliciet aan de orde, terwijl het sociologisch-empirisch perspectief feitelijkheden opspoort en ontwikkelingen verklaard. Geprojecteerd op de spanningsdriehoek gaat de bijdrage over de verhouding tussen de staat en (ex-)echtgenoten/partners, die gezamenlijk vooral voor kinderen zorgen.

De derde bijdrage van *Burri & Heeger-Hertter* heeft als achtergrond de spanning tussen twee beleidsdoelen: een toenemende arbeidsparticipatie van met name vrouwen én informalisering van de zorg in een context waar in de toekomst meer zorg nodig zal zijn voor bijvoorbeeld ouderen en gehandicapten. In deze bijdrage worden niet alleen beleidsdoelstellingen van de EU, de Duitse en de Nederlandse overheid geanalyseerd, maar ook wetgeving op grond waarvan werknemer-mantelzorgers verlof kunnen opnemen om arbeid en (mantel)zorg te combineren. De toenemende behoefte aan zorg in verband met de vergrijzing staat op de EU agenda, maar heeft (nog) niet geresulteerd in wetgeving over zorgverloven voor onder meer mantelzorgers. Op nationaal niveau is meer gebeurd en daarom vormt de rechtsvergelijking tussen Duitsland en Nederland de kern van de bijdrage met als doel om aanwijzingen te vinden hoe de doelstellingen via wetgeving bereikt zouden kunnen worden. De centrale vraag is welke verlofmogelijkheden de werknemer-mantelzorgers ter beschikking staan in beide rechtssystemen. De vergelijking van de Duitse verlofregelingen met die van Nederland laat zien dat er verschillen zijn onder meer wat betreft de personenkring van zorgbehoevenden, de omschrijving van de zorgbehoefte, de plaats van verzorging, de afdwingbaarheid en de duur



van verlof, het inkomen, de band met de arbeid en de ontslagbescherming. De regelingen worden geëvalueerd aan de hand van enkele criteria, zoals de eenvoud van de regeling, de verdeling van de kosten van verlof over staat, werkgever, werknemer en zorgbehoevende en werkgerelateerde organisatorische aspecten. Het faciliteren van arbeid en zorg is een belangrijke doelstelling zowel van EU-beleid als ook het overheidsbeleid in Duitsland en Nederland in het kader van het emancipatiebeleid. De vraag in hoeverre de regelingen bijdragen aan arbeids- én zorgparticipatie van zowel mannen als vrouwen en daarmee aan (meer) gendergelijkheid is niet makkelijk te beantwoorden, onder meer omdat de beschreven verlofregelingen in het Duitse recht recent zijn ingevoerd en diepgaand onderzoek over het gebruik en de effecten van deze regelingen nog ontbreekt. Duidelijk is dat het combineren van arbeid én (mantel)zorg maatwerk vereist en dat verlofregelingen slechts één van de instrumenten vormen waarmee een meer evenwichtige verdeling van arbeid en zorg tussen mannen en vrouwen gerealiseerd kan worden.

De vierde bijdrage van *Van den Brink & Tigchelaar* onderzoekt de houding van de Nederlandse overheid ten aanzien van de besnijdenis van jongens en meisjes. Meisjesbesnijdenis, in welke vorm dan ook, wordt expliciet afgekeurd. Het omgekeerde geldt voor jongensbesnijdenis, maar zowel op internationaal als op nationaal niveau neemt de kritiek op het toelaten en tolereren ervan toe. Dit doet een aantal vragen rijzen: hoe geven de verschillende onderdelen van de Nederlandse overheid (wetgever, rechter, regering, parlement) vorm aan het beleid ten aanzien van besnijdenissen van (minderjarige) kinderen? Hoe wordt dit beleid gelegitimeerd en welke kanttekeningen kunnen daarbij worden geplaatst? De beschrijving en analyse op het terrein van het strafrecht, personen- en familierecht en vreemdelingenrecht laat het spanningsveld zien waarin de overheid opereert. Zij moet een balans vinden tussen het beschermen van de opvoedingsvrijheid van ouders en de bescherming van kinderen tegen – onder meer – aantasting van hun lichamelijke integriteit. Dit overheidsbeleid wordt beïnvloed door tal van percepties, geloofsovertuigingen en waarderingen, bijvoorbeeld over de (on)gelijkheid van mannen en vrouwen in de besnijdenis praktiserende gemeenschappen. Deze worden in de allesomvattende analyse meegenomen naast de rechtswetenschappelijke literatuur die over de besnijdenis van kinderen is verschenen. De bijdrage is te beschouwen als een interne vergelijking. Beleid- en regelgeving op verschillende rechtsgebieden ten aanzien van hetzelfde fenomeen worden met elkaar gecontrasteerd. Dit levert een gevarieerd beeld op.

#### *Open peer review tijdens een expertmeeting*

De conceptversies van de vier bijdragen werden op 2 september 2014 tijdens een expertmeeting in Utrecht besproken. Na een korte presentatie door (een van) de auteur(s), gaven twee referenten (zie p. ix) per bijdrage commentaar. Het zijn experts op de terreinen die door de bijdragen worden bestreken en zij hadden vooraf de bijdragen ontvangen. Deze open peer review werd gevolgd door een

replik door de auteurs en een discussie met alle aanwezigen. Ten opzichte van een anonieme beoordeling heeft de open peer review het voordeel dat onmiddellijk kan worden gereageerd en vragen ter opheldering kunnen worden gesteld. Alle aanwezigen (zie p. 181-182) deden mee. Nadien hebben de auteurs de bijdragen deels aangepast aan de ontvangen commentaren en tenslotte gefinaliseerd. Een gezamenlijke evaluatie van de resultaten van de expertmeeting in de UCERF onderzoeksgroep ging daaraan vooraf. De expertmeeting werd bijgewoond door een drietal studenten, die een uitvoerig verslag hebben gemaakt. Dit verslag vormt de laatste bijdrage in deze bundel. Het werd eerst voorgelegd aan de auteurs, later aan alle referenten. De studenten werden door Katharina Boele-Woelki bij het maken van de opzet van het verslag begeleid. Hun inzet heeft tweeërlei voordelen. Zij werden nauw betrokken bij het onderzoek en zij verzorgden hun eerste publicatie. Het resultaat van de nauwe samenwerking binnen de UCERF onderzoeksgroep, die dankbaar gebruik heeft gemaakt van de kritische commentaren van de referenten en overige aanwezigen tijdens de expertmeeting en die plezierig heeft samengewerkt met de studenten is in deze bundel te vinden. Wat ons betreft is deze werkwijze voor herhaling vatbaar.

# Regulering van ouderschap na scheiding: Nieuw recht en nieuwe *mentalité de gouvernement*?

*Christina G. Jeppesen de Boer & Wibo van Rossum*

## 1. Inleiding

Cees van Leuven, raadsheer in de familiekamer van het gerechtshof Den Haag, werd onlangs geciteerd in het Magazine van de Rechtspraak. In het nummer werd onder andere aandacht besteed aan ‘de rechter nieuwe stijl’. Die stijl zou aan het veranderen zijn van een typisch juridische benadering van het geschil naar een methode om achter dat geschil naar de bredere context te kijken en achterliggende belangen mee te nemen, om zodoende het ‘echte conflict’ te kunnen oplossen. Van Leuven meent dat de juridische benadering in familiezaken tegenwoordig niet meer voldoet, zeker niet als kinderen zijn betrokken in een geëscaleerd conflict. Van Leuven:

Daar moeten ze uitkomen, anders zet de ellende zich voort in het leven van de kinderen. Klassieke rechters zeggen, extreem gesteld: met emoties kan ik niets, ik ben er voor het juridische oordeel. Dan gaan mensen weg met een uitspraak waar ze niets aan hebben en kun je drie nieuwe procedures verwachten. Wij gaan juist op de emoties in: wat zit er fout in uw relatie, wat doet dat met u, wilt u dat zo houden? De ervaring leert dat ouders allebei heel graag anders willen, maar niet weten hoe.<sup>1</sup>

Van Leuven is al lang voorstander van een andere aanpak van de scheidingsproblematiek.<sup>2</sup> Hij pleit ervoor om behalve aan de regulering van de relatie van beide ouders met hun kinderen na echtscheiding ook aandacht te schenken aan de emotionele kanten van (het opnieuw definiëren van) de onderlinge relaties. Deze en andere opvattingen komen voort uit de aandacht die er de laatste decennia is voor de scheidingsproblematiek. Met de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding uit 2009 werd getracht antwoorden op de gerezen problematiek te geven.<sup>3</sup> De wet wilde onder andere bevorderen dat ouders ‘gezamenlijkheid’ na scheiding zouden ontwikkelen en verplicht ouders afspraken over de kinderen te maken in een zogeheten ouderschapsplan, als voorwaarde om

---

1 *Rechtspraak Magazine*, december 2013, p. 13. Wij danken Lieke Coenraad, Bald de Vries, Katharina Boele-Woelki, Marjolein van den Brink, Susanne Burri en Evelien Verhagen voor commentaar op eerdere versies van deze bijdrage.

2 Zie bijvoorbeeld, C. Van Leuven en A. Hendriks, *Kind in bemiddeling*, eerste druk, Veenendaal: Universal Press, 2004.

3 *Stb.* 2008, 500 in werking getreden op 1 maart 2009.

te kunnen scheiden.<sup>4</sup> Vooralsnog lijkt de nieuwe wet niet de oplossing voor de scheidingsproblematiek te bieden. Dit betekent dat het reguleren en in acceptabele banen leiden van hoe ouders na een scheiding met elkaar en hun kinderen om moeten gaan, in het licht van waar kinderen in de moderne samenleving ‘recht op hebben’, voorlopig nog niet ten einde zal zijn. De staat in brede zin, dat wil zeggen alle officiële en semiofficiële instellingen en organisaties die zich bemoeien met en ingrijpen in situaties en aangelegenheden, lijkt op het gebied van familieaangelegenheden niet op de terugtocht. Hoewel de politiek spreekt over de zelfredzame burger en de participatiesamenleving, dringt de staat hier juist steeds meer door in het territorium dat lange tijd (en in sommige culturen nog steeds) tot het private domein werd gerekend. Behalve de staat achten ook vele instellingen en actoren met een ideëel/commercieel oogmerk zich geroepen om hulp te bieden aan ouders en kinderen met een scheidingsproblematiek. De aanpak van vechtscheidingen en – breder – het bevorderen van gezamenlijke verantwoordelijkheid vindt dus op verschillende niveaus plaats die elkaar versterken, maar soms misschien ook tegenwerken.

De eerste evaluatie van recente wetgeving heeft uitgewezen dat we van de effectiviteit van overheidsregulering op het gebied van familierelaties niet al te veel moeten verwachten.<sup>5</sup> Er lijkt soms ook sprake van ongewenste en onbedoelde effecten, zoals een toename van de zogenaamde vechtscheidingen. En in ieder geval is duidelijk dat de *multi-level* regulering (niet alleen met behulp van het recht, maar ook met beleidsregels, subsidies en met praktische normen en regels van allerlei organisaties) van familierelaties na scheiding een zware wissel trekt op de private ruimte van betrokkenen.<sup>6</sup> We kunnen ons de vraag stellen wat de staat en aanverwante private organisaties eigenlijk willen reguleren, en waarom? Wat is het achterliggende belang van de staat bij een gezamenlijke verantwoordelijkheid? Gaat het om een moreel appèl op de verantwoordelijkheid van ouders voor hun kinderen? Betreft het een (om)weg om latere kosten bij jeugdzorg en rechtspraak te voorkomen? Of speelt ook mee dat de staat de zorg van burgers graag overneemt, om op die manier beter zicht te krijgen op en macht over socialisatie en opvoeding van haar burgers? Van de staat als hoofd en als scheidsrechter naar de staat als verzorger en *mental coach*?

In deze bijdrage beschrijven wij de belangrijkste ontwikkelingen op dit gebied in het Nederlandse recht en de rechtspraak en bij de organisaties van de staat in brede zin. We analyseren deze ontwikkelingen in het licht van wat Michel

---

4 Zie o.a. J. Kok, ‘Gelijkwaardig ouderschap, een nieuwe norm in het scheidingsrecht’, in: M.V. Antokolskaia (red.) *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap*. Amsterdam: Uitgeverij SWP, p. 176-190.

5 M.J. ter Voert en T. Geurts, *Evaluatie Ouderschapsplan: Een eerste verkenning*, WODC, 2013.

6 En uiteraard betekent het ook een zware belasting voor Jeugdzorg en aanverwante instellingen, en voor de rechterlijke macht.

Foucault als *mentalité de gouvernement* conceptualiseerde: Waaruit bestaan de dominante collectieve denkvormen of rationaliteiten op basis waarvan men meent dat de staat als vanzelfsprekend met regulering en diverse andere technieken het gedrag van burgers in een betrekkelijk privaat domein wil, kan en mag sturen, vormgeven en corrigeren?

Hieronder gaan wij eerst kort in op het theoretisch kader van de *mentalité de gouvernement* (aan te duiden als bestuurlijke mentaliteit). In deze context plaatsen wij het probleem van ouderrelaties na scheiding. Vervolgens beschrijven wij de belangrijkste ontwikkelingen in het Nederlandse recht, inclusief de rechtspraak, die betrekking hebben op het reguleren van ouderschap na scheiding. We besteden daarbij ook kort aandacht aan de rol die meer private organisaties daarbij spelen. Tenslotte gebruiken we ons begrippenkader om deze belangrijkste ontwikkelingen te analyseren en te waarderen. We sluiten af met een conclusie en een vooruitblik.

## 2. *Mentalité de gouvernement* als theoretisch kader en methode

In diverse onderzoeken heeft Foucault termen gemunt om verschillende tijdperken te karakteriseren op onder andere de manier van disciplineren en bestraffing, de in- en uitsluitingsmechanismen die bij ziekte en gekte optreden. Hij laat zien dat in een specifieke periode de staat het belang begon in te zien van een positieve *gouverner* van haar onderdanen: ‘bestieren’ en ‘besturen’ in de zin van ‘richting geven aan, sturen, beheren, leiden’ (van een huishouden, een organisatie, maar ook een staat) komt naar ons idee het dichts in de buurt van *gouverner* en *gouvernement*. Ontwikkelingen die beginnen in de zestiende en doorlopen tot in de achttiende eeuw zijn volgens hem cruciaal voor een goed begrip van de huidige tijd. In die tijd komt het idee op dat de vorst niet slechts een recht heeft om over de dood en het leven van onderdanen te beslissen als zijn macht in gevaar is of wordt aangetast, een recht ‘als heffingsinstantie, als onttrekkingsmechanisme, als recht om zich een deel van de rijkdommen toe te eigenen, om de onderdanen producten, bezittingen, diensten, arbeid en bloed af te persen’. Daaraan wordt toegevoegd de idee dat de vorst ook de macht heeft om het leven te ‘beheren’. De machtsmechanismen in de ‘kunst van het regeren’ die daarvoor worden ontwikkeld zijn enerzijds disciplineren van het lichaam (houdingen, bewegingen, routines), anderzijds beheersing van processen onder de bevolking als geheel zoals voortplanting, geboorten, gezondheidsniveau enzovoort.<sup>7</sup> Met deze verschuiving van de macht over het leven en de dood naar een beheer, een bestieren van de bevolking en de staat, manifesteert zich wat Foucault ‘biopolitiek’ en ‘biomacht’ noemt. Talloze normen ontwikkelen zich, soms van rugdekking voorzien door het recht, die het leven van burgers continu rangschikken, reguleren, waarderen en

7 M. Foucault, *De wil tot weten, Geschiedenis van de seksualiteit*, Nijmegen: SUN, 1984, p. 134 en p. 137.

corrigeren. In feite neemt in deze periode de politieke macht het model over van hoe de vader het huishouden bestiert:

The art of government [...] is essentially concerned with answering the question of how to introduce economy – that is to say, the correct way of managing individuals, goods, and wealth within the family (which a good father is expected to do in relation to his wife, children, and servants) and of making the family prosper – how to introduce this meticulous attention of the father toward his family into the management of the state. This, I believe, is the essential issue in the establishment of the art of government – introduction of economy into political practice.<sup>8</sup>

De *art of government* betreft de vraag via welke middelen, regels en technieken de staat de bevolking ‘bestuurt’; het is de zichtbare verschijningsvorm van het bedrijven van biopolitiek. Daaronder of daarachter kunnen we op zoek gaan naar de rationaliteiten of *mentalité’s*, die begrepen kunnen worden als ‘any way of reasoning, or way of thinking about, calculating and responding to a problem, which is more or less systematic, and which might draw upon formal bodies of knowledge or expertise’.<sup>9</sup> *Mentalité’s* maken onderdeel uit van het dagelijks spraakgebruik en behoren tot de common sense noties die normaal gesproken impliciet blijven; onderzoek kan ze naar boven halen en zichtbaar maken, zodat ze kritisch kunnen worden bevraagd. De *mentalité de gouvernement* ofwel met de Engelse term *governmentality* willen wij in onze analyse met behulp van de volgende vier aspecten belichten: Zichtbaarheid, waarheid, interventies en mensbeeld. Die aspecten kunnen wel analytisch worden onderscheiden, maar de praktijken en het denken waarnaar ze verwijzen lopen in het dagelijks leven in elkaar over.

Onder **zichtbaarheid** verstaan we de manier waarop het probleem, in ons geval ouderschap na scheiding, algemene bekendheid krijgt, hoe het onder de aandacht wordt gebracht, welke *frames* daarbij worden gebruikt en welke problematisering optreedt. Wij zijn met andere woorden geïnteresseerd in hoe in de politieke en maatschappelijke discussie de sociale constructie van ouderschap na scheiding *als probleem* plaatsvindt.

Met **waarheid** willen we nagaan welke specifieke waarheid over het probleem tot het dominante discours gaat behoren, welke wetenschappelijke kennisbronnen en expertise daarbij worden aangeroepen en gebruikt, en via welke mechanismen en procedures die waarheid tot stand komt. Wij zijn met andere woorden geïnteresseerd in hoe met behulp van (voornamelijk) de sociale wetenschappen de sociale constructie van ouderschap na scheiding als een *echt* probleem plaatsvindt.

---

8 J. Faubion (Ed.), *Essential Works of Michel Foucault, 1954-1984*, London: The Penguin Press, Volume 3, 1994, p. 207.

9 M. Dean, *Power and Rule in Modern Society*, London: Sage Publications, 1999, p. 24.

Met **interventies** gaan we na welke middelen en technieken worden ingezet om het probleem van ouderschap na scheiding aan te pakken en te helpen oplossen. Dit zijn voornamelijk juridische of in ieder geval aan het recht gelieerde interventies die we via rechts- en beleidsregels en hun toepassing en beoordeling in de rechtspraak op het spoor komen.

Met **mensbeeld** tenslotte willen we achterhalen wat de gangbare manier van kijken naar en spreken over is, als het gaat om ex-partners en hoe zij met hun kinderen om (zouden moeten) gaan. Dit discours komt deels tot stand doordat het met en in het recht wordt geconstrueerd, deels doordat andere disciplines daaraan bijdragen en het verzadigen, waardoor ex-partners en anderen uiteindelijk voornamelijk alleen binnen dat discours over zichzelf en hun situatie kunnen spreken.<sup>10</sup> Voor de reconstructie van dit discours verwijzen we deels naar het materiaal dat we voor ‘zichtbaarheid’, ‘waarheid’ en ‘interventies’ hebben verzameld.

### 3. *Mentalité de gouvernement van ouderschap na scheiding*

#### 3.1. *Zichtbaarheid*

In de discussies in de jaren 90 en 00 over de mogelijkheid van scheiden zonder rechter waarbij uiteindelijk de minister tegenover een meerderheid van de Tweede Kamer kwam te staan over de vraag of een huwelijk een ‘gewoon contract’ is dan wel een bijzondere status heeft, kwam de problematische scheiding en de positie van eventuele kinderen daarin, niet aan de orde.<sup>11</sup> De discussie ging over het vergemakkelijken van echtscheiding, waarbij de overtuiging dominant was dat echtelieden zelf over de noodzaak van een scheiding zouden kunnen beslissen. De minister ging daar tegenin en benadrukte dat het huwelijk een maatschappelijk belang dient en dat aan kinderen een publiekrechtelijk belang kleeft. Vandaar de blijvendebemoeienis van het recht met het huwelijk.<sup>12</sup> De bescherming van kinderen, waartoe de overheid ook op grond van verdragen verplicht is, blijft een belangrijk punt van aandacht van de overheid, ondanks de eigen verantwoordelijkheid van ouders. Het kind moet tijdens de echtscheidingsprocedure voldoende aandacht krijgen en moet zo mogelijk worden gehoord. De gedachte is dat de overheid tot taak heeft om een zodanige procedure in te richten dat aan al deze eisen en

10 Vgl. J.M. Broekman, *Mens en mensbeeld van ons recht*, Leuven: Tjeenk Willink, 1979, p. 4-8.

11 E. Spruijt en H. Kormos, *Handboek scheiden en de kinderen, Voor de beroepskracht die met scheidingskinderen te maken heeft*. Tweede druk. 2014, Houten: Bohn Stafleu van Loghum.

12 M.V. Antokolskaia, ‘Inleiding’, in: M.V. Antokolskaia (red.) *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap*. Amsterdam: Uitgeverij SWP, p. 9.

waarborgen kan worden voldaan.<sup>13</sup> Ouderschap na echtscheiding wordt niet als problematisch gezien, maar wel potentieel problematisch – en daarom behoudt de overheid een controlerende rol met behulp van de juridische procedure.

Chin-A-Fat signaleert dat rond 2000 wel al anders tegen kinderen wordt aangekeken. Werden ze aanvankelijk vooral als slachtoffer bij een scheiding gezien, vanaf de eeuwwisseling staan veel meer hun eigen individualiteit en opvattingen voorop.<sup>14</sup> Naar hun ideeën en voorkeuren wordt ook in toenemende mate onderzoek gedaan. Ze mogen en moeten meedoen, hun mening geven, voorkeuren aangeven enzovoort. Ze worden met andere woorden deelnemer in de scheiding van hun ouders, in plaats van buitenstaander. Hun belang bij een goede scheiding groeit. Die ontwikkeling in het discours over het kind bij echtscheiding versterkt andere tendensen. Dat blijkt ook uit de eerste evaluatie van de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding. Ouders met kinderen moeten sinds 2009 een ouderschapsplan aan de rechter overleggen, als zij willen scheiden. De in dat ouderschapsplan vastgelegde afspraken zouden conflicten tussen de ouders moeten beperken en daarmee schade bij hun kinderen zo veel mogelijk voorkomen. Uit het onderzoek blijkt dat kinderen steeds meer worden betrokken bij de scheiding, dus dat de maatschappelijke norm die zich heeft vertaald in wetgeving en beleid, wordt waargemaakt. ‘Zowel advocaten als mediators merken op dat door het verplichte ouderschapsplan sommige ouders meer dan voorheen de urgentie lijken te zien om er samen uit te komen. Er is meer gesprek en een scheiding kan meer tijd in beslag nemen omdat de verplichte onderdelen van een ouderschapsplan niet meer uitgesteld kunnen worden tot na de scheiding.’<sup>15</sup>

Een van de gevolgen van de grotere nadruk op ‘dat ouders zelf verantwoordelijk zijn voor hun scheiding’ en tegelijk dat kinderen daarin tot op zekere hoogte moeten participeren, is dat het proces gemonitord en onderzocht gaat worden. Verwachtingen worden, zo blijkt uit enkele problematische gevallen en de berichten die naar aanleiding daarvan in de media verschijnen, niet ingelost. Het beeld ontstaat dat steeds meer echtscheidingen problematisch zijn en negatieve gevolgen hebben voor kinderen. Vanaf ongeveer 2008 komt daarvoor de term

---

13 Zie B. Chin-a-Fat, *Scheiden: (ter)echter zonder rechter: Een onderzoek naar de meerwaarde van scheidingsbemiddeling*, Den Haag: SDU, 2004, p. 424.

14 Zie naast B. Chin-a-Fat (vorige noot) ook C. van Nijnatten en P. Kuipers, ‘Echtscheiding en de autonomie van kinderen’ in: C. van Nijnatten, S. Sevenhuijsen (Eds.), *Dubbelleven – nieuwe perspectieven van kinderen na echtscheiding*, Amsterdam: Thela Thesis, 2001, p. 69-80.

15 M.J. ter Voert en T. Geurts, *Evaluatie Ouderschapsplan; Een eerste verkenning*. WODC, 2013, p. 8.



‘vechtscheiding’ op, die in de laatste jaren steeds vaker wordt gehanteerd.<sup>16</sup> We kunnen misschien een parallel zien in het paradoxale fenomeen dat de samenleving in de laatste decennia veiliger en gezonder wordt, zich uitend in een steeds hogere levensverwachting en in daling van de criminaliteit bijvoorbeeld, maar dat veel burgers zich tegelijk ongezonder zijn gaan voelen en dat de mate van onveiligheidsgevoelens geen gelijke tred houdt met daadwerkelijke veiligheid.<sup>17</sup> Een van de verklaringen die daarvoor wordt aangedragen, is dat de gevoeligheid voor wat er mis is in de leefomgeving, sterker wordt. Op dezelfde manier kunnen we de aandacht en bezorgdheid rond echtscheidingen duiden: de aandacht voor het probleem zorgt voor een vergrote gevoeligheid. Die gevoeligheid leidt in de meeste gevallen tot (nog) meer aandacht en tot de wens om nog beter te reguleren, eerder in te grijpen enzovoort, en dat dat ook vanzelfsprekend wordt gevonden (het probleem is immers ernstig enzovoort).<sup>18</sup> De taal is veelzeggend in samenhang met de term vechtscheiding. Het gaat om echtscheidingsproblematiek (niet om echtscheidingsituaties), kinderen die *geconfronteerd* worden met een scheiding (ze maken er kennelijk geen onderdeel van uit) en de focus ligt vooral bij de *negatieve* gevolgen van de scheiding voor kinderen.

In de media is een lichte maar veelzeggende verschuiving van *framing* van het fenomeen te zien, namelijk van scheiding en omgang als probleem naar het probleem van vechtscheidingen. De moord van de vader op zijn twee zoons in het voorjaar van 2013 waren hierbij een belangrijke katalysator. Media, politiek en wetenschap vormen op deze manier een samenklontering van opvattingen waarin de dominante rationaliteit die van meer, beter, gecoördineerder monitoren en ingrijpen is. Illustratief daarvoor is wat de Inspectie Jeugdzorg schrijft in haar rapport naar aanleiding van deze zaak: ‘De inspecties pleiten ervoor dat alle betrokken partijen – overheid, hulpverlenende instanties, de rechtspraak, advocaten en belangenverenigingen voor gescheiden ouders – in gezamenlijkheid richtlijnen ontwikkelen hoe te handelen bij een problematische scheiding waarbij minderjarige kinderen zijn betrokken. Centrale vragen daarbij zijn hoe het belang van de kinderen steeds voorop kan blijven staan en wie de belangen van deze kinderen vertegenwoordigt.’<sup>19</sup> Het lijkt erop dat ook de rechterlijke macht meegaat

16 De definitie van nieuwe fenomenen, althans de benoeming daarvan in de media, is uiteraard problematisch. Onder een problematische (echt)scheiding, ook wel vechtscheiding genoemd, verstaat de Inspectie Jeugdzorg een scheiding die gepaard gaat met hevige spanningen en conflicten tussen ouders, waardoor ouders niet meer in staat zijn om het belang van hun kinderen voorop te stellen.

17 Zie N.E. de Heer-de Lange en S.N. Kalidien (red.), *Criminaliteit en rechtshandhaving 2013; Ontwikkelingen en samenhangen*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers, 2014, p. 59, en Ulrich Beck, *Risk society: towards a new modernity*. London: Sage, 1992.

18 Zie H. Boutellier, *De veiligheidsutopie; Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers, 2006.

19 Inspectie Jeugdzorg, *Casusonderzoek Zeist; Onderzoek na het overlijden van twee kinderen*. Utrecht 2013.

in het ernstiger *framen* van de problematiek rond echtscheiding. De Telegraaf kopte op 14 augustus 2014 met ‘Rechters willen scheidingsleed verzachten.’

Familierechters zien steeds meer en steeds heftiger vechtscheidingen aan zich voorbijtrekken. De Rechtbank Noord-Nederland wil nu de procedures rond vechtscheidingen versoepelen om zo het leed, vooral voor de betrokken kinderen, te verzachten.

Dat meldt het Dagblad van het Noorden. Zo kan er bijvoorbeeld meer tijd worden uitgetrokken voor een complexe zaak, kan er maar één regierechter worden ingezet en kan ervoor worden gezorgd dat er heel vroeg in het proces een bemiddelaar klaarstaat. Rechters kunnen ook worden opgeleid om conflicten beter te kunnen inschatten.<sup>20</sup>

Ook bij de rechterlijke macht raakt de term vechtscheiding ingeburgerd in echtscheidingszaken waarbij kinderen betrokken zijn. De rechterlijke macht gaat mee in het maatschappelijk discours waarin zo vroeg mogelijk ingrijpen de norm wordt.

### 3.2. *Waarheid*

Er is vooral in de laatste decennia veel sociaalwetenschappelijk onderzoek gedaan naar echtscheiding en de gevolgen voor kinderen. Dit onderzoek geeft van het begin af aan dat een echtscheiding een verhoogd risico op diverse problemen voor het kind meebrengt. Dit kunnen gedragsproblemen zijn, emotionele problemen, moeilijkheden in aangaan van sociale relaties, kwetsbare eigen relatie- en gezinsvorming, riskante leefgewoonten en schoolproblemen.<sup>21</sup> Ondanks het feit dat scheiden steeds vaker voorkomt (één op de drie huwelijken) en dus in zekere zin ‘normaal’ wordt, en er steeds meer aandacht lijkt is voor interventies in het belang van het kind, maakt het onderzoek duidelijk dat de negatieve gevolgen aanhouden of zelfs verergeren. Dat blijkt uit recent Nederlandse evaluatieonderzoek naar het ouderschapsplan, terwijl ook Amato dat al in 2001 opmerkte:

(...) Whatever the reason for the apparent decline in the relative well-being of children with divorced parents during the last decade, this shift occurred in spite of the growth of school-based interventions for children, parenting classes for divorcing parents, and divorce mediation. This conclusion does not mean that the spread of therapeutic and legal interventions has not

---

20 [www.telegraaf.nl/binnenland/22965069/\\_\\_\\_Maak\\_leed\\_scheiding\\_zachter\\_\\_\\_html](http://www.telegraaf.nl/binnenland/22965069/___Maak_leed_scheiding_zachter___html) (laatst bezocht 19 augustus 2014).

21 Spruijt en Kormos 2014, p. 16.

benefitted children – it only means that other social forces have operated even more strongly to disadvantage children from divorced families.<sup>22</sup>

Hoewel onderzoekers redelijk consistent zijn in hun onderzoeksresultaten met betrekking tot deze negatieve gevolgen, wordt ook telkens benadrukt dat het met de meeste kinderen wel goed komt. Over de tijd heen heeft in de sociaalwetenschappelijk literatuur wel een verschuiving plaatsgevonden.<sup>23</sup> De echtscheiding zelf en het daarbij behorende potentiële ‘verlies’ van een ouder, maar ook verlies van sociale welvaart wordt niet per se op zichzelf als het probleem gezien. Waar de aandacht steeds meer naar uitgaat is dat onderzoekers menen dat de scheiding gezien moet worden als een langdurig en complex proces waarbij de problemen zich al een tijd voor de scheiding kunnen voordoen en de effecten langdurig doorwerken en afhankelijk van vele factoren kunnen zijn. Door deze verschuiving en door het toenemende ‘belang van het kind’ dat bovendien steeds sterker als beschermenswaardig wordt gezien, worden ouderlijke conflicten bij scheiding sterker *geframed* als slecht voor het welzijn van het kind. Deze conflicten doen zich dus ook voor in intacte gezinnen, lang voor een eventuele scheiding en het blijkt ook dat kinderen die een niet-conflictueuze scheiding meemaken ook negatieve gevolgen ervaren.<sup>24</sup>

### *Evaluatie ouderschapsplan*

De evaluatie van de wet voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding werd toegezegd tijdens de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer.<sup>25</sup> Doel was om na te gaan of het ouderschapsplan goed functioneert en een meerwaarde heeft. De wetgever vond het van belang om na te gaan of het ouderschapsplan tot minder conflictueuze situaties rondom scheiding heeft geleid en werkelijk in het belang van het kind is. De evaluatie van de situatie voor en na de wet is door het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum uitgevoerd en gepubliceerd in 2013. In het onderzoek, waarin wordt samengewerkt met sociale wetenschappers van de Universiteit Utrecht (Spruijt en Van der Valk), wordt gebruik gemaakt van zowel kwalitatieve als kwantitatieve onderzoeksgegevens. De evaluatie laat een gemengd beeld zien. Aan de ene kant blijkt een toename in het aantal echtscheidingen waarin afspraken tussen ouders worden gemaakt (convenant of ouderschapsplan) en een dalende trend, of in ieder geval een

22 P.R. Amato, Children of divorce in the 1990's: An update to the Amato and Keith (1991) meta-analysis, *Journal of Family Psychology*, Nr. 15, p. 355-370, p. 366. *Evaluatie Ouderschapsplan, Een Eerste Verkenning*, 2013, p. 9-11.

23 I. van der Valk, *Family Matters, Longitudinal Studies on the Associations between Family Structure, Family Process, and the Adjustment of Adolescents and Young Adults*, Amsterdam: ISED, 2004, beschrijft dit als een verschuiving van een functionele benadering tot een process benadering, p. 67-68.

24 Spruijt en Kormos 2014, p. 10 met verwijzing naar o.a.: E.M. Hetherington, J.B. Kelly, *For better or for worse*, New York: W.W. Norton & Company, 2002.

25 *Handelingen I, Voortgezet Ouderschap*, 18 november 2008, *EK* 30.145, Nr. 8, p. 422.

doorbreking van een stijgende trend, ten opzichte van het aantal procedures over kinderen (dit betreft echter niet uitsluitend echtscheidingen). Aan de andere kant blijkt dat met de invoering van het ouderschapsplan kinderen minder binding met de vader hebben ondanks eenzelfde mate van contact, dat de conflicten tussen de ouders in de periode na de scheiding minder sterk afnemen en dat er meer problemen zijn bij de kinderen (lager welbevinden en meer depressiviteit).<sup>26</sup>

De onderzoekers kunnen op basis van het verzamelde materiaal geen harde conclusies trekken. De onderzoekers suggereren dat de tegenvallende resultaten betreffende de aanhoudende conflicten en de (waarschijnlijk) hieraan gerelateerde toename in depressieve gevoelens te maken kunnen hebben met het feit dat bij deze groep kinderen de scheiding meer recent is dan voor de groep kinderen van vóór de invoering van het ouderschapsplan.<sup>27</sup> Bij controle hiervan (na de publicatie van de evaluatie) blijkt echter dat deze verklaring geen stand houdt. Als er voor de twee groepen kinderen (voor en na inwerkingtreding van de wet) wordt gekeken naar kinderen met recent gescheiden ouders blijkt dat er meer ouderlijke conflicten zijn na inwerkingtreding van de wet en dat het niet beter gaat met de kinderen. De conclusie wordt dan ook getrokken dat de wet van 2009 ‘tegen de verwachting in niet heeft geleid tot verbetering van de omstandigheden van zowel kinderen, moeders als vaders’.<sup>28</sup>

#### *Het ouderschapsonderzoek: een aanpak bij vechtscheidingen*

De evaluatie van de procesmethode ouderschapsonderzoek ofwel forensische (verplichte) bemiddeling tijdens een rechterlijke procedure, uitgevoerd in opdracht van de Raad voor de Rechtspraak, is in 2013 verschenen. De term ‘vechtscheiding’ wordt in dit onderzoek gebruikt voor de (naar schatting 10%) van scheidingen waarbij de kinderen ernstig klem komen te zitten. Een vechtscheiding gaat volgens het onderzoek gepaard met lange en complexe rechterlijke procedures.<sup>29</sup> Bij forensische bemiddeling wordt een deskundige (een gespecialiseerde mediator) aangesteld door de rechter in gezag- en omgangszaken. De strijdende ouders krijgen (alsnog) de mogelijkheid om tot een (deel)oplossing te komen. Tegelijkertijd verricht de deskundige onderzoek en rapporteert naar de rechter (als er geen overeenstemming wordt bereikt). De rechter kan de informatie gebruiken bij de beslissing. De deskundige richt zich voornamelijk op het conflict tussen de ouders door gebruik te maken van mediation- en coaching technieken gecombineerd met technieken ontleend aan de psychiatrie en psychotherapie. (Het is overigens onduidelijk of therapeutische interventie verplicht kan

26 *Evaluatie Ouderschapsplan, Een Eerste Verkenning*, 2013, p. 9-10, p. 28-30, p. 37-38, p. 76-79.

27 *Evaluatie Ouderschapsplan, Een Eerste Verkenning*, 2013, p. 11.

28 E. Spruijt en H. Kormos, p. 158-159. *Evaluatie Ouderschapsplan, Een Eerste Verkenning*, 2013, p. 77.

29 E. Kluwer, *Het Ouderschapsonderzoek: een aanpak bij vechtscheidingen*, Raad voor de Rechtspraak, 2013, p. 5.

worden opgelegd.)<sup>30</sup> Bij de evaluatie is ook empirisch onderzoek gedaan naar een aantal zaken waarin het ouderschapsonderzoek is ingesteld bij de hoven (i.v.m. pilotstudy ouderschapsonderzoek bij deze hoven) in vergelijking met een controlegroep van ouders waarbij andere middelen in de procedure zijn gebruikt, bijvoorbeeld onderzoek door de Raad van de Kinderbescherming of vrijwillige bemiddeling. De resultaten van het empirisch onderzoek zijn niet positief. De groep ouderschapsonderzoek blijkt nauwelijks succesvoller in het bereiken van overeenstemming en de relatie tussen de ouders vertoonde geen duidelijke verbetering. Ook blijkt dat de ouders die overeenstemming bereikten, daarvoor ook al een betere verstandhouding hadden. Hiertegenover staat dat de meeste rechters de mogelijkheid tot toepassing van verplicht ouderschapsonderzoek waarderen.<sup>31</sup>

Het beeld dat ontstaat op grond van deze sociaalwetenschappelijke inzichten is dat scheiding weliswaar gepaard gaat met negatieve gevolgen voor kinderen, maar dat het met de meeste kinderen goed gaat. De inzichten lijken in de richting te wijzen dat in het bijzonder conflicten tussen ouders slecht zijn voor kinderen. Deze conflicten doen zich echter niet alleen voor rond de scheiding. Het is onduidelijk in welk mate preventieve hulpverlening en andere interventies effectief zijn. Desondanks lijken de aanbevelingen wel steeds in de richting van meer monitoring, betere preventie en een planmatige aanpak van potentiële problemen te wijzen. Overigens wijzen wij erop dat de omvang van het sociaalwetenschappelijke Nederlandse onderzoek op dit gebied beperkt is.<sup>32</sup>

In het beschikbare Nederlandse onderzoek (enkele evaluatiestudies) lijkt een groter gewicht gegeven te worden aan de ‘vechtscheiding’, in tegenstelling tot eerder onderzoek waar deze term niet werd gebruikt. Een heldere definitie ontbreekt echter. Gaat het om de mate van ouderlijke conflicten of is het ook een vereiste dat er (veel) wordt geprocedeerd? Waarop is de schatting van 10% vechtscheidingen gebaseerd en is er inderdaad sprake van een stijging in de mate waarin de vechtscheiding voorkomt? Als dat het geval is, wat zijn dan de oorzaken van deze stijging? Met andere woorden: hoe heeft de verschuiving van ‘conflicteuze scheiding’ tot ‘vechtscheiding’ zich zo kunnen nestelen in het sociaalwetenschappelijke onderzoek en het politieke en publieke debat?<sup>33</sup>

30 *Het Ouderschapsonderzoek: een aanpak bij vechtscheidingen*, 2013, p. 66.

31 *Het Ouderschapsonderzoek: een aanpak bij vechtscheidingen*, 2013, p. 95-97.

32 Zie Spruijt en Komos 2014, p. 22. Het onderzoek dat in bijvoorbeeld de VS en in GB wordt gedaan, is niet zonder meer voor de situatie in Nederland relevant en we moeten daarom voorzichtig zijn met een directe vertaling en toepassing van onderzoeksresultaten elders.

33 In de literatuurstudie met sociaalwetenschappelijke inzichten van Spruijt uit 2007 komt de term ‘vechtscheiding’ niet voor terwijl het Handboek Scheiden en de Kinderen uit 2014 hier heel veel aandacht aan besteedt. E. Spruijt, *Scheidingskinderen*, Amsterdam: SWP, 2007. Spruijt en Kormos 2014.

Wij benadrukken dat deze verschuiving ook met zich meebrengt dat méér ‘conflicteuze scheidingen’ in het vizier van de politiek en media terechtkomen. Als de problematiek immers *geframed* wordt in termen van een langdurig en langlopend proces dat vaak al lang voor de scheiding een aanvang neemt, dan komen veel meer scheidingen met potentieel negatieve gevolgen in het vizier.

### 3.3. *Interventies*

#### *Regelgeving*

De regelgeving van het Nederlandse familierecht en dus ook de vraag van het gezag over de kinderen gedurende en na het huwelijk, volgde lange tijd de huwelijksmoraal die in de samenleving dominant was. Het Burgerlijk Wetboek van 1838 bepaalde dat beide ouders zowel tijdens als na het huwelijk het gezag over hun kinderen hadden en behielden. De verblijfplaats van de kinderen na echtscheiding werd door de rechtbank bepaald, waarbij uitgangspunt was dat de kinderen verbleven bij de ouder die geen schuld had aan de scheiding, tenzij dat in strijd was met het belang van het kind. Vanaf 1905 wijzigde de regeling van het gezag na het huwelijk. Eén ouder werd voogd en de andere ouder toezien voogd. Deze wijziging werd destijds door de minister als volgt beargumenteerd:

Bij de ouders berust gedurende het huwelijk het gezag over de kinderen, onder de naam van ouderlijke macht. Na de ontbinding van het huwelijk, ook door echtscheiding, treedt in plaats van ouderlijke macht voogdij, een door derden gecontroleerd gezag. *Gescheiden ouders kunnen niet gemeenschappelijk overleggen welke maatregelen zij in het belang van hun kinderen zullen nemen.* Nu de vrouw niet langer in de gelegenheid is, dagelijks haren invloed te doen gelden, is de reden vervallen, waarom de man uitsluitend met de uitoefening van de ouderlijke macht kon worden belast. Een keuze moet worden gedaan tussen de beide ouders.<sup>34</sup> [cursief CJdB & WvR]

Een bezoekrecht of omgangsregeling was niet in de wet voorzien. Dat zou maar leiden tot meer conflicten tussen ex-echtelingen en bovendien was de gedachte dat als je ging scheiden, je maar op de koop toe moest nemen dat je mogelijk je kinderen niet meer zou zien. Deze situatie veranderde met de herziening van het echtscheidingsrecht in 1971, waarmee de rechter de bevoegdheid kreeg om een omgangsregeling vast te stellen. In de praktijk bleek dit een wassen neus, omdat rechters stabiliteit en orde in het belang van het kind achtten en (gedoe over) een omgangsregeling daarmee in strijd was. Bovendien zag men het niet gebeuren dat een omgangsregeling werd afdgedwongen.

---

34 Geciteerd in Hoefnagels, *Geschiedenis van gezag en omgang in Nederland*, op [www.hoefnagelsmm.nl/artikelen/111-geschiedenis-van-gezag-en-omgang-in-nederland-en-enige-in-het-oog-springende-vergelijkingen-met-de-situatie-in-belgie.html](http://www.hoefnagelsmm.nl/artikelen/111-geschiedenis-van-gezag-en-omgang-in-nederland-en-enige-in-het-oog-springende-vergelijkingen-met-de-situatie-in-belgie.html) (laatst bezocht 18 juni 2014).

Deze moraal begon te schuiven in de jaren tachtig. Vaders en hun juristen ontdekten het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en het daarin opgenomen artikel over recht op gezinsleven. Het recht op gezamenlijke voogdij na echtscheiding werd in de rechtspraak op die rechtsgrond bevochten en toegestaan, mits de rechtbank overtuigd was van klaarblijkelijke overeenstemming daarover tussen de ex-echtelingen en het niet in de weg stond aan het belang van het kind. Louter overeenstemming tussen beide ouders was niet genoeg. De rechter moest volgens de eisen van de Hoge Raad overtuigd zijn van hun wederzijdse overeenstemming en begrip. In de praktijk werd hier soepel mee omgegaan en ook de Hoge Raad verzachtte later zijn eis.<sup>35</sup>

Voortzetting van het gezamenlijk gezag na scheiding werd wettelijk verankerd in 1995; al eerder was ook een recht op omgang vastgesteld. De moraal veranderde langzaam in de richting van de overtuiging dat ouders *gezamenlijk verantwoordelijk* zijn voor hun kinderen; voortzetting van gezamenlijk gezag werd de standaard, tenzij de kinderen klem kwamen te zitten tussen de ouders (dan kreeg in beginsel één van de ouders het gezag). Met de automatische voortzetting van het gezamenlijk gezag in 1998 waren de ouders na de scheiding in formeel gezicht gelijk gesteld. Toch werd het door velen als een ‘lege huls’ gezien, omdat de beslissing over de (hoofd)verblijfplaats van het kind in de praktijk de meeste impact had (en heeft).

Zou nog gezegd kunnen worden dat de staat tot aan dit punt als scheidsrechter optreedt, vanaf ongeveer 2000 neemt de staat een veel actievere rol in door aan (ex)ouders bepaalde normen op te leggen en op basis daarvan te interveniëren. De norm van ‘gezamenlijk ouderschap’ ofwel ‘gelijkwaardig ouderschap’ komt op. Deze houdt in dat ouders *daadwerkelijk* gezamenlijk en in gelijkwaardige mate het ouderschap moeten uitvoeren en gelijkkelijk zouden moeten bijdragen in de opvoeding van hun kinderen, zelfs als dat gedurende het huwelijk niet het geval was. De voorgeschiedenis van de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding uit 2009 bevat voor ons onderzoek belangrijke aanwijzingen voor een sterker wordende norm van gezamenlijke verantwoordelijkheid. De wet komt voort uit een debat over de mogelijkheid om tot een andere minder contentieus scheidingsproces te komen en mogelijke oplossingen voor de scheidingsproblematiek, waarbij toen voornamelijk werd gedacht aan het omgangsrecht van de niet-inwonende ouder.<sup>36</sup> In 1998 werd naar aanleiding van het rapport ‘Anders scheiden’ uit 1995 door Justitie het experiment scheidingsbemiddeling in gang gezet. De tijd is dan rijp voor de Raad voor de Kinderbescherming die een scheidings- en omgangsbemiddeling gaat gebruiken

35 C.G. Jeppesen de Boer, *Joint Parental Authority*, Antwerpen: Intersentia, 2008, p. 95-99.

36 H. Lenters, *De rol van de rechter in de echtscheidingsprocedure*, PhD 1993, Rapport van de Commissie Herziening Scheidingsprocedure, Commissie de Ruiter, *Anders Scheiden*, 1995, *Kamerstukken* 29 520 2003/2004.

voor hun advies aan de rechter in scheidingszaken.<sup>37</sup> Hoewel deelname aan bemiddeling volgens de Hoge Raad vrijwillig is,<sup>38</sup> maken steeds meer rechters gebruik van een verplichte variant hiervan, ‘forensische bemiddeling’ genoemd. Bij de forensische bemiddeling staan de relationele aspecten centraal.<sup>39</sup>

Het ouderschapsplan en het gelijkwaardige ouderschap waren in eerste instantie een onderdeel van een voorstel voor een administratieve echtscheiding van het Kamerlid Luchtenveld. Het maken van afspraken zou een voorwaarde zijn voor een administratieve echtscheiding. Het voorstel werd meerdere keren aangepast, onder andere door de mogelijkheid van een administratieve scheiding juist uit te sluiten voor echtgenoten met minderjarige kinderen. Volgens het voorstel zouden alle echtgenoten een ouderschapsplan moeten maken voordat het verzoek om echtscheiding in behandeling zou kunnen worden genomen. Het voorstel sneuvelde uiteindelijk in de Eerste Kamer. Het verplichte ouderschapsplan werd vervolgens als onderdeel opgenomen in het regeringsvoorstel dat uitmondde in de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding uit 2009. Alle scheidingen moeten nu via de rechter worden afgewikkeld, en ook ouders met een geregistreerd partnerschap dienen met overlegging van het ouderschapsplan de gang naar de rechter te maken.<sup>40</sup> De wet bevat daarnaast de verplichting voor ouders om de banden van het kind met de andere ouder te bevorderen en bevat ook de norm van gelijkwaardig ouderschap.

De wet uit 2009 lijkt geen sluitstuk te zijn voor het regelen van gezamenlijke ouderschap. Recent is de ‘vechtscheiding’ uitvoerig bediscussieerd in de Tweede Kamer. Centraal in deze discussie lijkt niet de vraag of het gezamenlijk ouderschap en het gezamenlijk zelf uitkomen voor alle ouders met kinderen de juiste norm is maar de vraag welk interventie nodig is om deze norm te verwezenlijken. Aan de orde is niet de werking van de wettelijke normen onder de scheidingspopulatie (met kinderen) als geheel, maar de werking ervan op de gestelde 80% van de ouders die er niet zelf uitkomen en in het bijzonder de ‘vechtscheiders’ (die worden geschat op 10% van de scheidende ouders). Overwogen wordt om de interventie eerder te starten met als voorstel verplichte bemiddeling vóór de gang naar de rechter, ouderschapscurssussen en een actievere rol voor de kindbescherming,

---

37 B.E.S. Chin-a-Fat en M.J. Steketee, *Bemiddeling in uitvoering. Evaluatie Experimenten Scheidings- en Omgangsbemiddeling*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut, 2001. Normen 2000, Raad voor de Kinderbescherming.

38 Hoge Raad 20 januari, *NJ* 2006, 75 en Hoge Raad 14 april 2006, *NJ* 2006, 257.

39 E. Spruijt, M. Mallens, M.M. Mos, G. Topper, R. Vugt en C. Van Leuven, *Onderzoek naar effecten van vrijwillige en forensische scheidingsbemiddeling*, *EB* 2004, p. 37-40.

40 Ongehuwde samenwoners moeten ook verplicht een ouderschapsplan maken maar er is geen toets hiervan door de rechter.



bijvoorbeeld door de centra voor Jeugd- en Gezin.<sup>41</sup> Vooral nog is dit niet in concrete voorstellen uitgewerkt, maar de discussie versterkt wel het huidige discours dat meer en eerder in het proces bemoeienis nodig en wenselijk is.<sup>42</sup>

### *Rechtspraak*

Met de automatisch voortzetting van het gezamenlijk gezag, ingevoerd in 1998, ontstond een sterk casuïstische en uiteenlopende rechtspraak betreffende de mogelijkheid tot het toekennen van eenhoofdig gezag. Onduidelijk was of en hoe de verstandhouding tussen de ouders van belang was bij het toekennen van eenhoofdig gezag. Van belang hierbij was dat het criterium ‘klem en verloren’, ontwikkeld in de rechtspraak en later gecodificeerd, gericht was op de verstandhouding tussen de betrokkenen in de toekomst, eerder dan op het scheidingsproces zelf. Een opmerkelijke tendens hierbij was dat problematische scheidingsprocedures vaak werden aangehouden.<sup>43</sup> De rechter leek soms meer in de rol van begeleider op te treden, dan op basis van vastgestelde feiten een beslissing te nemen. Die tendens is ook zichtbaar in het gebruik van de omgangsondertoezichtstelling. Het kind wordt dan onder toezicht gesteld om de omgangsregeling te begeleiden.

De norm voor gelijkwaardig ouderschap kent volgens de wetstekst alleen een uitzondering als er ‘praktische belemmeringen’ zijn.<sup>44</sup> Volgens de Hoge Raad dient het gelijkwaardig ouderschap verder niet te worden uitgelegd als een 50-50 verdeling van de tijd die het kind bij elke ouder doorbrengt. Het is een belangrijk uitgangspunt, maar in het belang van het kind kan de rechter hiervan afwijken.<sup>45</sup> Wij hebben de jurisprudentie van de gerechtshoven onderzocht waarin verwezen wordt naar bovenstaande uitspraak van de Hoge Raad inzake de gelijkwaardigheidsnorm ofwel co-ouderschap. Ook in deze jurisprudentie vinden

41 Zie ook het privé-initiatief van het LOVE-verdrag, het Lange termijn Ouderschaps Verdrag dat gepromoot wordt door P. Slingenberg-Beishuizen, o.a. in EB, Tijdschrift voor echtscheiding, 2014/43.

42 Tweede Kamer, Convocatie algemeen overleg over vechtscheidingen 14 mei 2014 en verslag hiervan op: [www.tweedekamer.nl/vergaderingen/commissievergaderingen/details/index.jsp?id=2014A01565](http://www.tweedekamer.nl/vergaderingen/commissievergaderingen/details/index.jsp?id=2014A01565). Overigens laten we hier het wetsvoorstel dat het mogelijk maakt om zonder rechter te scheiden mits het echtpaar geen minderjarige kinderen heeft, buiten beschouwing. Zie [www.rijksoverheid.nl/nieuws/2014/09/05/kabinet-maakt-scheiden-zonder-rechter-mogelijk.html](http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2014/09/05/kabinet-maakt-scheiden-zonder-rechter-mogelijk.html). Wij laten ook de effecten van bezuinigingen op de rechtshulp buiten beschouwing, maar we zien wel dat deze de norm van eerder ingrijpen en een sterker beroep op de eigen verantwoordelijkheid versterken. Met dank aan Lieke Coenraad die ons op deze ontwikkelingen heeft gewezen. Zie uitgebreider I. Giesen en L. Coenraad, ‘Kroniek van de rechtspleging; Toegang tot de rechtspleging in Nederland anno 2008’, *Nederlands Juristenblad*, 2009, p. 691 e.v., § 2.3.

43 C.G. Jeppesen de Boer, 2008, p. 37-43, p. 168-172 en p. 176.

44 De voorgeschiedenis voor deze bepaling is complex, zie verder: M.V. Antokolskaia, ‘Co-ouderschap in Nederland: Eindelijk duidelijkheid!’, *Justitiële Verkenningen*, jrg. 37, Nr. 6, 2011, p. 9-19.

45 Hoge Raad 21 mei 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BL7407.

we, net als in de rechtspraak na de wetwijziging van 1998, een sterk casuïstische rechtspraak, waarbij niet duidelijk is in welke mate de verstandhouding tussen de ouders van belang is voor de beslissing. Wat wel duidelijk is, is dat de rechtspraak belang hecht aan een goede verstandhouding en in die zin ‘meegaat’ in het maatschappelijk discours. We bespreken hieronder de vijf uitspraken in hoger beroep waarin gelijkwaardig ouderschap zelf centraal stond.<sup>46</sup>

In twee zaken wordt afgeweken van de norm betreffende het gelijkwaardig ouderschap (co-ouderschap), doordat aan één van beide ouders voorrang wordt gegeven. We zien deze twee zaken als illustratie van het belang dat wordt toegekend aan het vereiste van een redelijke onderlinge verstandhouding als voorwaarde voor het co-ouderschap. In de eerste zaak<sup>47</sup> verzoekt de vader o.a. om een wijziging in de zorgregeling naar een co-ouderschapsregeling. De zoon geboren in 2004 woont al 7 jaar bij de moeder en heeft een ruime contactregeling met de vader. Het hof verwijst de ouders naar een mediation plus traject (TOP-plan – therapeutisch ouderschapsplan) dat niet slaagt. Het hof overweegt dan dat:

Voor een goed functioneren van een co-ouderschapsregeling vereist is dat partijen onderling afspraken met elkaar kunnen maken en dat er over en weer vertrouwen tussen hen bestaat.

Volgens het hof is er in dit geval sprake van een te ‘moeizame communicatie’, die onder andere blijkt uit het feit dat de partijen driemaal hebben deelgenomen aan een niet geslaagde mediation.

In de tweede scheidingszaak<sup>48</sup> verzoekt de vader (laat in de procedure) om een co-ouderschapsregeling over twee jonge kinderen geboren in 2005 en 2008. Het hof wijst het verzoek af deels vanwege het niet goed verlopen van de communicatie tussen partijen, die volgens het hof een contra-indicatie vormt, en deels vanwege de onrust en instabiliteit die een wijziging van de dan bestaande regeling zal meebrengen.

---

46 Voor de jurisprudentie is in februari 2014 op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) gezocht op de term ‘gelijkwaardig ouderschap’. Dit genereerde in totaal 95 uitspraken. Vervolgens zijn alleen die uitspraken van de *hoven* meegenomen waarin is verwezen naar de uitspraak van de Hoge Raad van 21 mei 2010, LJN: BL7407, omdat wij veronderstellen dat uitspraken in hoger beroep impact hebben op de lagere rechtspraak. Uitspraken met betrekking op een verhuizing of (in hoofdzaak) een ander type geschil, hebben wij niet meegenomen. Dit resulteerde in de hier besproken vijf uitspraken in hoger beroep waarin gelijkwaardig ouderschap zelf centraal stond.

47 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ6280.

48 Gerechtshof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2004.

In drie andere zaken wordt wel een zorgregeling getroffen gebaseerd op de norm van co-ouderschap. In de eerste zaak<sup>49</sup> (waarin een van de raadsheren de hierboven geciteerde Cees van Leuven is) wordt gelijkwaardig ouderschap als middel ingezet om een ‘heftige crisis tussen de ouders na scheiding te boven te komen’. Het hoger beroep betreft het gezag over het minderjarige kind, de hoofdverblijfplaats en de contactregeling met de vader, de informatieplicht van de moeder en de benoeming van de deskundige (forensische mediation). Het kind in deze zaak is onder toezicht gesteld en uithuisgeplaatst. Het hof geeft de ouders twee opties; een co-ouderschapsregeling in een proefperiode of een beslissing inzake de genoemde geschilpunten. Bij de eerste optie zijn er verdere voorwaarden: dat de ouders geen contact met elkaar mogen zoeken of onderhouden, dat de aanwijzingen van de gezinsvoogd door de ouders worden opgevolgd, dat de besprekingen met de deskundigen in de proefperiode wordt opgeschort en dat geen nieuwe procedures worden gestart. De ouders kiezen voor deze eerste optie waarbij de uithuisplaatsing beëindigd wordt. De zaak wordt hierna vier maanden aangehouden.

De tweede zaak is een wijzigingszaak en betreft een kind geboren in 2004.<sup>50</sup> Bij de scheiding in 2007 is vastgesteld dat het kind bij de moeder woont en een omgangsregeling met de vader heeft. De ouders zijn zelf hiervan afgeweken en voeren een ruimere omgangsregeling uit. De vader wenst een co-ouderschapsregeling terwijl de moeder vindt dat het zwaartepunt van de opvoeding bij haar dient te liggen. Het hof ziet in deze zaak geen contra-indicatie voor het vaststellen van een co-ouderschapsregeling (een week bij moeder – een week bij vader). Gesteld wordt dat:

Het feit dat de verbale communicatie tussen partijen thans niet optimaal is, doet hieraan niet af. Gebleken is immers dat de ouders wel communiceren per email en bij de overdrachtmomenten.

De derde zaak<sup>51</sup> is opmerkelijk omdat enerzijds het gezag wordt toegekend aan één ouder (door de rechtbank aan de moeder toegekend en door het hof aan de vader) en anderzijds omdat er door het hof een co-ouderschapsregeling wordt vastgesteld (een week bij moeder – een week bij vader). Er is sprake van een zeer conflictueuze scheiding met veel geschilpunten ten opzichte van het kind, waarbij de ouders veel wantrouwen jegens elkaar hebben. De vader is eerder veroordeeld voor pedofilie en wordt door moeder beschuldigd van mishandeling. De moeder is Amerikaanse en de vader is bang dat zij niet zal terugkeren naar Nederland na een vakantie. Beide ouders worden (aldus het hof) geacht een goede band te hebben met het kind en voor een stabiele en veilige omgeving te kunnen zorgen. Het

49 Gerechtshof 's-Gravenhage 16 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0404.

50 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV6414.

51 Gerechtshof 's-Gravenhage 24 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW6566.

gezag wordt aan de vader toegekend, omdat er een risico is dat het kind klem en verloren zal raken tussen de ouders gezien de strijd tussen hen door de jaren heen. Deze strijd wordt door het hof niet als een belemmering voor het co-ouderschap gezien.

De aangehaalde uitspraken geven in ieder geval *geen* duidelijke lijn weer voor wat betreft de vraag in welke mate de verstandhouding tussen de ouders van belang is voor het vaststellen van een co-ouderschapsregeling. Voor de twee eerst genoemde uitspraken waar geen co-ouderschapsregeling is vastgesteld, wordt in de eerste uitspraak erop gewezen dat vereist is dat de ouders ‘onderling afspraken met elkaar kunnen maken en dat er over en weer vertrouwen tussen hen bestaat’, terwijl in de tweede uitspraak wordt gewezen op de niet goed lopende communicatie tussen de ouders. Hierbij speelt misschien ook het feit, hoewel dit alleen expliciet wordt genoemd in de ene uitspraak, dat het co-ouderschap wordt verzocht als een wijziging van een bestaande situatie. Als wordt gekeken naar de drie zaken waarbij het co-ouderschap wel wordt vastgesteld, dan lijkt er in één van de gevallen sprake te zijn van gematigde conflicten en een redelijke communicatie,<sup>52</sup> terwijl de twee andere zaken op het prototype van de vechtscheiding lijken. Onduidelijk is waarom in deze zaken de verstandhouding niet tot afwijzing van het co-ouderschap leidt. Is bij de betrokken raadsheren sprake van een verschil van waardering van de feiten, of van een andere waarde die aan de norm van gelijkwaardig ouderschap wordt gehecht? Wat verder interessant is in twee van de uitspraken, is dat de rechter een type ouderschap vaststelt dat in de sociaalwetenschappelijke literatuur wel beschreven is als ‘parallel ouderschap’, maar dat in Nederland een onbekend fenomeen is. Parallel ouderschap houdt een vorm van ouderschap in waarin beide ouders betrokken zijn bij de zorg voor het kind, maar nauwelijks contact met elkaar (mogen) hebben.<sup>53</sup> Dit type ouderschap lijkt in Nederland een buitenwettelijke constructie te zijn. In een van de twee uitspraken is verder sprake van een proefregeling. Dit houdt dus in dat de rechter samen met de gezinsvoogd de begeleiding ofwel ‘besturing’ van het ouderschap op zich neemt.

Het is interessant om te zien dat de hierboven beschreven interventies plaatsvinden op meer niveaus dan enkel die van wetgeving en rechtspraak. De problematische scheidingszaken komen langs Jeugdzorg (ook buiten het formele beschermingstraject), rechters en gezinsvoogden werken coöperatief in het monitoren en besturen van co-ouderschap. Daarnaast is er het bekende fenomeen van de sterke opkomst en bloei van scheidingsmediation en -coaching. In Nederland startte Peter Hoefnagels hiermee in het begin van de jaren 70. In de jaren 90 kreeg deze vorm van geschiloplossing enige bekendheid en ook succes door te experimenteren met bemiddeling. In 1990 werd de Vereniging

---

52 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV6414.

53 Spruijt en Komos 2014, p. 115.

tot Advocaat-Scheidingsbemiddelaar (vFAS) opgericht en in 1993 volgde het Nederlands Mediation Instituut. De varianten van mediation professionaliseren snel en vormen vanaf de eeuwwisseling een bloeiende praktijk. Tegelijkertijd is sprake van een enorme groei van het aantal zelfhulp handboeken voor ouders, internetgidsen en scheidingscoaches en -bureaus. Er zijn scheidingscafé's en in 2013 wordt echtscheiding met *Divorce Hotel* zelfs een deel van de *reality*-televisie. Sommigen spreken van een scheidings(bemiddelings)industrie.<sup>54</sup> Op alle niveaus wordt de dominante norm van 'samen eruit komen, verantwoordelijkheid nemen, toekomstgericht te werk gaan' bevestigd. Private ruimte wordt met de groter wordende invloed van deze norm, steeds verder ingeleverd.

### 3.4. *Mensbeeld*

Hoe wordt tegenwoordig over scheidende ouders geschreven en gedacht? Wat is het dominante beeld dat oprijst uit de media en politieke discussies, de wetenschappelijke literatuur en de rechtspraak? Overheerst het idee dat de meeste scheidende ouders 'redelijk' zijn met daarnaast een moeilijke groep die als 'uitzondering' wordt gezien (de vechtscheiders)? Het is relevant om het 'beeld van de scheidende mens' te reconstrueren, omdat het direct verbonden is met de manier waarop de scheidings- en ouderschapsproblematiek wordt 'bestuurd'. Reflectie daarop helpt ons verder in het nadenken over oplossingen.

Het mensbeeld dat oprijst in het recente boek 'Scheiden doet leiden', dat '400 jaar echtscheidingsmisère' beschrijft, verschilt als het om het beeld van mannen en vrouwen gaat in verleden en heden. Tot aan ongeveer 1900 was de dominante idee dat de vrouw door het huwelijk bescherming geboden werd tegen zedelijke ondergang en verloedering. Haar plaats in het leven was in het huishouden, ondergeschikt aan de man, kinderen barend. Het beeld van de man was dat hij pas kon trouwen als hij 'zowel financieel als moreel in staat was zijn vrouw te onderhouden'. Vanaf de tweede helft van de 19<sup>e</sup> eeuw kwam het kritische geluid van de vrouwenbeweging op. Hun eerste gevecht was om echtscheiding mogelijk te maken, zodat de vrouw zich tenminste van het juk van een onderdrukkend huwelijk kon bevrijden als er geen liefde meer was. De zuilen bleven tot aan de jaren vijftig sterk en vooral in de religieuze zuilen domineerde het beeld van de vrouw die beschermd moest worden. De idee dat mannen ongelijk (en meer, hoger) waren aan vrouwen bleef tot ver in de twintigste eeuw in stand. Pas in de jaren zestig van de twintigste eeuw begon dat te kantelen. De volgzzaamheid aan traditie verdween en individuele ontplooiing werd de norm. Dat betekende dat de vrouw niet meer per se aan het huishouden en de opvoeding van de kinderen verbonden was, maar ook een eigen leven had en zelfs tijdens het huwelijk zou kunnen werken. Voor het beeld van de man betekende dit ook een verschuiving.

54 Met de zoekterm 'scheidingsindustrie' komen vele kritische websites als resultaat naar voren.

Van hoofd van het huishouden en verantwoordelijk voor het besturen van zijn gezin, moest hij zich emanciperen tot liefdevolle echtgenoot die zich ook met de opvoeding van de kinderen bezighield. De beelden van mannen en vrouwen in hun relaties groeiden steeds meer naar elkaar toe.<sup>55</sup>

Man en vrouw worden vanaf de jaren 80 van de vorige eeuw in toenemende mate in een relatie als gelijkwaardig gezien. Inhoudelijk gezien zijn beiden ‘zelfstandige individuen’ die hun relatie als een ‘gezamenlijk project’ hebben. Rollen over wie welk deel van het inkomen verzorgt en wie de opvoeding van de kinderen op zich neemt, zijn voor een groot deel onderhandelbaar en men stemt vrijwillig met de uitkomst daarvan in.<sup>56</sup> Als de onderhandelingen niet tot consensus leiden, is het logisch dat er spanningen ontstaan en de relatie mogelijk stukloopt. Dit alles heeft consequenties voor hoe tegenwoordig man en vrouw gezien worden als ze uit elkaar gaan. Men verwacht nu dat beiden voor hun eigen belangen opkomen. Men heeft niet alleen recht op geld en op een goede woning, maar ook op het opvoeden van de kinderen en het opbouwen van een nieuw eigen leven.

#### **4. Analyse en conclusie**

‘Wat kan, mag en wil de staat’ is in onze bijdrage getransformeerd tot ‘waaruit bestaan de dominante collectieve denkvormen of rationaliteiten op basis waarvan ‘men’ meent dat de staat als vanzelfsprekend met regulering en diverse andere technieken het gedrag van burgers in een betrekkelijk privaats domein wil, kan en mag sturen, vormgeven en corrigeren?’ In het discours zou ook het antwoord op de vraag gevonden moeten worden waar de staat zijn legitimiteit op dit punt op baseert.

Welk inzicht levert het op als we weten waaruit de dominante collectieve denkvormen of rationaliteiten bestaan? Ten eerste menen wij dat we door het nemen van enige afstand tot het huidige debat, beter kunnen overzien wat de richting ervan is. We kunnen daardoor ook beter nadenken over de vraag of dat een wenselijke richting is. Door de nadruk te leggen, zoals wij hebben gedaan, op de vraag hoe het probleem van ouderschap na scheiding wordt geconstrueerd, kunnen we ook die constructie relativeren. Niet dat problemen daarmee de wereld uit zijn, maar wel kunnen we zien dat ‘het probleem’ bestaat uit een samenstelling van verschillende onderdelen die elkaar op dit moment versterken. Dat haalt wellicht de angel uit het debat. Dat maakt het ook mogelijk om kritisch te reflecteren op de normen en praktijken waarmee in de huidige tijd ouderschap na scheiding

---

55 P. Brood en M. de Wolde, *Scheiden doet lijden, 400 jaar echtscheidingsmisère*, Amsterdam: Uitgeverij Balans, 2014, p. 55-56, p. 83.

56 Illustratief is C. Brinkgreve, *Huismensen; Essays en columns over vrouwen, mannen en kinderen*, Amsterdam: Meulenhof, 1999.

wordt gereguleerd en bestuurd, met andere woorden het maakt bewust van de vanzelfsprekende *mentalité de gouvernement* van ouderschap na scheiding.

Onzes inziens maakt vooral de verschuiving van het mensbeeld de onderliggende rationaliteit van de huidige aanpak duidelijk. We zien door het contrast met vroeger het huidige mensbeeld naar voren komen van mannen en vrouwen die in gelijke mate recht hebben op hun eigen leven en keuzes maken na onderhandelingen waarin zij het beste voor zichzelf eruit trachten te halen. We zien dat terug in politieke en maatschappelijke discussies, in de praktijken rond scheiding en ouderschap, en deels ook in de rechtspraak. Dit mensbeeld roept als vanzelf negatieve kanten of gevolgen op. Het hebben van gelijke rechten betekent immers dat elk 'item' van de voormalige relatie, na scheiding op gelijke (gelijkwaardige) wijze verdeeld moet worden, dan wel dat overeenstemming daarover wordt bereikt na onderhandelingen. Er zijn steeds minder automatismen, standaarden en rollen waarop men kan varen ('de vrouw het huis en de kinderen, de man betaalt alimentatie') en dat zorgt ervoor dat over alle zaken bewuste, beredeneerde keuzen moeten worden gemaakt, waarbij het vanzelf spreekt dat elk van beide partners vooral de eigen belangen behartigt. De norm van gelijkwaardig ouderschap in een 'zorgvuldige echtscheiding' zoals die in de politieke discussies naar voren komt, is illustratief voor dit mensbeeld van het rationele, autonoom beslissende en tot op zekere hoogte egoïstische individu. In de politiek wordt echter als gevolg hiervan gesignaleerd dat eventuele kinderen daarin het onderspit kunnen delven. Het gegeven dat de staat zich het lot aantrekt (en wel moet trekken) van het kind in de scheiding, hangt dus direct samen met het individualistische en egoïstische mensbeeld – in samenhang met het verminderen van het onderscheid tussen mannen en vrouwenrollen – dat vanaf de jaren zeventig tot ontwikkeling is gekomen.

We moeten in de ontwikkeling van de norm van gelijkwaardig ouderschap bovendien een belangrijk onderscheid toevoegen, namelijk tussen het ideële aspect van de norm van zelfstandig en egoïstisch individu dat gelijkwaardig aan anderen is, en het sociale aspect van die norm. Deze toevoeging versterkt het huidige spanningsveld en draagt naar ons idee bij aan de neiging om meer en eerder in te grijpen. Het ideële geeft het nastrevenswaardige aspect aan: 'We zouden eigenlijk allemaal moeten streven naar gelijkwaardig ouderschap'. Het sociale aspect geeft weer hoe de norm er in de dagelijkse praktijk uitziet, en daar zien we nog steeds ongelijkheid in de mate waarin mannen en vrouwen daadwerkelijk voor de opvoeding van de kinderen zorgen, waarin vrouwen vaker in deeltijd werken en meer taken in het huishouden hebben. De mannen en vrouwen die tijdens hun relatie niet aan het *ideaal* van de norm hebben voldaan en daar in de *sociale praktijk* van hun relatie tevreden mee waren, worden nu steeds vaker en in sterkere mate de norm van gelijkwaardig ouderschap voorgehouden, die zij na hun scheiding als het ware vanzelfsprekend geacht worden te onderschrijven.

Ze worden daarbij bijgestaan door scheidingscoaches en -bemiddelaars, die hen voorhouden en eventueel leren wat hun rechten en belangen zijn.

De divergentie van beide aspecten van de norm zien we terug in het discours, waarin enerzijds de politiek en tot op grote hoogte ook de media en de ‘echtscheidingsindustrie’ het ideaal van de norm van gelijkwaardig ouderschap uitdraagt, terwijl de rechtspraak door de ad hoc aanpak daarnaast ook oog lijkt te hebben voor de feitelijke aspecten van de norm. De rechtspraak gaat naar ons idee dus deels mee in de ideologische trend van gelijkwaardig ouderschap en de voorwaarden waaronder dat mogelijk is, maar dempt in de praktijk ook de al te hoge eisen aan de redelijkheid van de scheidende partner door in rechtszaken kennelijk voor een pragmatische ad hoc beslissing te kiezen. Zoals we hebben gezien, gaat echter ook een deel van de rechtspraak mee in de richting van steeds vroegere interventies. Bovendien moeten we ons realiseren dat de rechtspraak slechts het topje van de ijsberg ziet, het *eind*traject van problematische scheidingen. Het dominante discours en zijn invloed laat zich vooral in het *voort*traject gelden. Daar wordt de dominante norm van gelijkwaardig ouderschap tot gelding gebracht.

De *mentalité* achter de nieuwe ouderschapsnormen vanaf midden jaren 90 van de vorige eeuw is dat de staat het als haar taak is gaan zien om volwaardig en gelijkwaardig ouderschap na scheiding te bevorderen. Ouders moeten hun verantwoordelijkheid nemen voor de opvoeding van toekomstige generaties, ook als zij zelf een mislukt huwelijk hebben en niet goed met hun ex-partner om kunnen gaan. De staat dwingt hen op disciplinerende manier – via plannen die ouders moeten opstellen en met de stok van andere interventies zoals Jeugdzorg achter de hand – om een goed voorbeeld te zijn voor hun kinderen. Maatschappelijke organisaties spelen in op dit veranderend discours en gaan ouders bijstaan en coachen om de normen waar te kunnen maken. Op verschillende levels reguleert, faciliteert, stuurt, coacht en pusht de staat. Hier zien wij de moderne *mentalité de gouvernement* aan het werk.

De legitimiteit van de huidige regulering van ouderschap na scheiding wordt naar ons idee vooral ontleend aan de waarde van bescherming van zwakkeren.<sup>57</sup> Het kind wordt als beschermingswaardig gezien en als rechthebbende op beide ouders en een stabiele opvoeding naar zelfstandigheid en goed functioneren in de samenleving. Dat levert een spanningsveld op met het ideële aspect van de norm van gelijkwaardig ouderschap in combinatie met het mensbeeld dat zowel man als vrouw als zelfstandig individu mogen kiezen voor hun eigen belangen en daar ook recht op hebben. De huidige praktijk van regulering van ouderschap

---

57 Zie voor een recent onderzoek naar de oprukkende voorzorgnorm het proefschrift van W.J. Kortleven, *Voorzorg in Nederland. Ontwikkelingen in de maatschappelijke omgang met kindermishandeling, verkeersonveiligheid en genetische modificatie*. Oosterwijk: Wolf Legal Publishers, 2013.



door de staat reageert op dit spanningsveld door te vragen om meer en steeds vroegere regulering, ingrijpen en monitoring. Als we een onderscheid maken in drie typen scheidingen en die in het licht van het huidige discours bezien, dan wordt duidelijk wat hiervan het gevolg is. Als we aan het ene uiteinde van een schaal de ‘consensus ouders’ plaatsen die de gevolgen van hun scheiding voor hun kinderen goed willen regelen en daar zelf redelijk goed uitkomen, en aan het andere uiteinde de ‘vechtscheidingsouders’ die hun relationele problemen blijven uitvechten en er samen niet uitkomen, dan komen wij tot de conclusie dat de ouders die daar tussenin zitten (die (nog) niet in staat zijn om met elkaar te overleggen of bij wie het overleg moeizaam verloopt) door het huidige discours binnen het domein en de aanpak van de ‘vechtscheiders’ worden getrokken. Meer ouders, meer ‘potentieel problematische relaties’ worden gemonitord. Het private domein van familierelaties raakt door de disciplinerende rol van de staat op deze manier steeds meer terrein kwijt, terwijl de positieve effecten ervan zich nog niet hebben laten zien. Dat vraagt om een pas op de plaats en een maatschappelijke reflectie op de huidige aannames en vanzelfsprekendheden.

## BIBLIOGRAFIE

Amato 2001

P.R. Amato, 'Children of divorce in the 1990's: An update to the Amato and Keith (1991) meta-analysis', *Journal of Family Psychology* 2001, afl. 15, p. 355-370.

Amato 2010

P.R. Amato, 'Research on Divorce: Continuing Trends and New Developments', *Journal of Marriage and Family* 2010, afl. 72, p. 650-666.

Antokolskaia 2006

M.V. Antokolskaia, 'Inleiding', in: M.V. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap*, Amsterdam: Uitgeverij SWP 2006.

Antokolskaia 2011

M.V. Antokolskaia, 'Co-ouderschap in Nederland: Eindelijk duidelijkheid!', *Justitiële Verkenningen* 2011, afl. 6, p. 9-19.

Beck 1992

U. Beck, *Risk society: towards a new modernity*, London: Sage 1992.

Boutellier 2006

H. Boutellier, *De veiligheidsutopie; Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2006.

Brinkgreve 1999

C. Brinkgreve, *Huismensen; Essays en columns over vrouwen, mannen en kinderen*, Amsterdam: Meulenhoff 1999.

Broekman 1979

J.M. Broekman, *Mens en mensbeeld van ons recht*, Leuven: Tjeenk Willink 1979.

Brood & de Wolde 2014

P. Brood en M. de Wolde, *Scheiden doet lijden, 400 jaar echtscheidingsmisère*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2014.

Chin-a-Fat 2004

B.E.S. Chin-a-Fat, *Scheiden: (ter)echter zonder rechter; Een onderzoek naar de meerwaarde van scheidingsbemiddeling*, Den Haag: SDU 2004.

Chin-a-Fat & Steketee 2001

B.E.S. Chin-a-Fat en M.J. Steketee, *Bemiddeling in uitvoering. Evaluatie Experimenten Scheidings- en Omgangsbemiddeling*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 2001.

Dean 1999

M. Dean, *Power and Rule in Modern Society*, London: Sage Publications 1999.

Faubion 1994

J. Faubion (red.), *Essential Works of Michel Foucault, 1954-1984*, London: The Penguin Press 1994.

Foucault 1984

M. Foucault, *De wil tot weten, Geschiedenis van de seksualiteit*, Nijmegen: SUN 1984.

Giesen en Coenraad 2009

Giesen en L. Coenraad, 'Kroniek van de rechtspleging: Toegang tot de rechtspleging in Nederland anno 2008', *Nederlands Juristenblad* 2009.

De Heer-de Lange & Kalidien 2014

N.E. de Heer-de Lange en S.N. Kalidien (red.), *Criminaliteit en rechtshandhaving 2013; Ontwikkelingen en samenhangen*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2014.

Hetherington & Kelly 2002

E.M. Hetherington en J.B. Kelly, *For better or for worse*, New York: W.W. Norton & Company 2002.

Jeppesen de Boer 2008

C.G. Jeppesen de Boer, *Joint Parental Authority*, Antwerpen: Intersentia 2008.

Kluwer 2013

E.S. Kluwer, *Het Ouderschapsonderzoek: een aanpak bij vechtscheidingen*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2013.

Kok 2006

Kok, 'Gelijkwaardig ouderschap, een nieuwe norm in het scheidingsrecht', in: M.V. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap*, Amsterdam: Uitgeverij SWP 2006.

Kortleven 2013

W.J. Kortleven, *Voorzorg in Nederland. Ontwikkelingen in de maatschappelijke omgang met kindermishandeling, verkeersonveiligheid en genetische modificatie*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

Lenters 1993

H. Lenters, *De rol van de rechter in de echtscheidingsprocedure* (diss. Universiteit Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993.

Van Leuven & Hendriks 2004

C. Van Leuven en A. Hendriks, *Kind in bemiddeling*, Veenendaal: Universal Press 2004.

Van Nijnatten & Kuipers

C. van Nijnatten en P. Kuipers, 'Echtscheiding en de autonomie van kinderen', in: C. van Nijnatten en S. Sevenhuijsen (red.), *Dubbelleven – nieuwe perspectieven van kinderen na echtscheiding*, Amsterdam: Thela Thesis 2001, p. 69-80.

Spruijt et al. 2004

E. Spruijt et al., 'Onderzoek naar effecten van vrijwillige en forensische scheidingsbemiddeling', *EB* 2004, p. 37-40.

Spruijt 2007

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

Spruijt & Kormos 2014

E. Spruijt en H. Kormos, *Handboek scheiden en de kinderen, Voor de beroepskracht die met scheidingskinderen te maken heeft*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2014.

Van der Valk 2004

I. van der Valk, *Family Matters, Longitudinal Studies on the Associations between Family Structure, Family Process, and the Adjustment of Adolescents and Young Adults*, Amsterdam: ISED 2004.

Ter Voert & Geurts 2013

M.J. ter Voert en T. Geurts, *Evaluatie Ouderschapsplan, Een eerste verkenning*, WODC, 2013.

# ***De facto* ongelijkheid tussen vrouwen en mannen, arbeid en zorg, mede in relatie tot het alimentatiestelsel<sup>1</sup>**

*Katharina Boele-Woelki, Tanja van der Lippe, Janneke Plantenga & Anne-Rigt Poortman*

## **1. Proloog**

Er is veel geschreven over de (on) gelijkheid tussen mannen en vrouwen. De Emancipatiemonitor van SCP/CBS (2012) geeft een goed beeld van de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen wanneer het gaat om (bijvoorbeeld) de verdeling tussen betaalde en onbetaalde arbeid en het percentage vrouwen dat economisch zelfstandig is. De Emancipatiemonitor richt zich daarbij vooral op de relevante trends op het terrein van arbeid, zorg en politiek. Er is minder nadruk op de beleidsmatige vertaling van de geconstateerde verschillen. Dat is ook begrijpelijk, gegeven het feit dat over de trends veel minder discussie bestaat dan over de noodzaak van beleid. Om een voorbeeld te geven: zijn de verschillen in arbeidsparticipatie van mannen en vrouwen nu het resultaat van verschillende preferenties van mannen en vrouwen, bijvoorbeeld met betrekking tot onbetaalde zorg, of zijn deze verschillen een gevolg van ongelijke kansen en mogelijkheden die door juridisch en sociaaleconomisch beleid (gedeeltelijk) kunnen worden rechtgezet? Wat andere woorden: hoe moeten we deze *de facto* ongelijkheid duiden?

Dat hierover in Nederland discussie bestaat, bleek ook in het voorjaar van 2013 bij het aanbieden van de Hoofdlijnenbrief over het Emancipatiebeleid van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: OCW) van 10 mei 2013 (Tweede Kamer 30 420). In de maatschappelijke discussie die volgde op uitspraken van minister Bussemaker, werd emancipatie deels gelijkgesteld aan keuzevrijheid; het *de facto* verschil is dan simpelweg het resultaat van een verschil in preferenties. Anderen wezen er op dat met name vrouwen worden aangesproken op het belang van onbetaalde zorgarbeid en dat een simpele verwijzing naar keuzevrijheid niet recht doet aan een ingewikkelde maatschappelijke werkelijkheid.

Het duiden van de *de facto* ongelijkheid is ook relevant omdat het feitelijke (arbeidsmarkt)gedrag van mannen en vrouwen onbedoelde gevolgen kan hebben. Met name wanneer het huwelijk niet stand houdt, kan het (gedeeltelijk) opgeven van de economische zelfstandigheid tijdens het huwelijk of geregistreerd

---

1 Deze bijdrage is gebaseerd op een *position paper* die in opdracht van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap werd geschreven en in januari 2014 gereed kwam. Medewerking werd verleend door Dr. Merel Jonker (UU) en Dr. Naomi Spalter (VU).

partnerschap, voor de vrouw leiden tot financiële afhankelijkheid van de ex-partner en onder omstandigheden tot armoede en bijstandsafhankelijkheid. Voor de man kan deze keuze, afhankelijk van zijn draagkracht, leiden tot langdurige financiële verplichtingen in de vorm van partneralimentatie. Bij de keuze voor een traditionele taakverdeling lijken mannen en vrouwen zich van deze consequenties niet altijd bewust.

Tegen deze achtergrond heeft het ministerie van OCW de opdracht gegeven voor een *position paper* over de *de facto* ongelijkheid tussen mannen en vrouwen ten aanzien van arbeid en zorg, mede in relatie tot het alimentatierecht. Hierbij gaat het primair om een presentatie van de feiten. Hoe staat het met de ongelijke verdeling van arbeid en zorg en wat is de stand van zaken met betrekking tot het alimentatie recht? Tegelijkertijd is het voor de duiding van de feiten en de trends belangrijk om kennis te nemen van de verschillende noties van gelijkheid.

### **1.1. Noties van gelijkheid**

Gelijkheid kan worden geïnterpreteerd als de aanwezigheid van gelijke kansen c.q. startposities. Mannen en vrouwen zouden op gelijke wijze gebruik moeten kunnen maken van hun kennis en kunde. Dit impliceert bijvoorbeeld dat jongens en meisjes gelijke kansen moeten hebben in het onderwijs en dat alle beroepen ook voor meisjes en jongens openstaan. Als hierin is voorzien, dan zijn eventuele verschillen in het feitelijke arbeidsproces een resultaat van een verschil in preferenties en het daarop volgend keuzeproces. Sociaaleconomische ongelijkheid, bijvoorbeeld in de verdeling van arbeid en zorg, staat in deze interpretatie dus niet haaks op *de jure* gelijkheid. Anderen gaat een dergelijk gelijkheidsbegrip niet ver genoeg en zij pleiten voor een meer ambitieuze invulling in de vorm van materiële gelijkheid. Echte gelijkheid zou niet alleen verwijzen naar gelijke startposities in bijvoorbeeld het onderwijs, maar zou zich moeten materialiseren in een gelijke verdeling van macht, inkomen, arbeid en aanzien. Sociaaleconomische ongelijkheid is hier dus een indicatie dat van werkelijke gelijkheid nog geen sprake is (zie voor een overzicht Lewis 2001; Lewis en Giullari 2005).

Ook in emancipatiekringen bestaan verschillende visies op gelijkheid. Aan de ene kant wordt ingezet op een gelijke verdeling van macht, inkomen en arbeid binnen de bestaande sociaal economische orde. Aan de andere kant wordt gewezen op het maatschappijkritische element binnen de emancipatiebeweging; gelijkheid kan in deze visie niet (alleen) betekenen dat vrouwen de mogelijkheid moeten krijgen om de traditionele rol van mannen te kiezen. Het zou veeleer moeten gaan om een gelijke waardering van die activiteiten die traditioneel door vrouwen worden gedaan. Dit debat over ‘sameness’ (waarin de huidige rol van mannen als voorbeeld geldt) en ‘difference’ (waarin de verschillende rol van vrouwen wordt opgewaardeerd) dateert al uit de 19<sup>e</sup> eeuw maar heeft nog steeds grote invloed op

de wijze waarop bestaande ongelijkheid wordt geïnterpreteerd (Plantenga et al. 2009).

Een interessante poging om deze tegenstelling te overbruggen is afkomstig van Nancy Fraser (1997). Fraser wijst erop dat het ‘sameness’ debat vooral dominant is in de Verenigde Staten, terwijl Europa (bijvoorbeeld via kostwinnersfaciliteiten) traditioneel inzet op ‘difference’ invulling van gelijkheid. Fraser stelt daar een derde model tegenover, dat een combinatie impliceert van gelijkheid, verschil en transformatie: ‘The trick is to imagine a social world in which citizens’ lives integrate wage earning, care giving, community activism, political participation and involvement in the associational life of civil society – while also leaving time for some fun’.

Het model van Fraser is niet direct te vertalen in allerlei beleidsmatige receptuur, maar het maakt wel duidelijk dat gelijkheid ook verwijst naar de rol van mannen. Het ‘transformationele’ element van haar gelijkheidsopvatting is dat iederéén verantwoordelijk is voor betaalde arbeid, zorg, maatschappelijke en politieke betrokkenheid en dat deze functies niet langer zijn verkaveld over mannen en vrouwen. Meer in het algemeen kan worden opgemerkt dat het kritische element in het gelijkheidsdebat vooral de visie op zorg c.q. onbetaalde arbeid betreft. In een simpel rechtlijnig gelijkheidsdenken wordt deze zorg uitbesteed via persoonlijke diensten dan wel van secundair belang geacht. Daar stelt de verschilbenadering tegenover dat uitbesteden van onbetaalde arbeid niet wenselijk en ook veelal onmogelijk is. Zorg is immers niet alleen een bepaald takenpakket. Het gaat ook om aandacht, persoonlijke betrokkenheid en fysieke aanwezigheid. De transformationele benadering stelt daar dan vervolgens tegenover dat dit weliswaar een terechte constatering is, maar dat aandacht en het tonen van betrokkenheid niet het alleenrecht is van vrouwen. In een rijke, volwaardige samenleving zou dit de verantwoordelijkheid moeten zijn van alle burgers (Fraser 1997).

In deze bijdrage zal de feitelijke taakverdeling van arbeid en zorg en de relatie met het alimentatierecht worden beschreven tegen de achtergrond van de verschillende noties van gelijkheid. Een belangrijke trend van de afgelopen jaren is dat de taakverdeling tijdens het huwelijk (of partnerschap) minder scherp is geworden; veel gehuwde dan wel samenwonende vrouwen participeren meer buitenshuis en zijn minder voltijds huisvrouw. Desalniettemin betekent het huwelijk, en dan met name het krijgen van kinderen, voor veel vrouwen dat het aantal uren betaalde arbeid wordt verminderd. Voor vrouwen is er dus sprake van een kindgerelateerde vermindering van de verdien capaciteit. Omdat kinderen behalve tijd ook geld kosten, zien we bij mannen de omgekeerde beweging: hier is veelal sprake van een kindgerelateerde toename van de verdien capaciteit. Een dergelijke (tijdelijke) vorm van specialisatie is op zich goed verdedigbaar, gegeven de veranderde gezinssamenstelling. Zorgelijker wordt het wanneer deze specialisatie zich over een lange periode voortzet en wanneer het huwelijk uiteindelijk niet stand houdt.

In dat geval wordt vooral de vrouw geconfronteerd met de negatieve consequenties van de gezamenlijke keuze in termen van inkomen- en bestaanszekerheid.

Vanuit een simpel, rechtlijnig gelijkheidsperspectief (het denken in termen van ‘sameness’) noopt deze situatie niet direct tot aanvullende wet- en regelgeving. Immers in een situatie van *de jure* gelijkheid is de feitelijke arbeidsverdeling vooral het resultaat van persoonlijke beslissingen van de partners en datzelfde geldt voor de beslissing tot scheiding. De financiële consequenties zijn dan ook voor rekening van de partners, met die kanttekening dat er natuurlijk wel onderling afspraken kunnen worden gemaakt met betrekking tot de financiële afhandeling en de verdeling van het vermogen. In de praktijk wordt de afhankelijke partner althans gedeeltelijk beschermd in die zin dat gescheiden vrouwen een beroep kunnen doen op een bijstandsuitkering, dan wel financieel worden ondersteund middels een alimentatie-uitkering. Helemaal zonder discussie is deze situatie echter niet. Zo kent Nederland een lang debat over de vraag of gescheiden moeders nu primair kostwinners zijn die alleen wat extra steun nodig hebben voor hun zorgtaken (een visie die sterk is geënt op de gelijkheidsbenadering), of veeleer moeten worden beschouwd als voltijds zorgenden die extra ondersteuning nodig hebben in de financiële sfeer (een visie geënt op de verschilbenadering) (Bussemaker et al. 1997). Het beantwoorden van deze vraag bepaalt mede de vormgeving van de alimentatieregeling, bijvoorbeeld wanneer het gaat om de toegang en de duur van de regeling.

## **1.2. Vraagstelling**

Tegen deze achtergrond is het doel van deze bijdrage om een drietal probleemvelden vanuit een multidisciplinair perspectief te onderzoeken en van mogelijke antwoorden te voorzien:

1. De oorzaken van de *de facto* ongelijkheid tussen mannen en vrouwen. De zorg- en arbeidsverdeling (wie zorgt er voor de kinderen en wie voor het inkomen) staat centraal. Welke economische, maatschappelijke, culturele en juridische redenen en oorzaken bepalen deze verdeling?
2. De huidige maatschappelijke realiteit laat gemiddeld bij vrouwen een kind-gerelateerde (relatieve) vermindering van de verdien capaciteit zien en bij mannen een kind-gerelateerde (relatieve) vermeerdering. In hoeverre is hierin een convergentie te verwachten?
3. De vraag hoe het systeem van partneralimentatie aansluit op de maatschappelijke realiteit (zie vraag 1). Welke prikkel gaat uit van het systeem van partneralimentatie met betrekking tot de zorg- en arbeidsverdeling?



### 1.3. Opbouw

Deze bijdrage is als volgt gestructureerd.

Paragraaf 2 geeft een beeld van de *de facto* ongelijkheid van mannen en vrouwen op een aantal dimensies, namelijk arbeidsparticipatie, economische zelfstandigheid, inkomen en de verdeling van zorg. Waar mogelijk wordt ingegaan op veranderingen hierin over de tijd. Gegeven de nadruk op de gezinsgerelateerde patronen, wordt ook nadrukkelijk de ongelijkheid tijdens en na het huwelijk geanalyseerd. Bij de situatie na scheiding wordt tevens nagegaan hoe vaak alimentatie wordt betaald en hoe hoog de alimentatiebedragen zijn. De financiële bijdrage van de ex-partner is immers van invloed op de economische zelfstandigheid.

Paragraaf 3 onderzoekt de positie van mannen en vrouwen vanuit juridisch perspectief. Belangrijk uitgangspunt in dit verband is dat er sprake is van *de jure* gelijkheid; het adagium in het relatierecht is dat geen onderscheid naar geslacht mag worden gemaakt. In deze paragraaf wordt aangegeven waarom zich vooral in het laatste decennium onder invloed van het gelijkheidsbeginsel wijzigingen hebben voorgedaan. De ratio van nieuwe regelingen en de discussie over bestaande regelingen wordt geanalyseerd. Het juridisch perspectief biedt immers het kader waarbinnen de familierelatie en de (on-)afhankelijkheid van de ene partner ten opzichte van de andere partner zich voordoet. Daarnaast is binnen het recht eventueel het instrumentarium te vinden dat de *de facto* ongelijkheid zou kunnen opheffen, dan wel zou kunnen compenseren. Een drietal terreinen die de economische zelfstandigheid van partners ten opzichte van elkaar kunnen beïnvloeden, wordt nader onderzocht: het huwelijksvermogensrecht, het partneralimentatierecht en de uitoefening van het ouderlijk gezag.

In paragraaf 4 tenslotte wordt gezien of en hoe de twee perspectieven op elkaar aansluiten en waar dit niet het geval is. Sluit het recht aan bij de sociaaleconomische werkelijkheid of loopt het ene ten opzichte van het andere voorop? Of bestaan twee werelden met hun eigen regels, wetmatigheden en logica naast elkaar: het recht enerzijds en de (sociaal-economische) werkelijkheid anderzijds? Een tweetal scenario's wordt geschetst.

De epiloog tenslotte bevat een algemene beschouwing over de vraag in hoeverre de huidige regeling van de partneralimentatie nog aansluit bij het anderhalfverdienersmodel.

## 2. Trends in *de facto* ongelijkheid: de empirische context vanuit socio-economisch perspectief

Deze paragraaf richt zich om te beginnen op de veranderingen die zich hebben voorgedaan in de arbeidsmarktdeelname van gehuwde en gescheiden mannen

en vrouwen (par. 2.1). Uit de gegevens blijkt dat vooral het arbeidsmarktgedrag van gehuwde/samenwonende moeders sterk is veranderd; veel meer moeders dan voorheen zijn actief op de arbeidsmarkt. Het veranderde arbeidsmarktgedrag tijdens de gezinsfase heeft ook invloed op het participatiepatroon na echtscheiding terwijl het veranderende participatiegedrag op zijn beurt een positief effect heeft op de economische zelfstandigheid van gehuwde en gescheiden moeders (par. 2.2). Om meer inzicht te krijgen in de achtergronden van economische zelfstandigheid wordt specifiek aandacht besteed aan de verschillen in inkomen tussen gehuwde/samenwonende en gescheiden mannen en vrouwen en de bronnen van inkomen (par. 2.3). De verdeling van zorg bij gehuwde/samenwonen paren en de verblijfplaats van het kind bij gescheiden ouders geeft meer zicht op de verdeling van zorgtaken tussen mannen en vrouwen (par. 2.4). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting (par. 2.5).

Om de veranderingen te kunnen onderzoeken is gebruik gemaakt van CBS data, zodat een representatief beeld kan worden gegeven van de trends in de tijd. Iedere paragraaf begint met het onderscheid tussen gehuwde/samenwonende en gescheiden mannen en vrouwen. Waar mogelijk zijn vervolgens de tijdreeksen uitgesplitst naar mannen en vrouwen met en zonder thuiswonende of minderjarige kinderen. In principe zijn de analyses gebaseerd op de potentiële beroepsbevolking (dat wil zeggen iedereen tussen 15 en 65 jaar). In die gevallen waarin dat niet mogelijk was, is dat in de tekst aangegeven. Er is gepoogd de gegevens steeds voor een langere periode te presenteren. Met betrekking tot de algemene arbeidsmarktparticipatie is dat ook goed mogelijk; maar voor arbeidsdeelname van gescheiden moeders zijn slechts gegevens voor een periode van de laatste 10 jaar beschikbaar. Bij de presentatie van tijdreeksen moet er wel rekening mee gehouden worden dat het hier niet gaat om panel data.<sup>2</sup> Wanneer gescheiden mensen bijvoorbeeld een partner vinden, behoren zij niet langer tot de groep van gescheiden personen maar tot de ‘groep met partner’.

## ***2.1. Ontwikkelingen in arbeidsdeelname van gehuwde/samenwonende en gescheiden mannen en vrouwen***

### *Arbeidsdeelname van paren met en zonder kinderen*

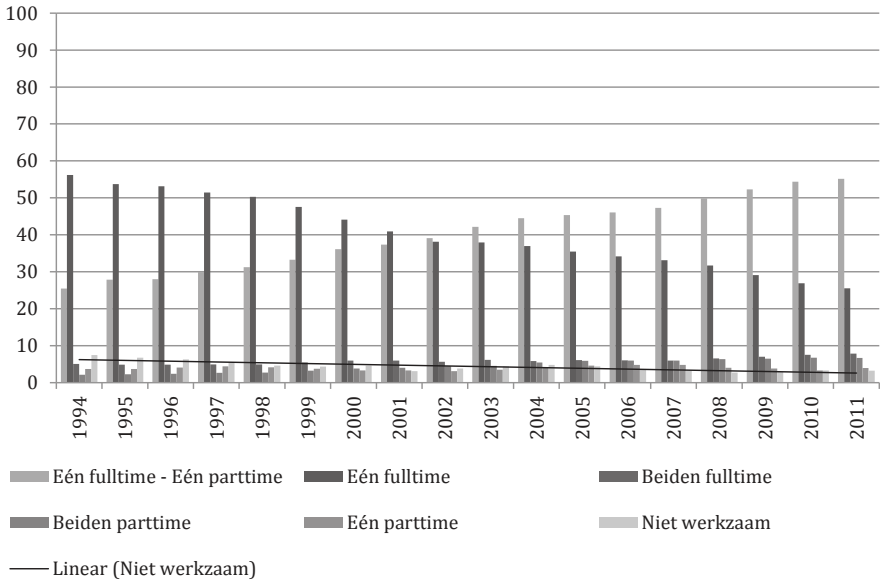
Figuur 1 illustreert de opkomst van het anderhalfverdienersmodel voor paren met minderjarige kinderen in Nederland sinds het midden van de jaren negentig; de afgelopen decennia zijn moeders massaal toegestroomd tot de arbeidsmarkt. Het traditionele kostwinnersmodel waarin slechts één partner fulltime werkt, is de afgelopen twintig jaar sterk afgenomen. In 1994 was het kostwinnersmodel nog sturend voor bijna 57% van de paren; in 2011 is dit percentage gedaald naar 24%. Het percentage paren waarbij de ene partner fulltime werkt en de andere partner

---

2 Panel data staat voor meerdere observaties van meerdere variabelen op verschillende momenten.

parttime is daarentegen sterk toegenomen; van alle paren volgt nu ruim 52% dit anderhalfverdienersmodel. Daarentegen is tweemaal voltijds of tweemaal deeltijds nog weinig populair; het percentage paren met een dergelijk arbeidspatroon is de laatste jaren nauwelijks toegenomen.

Figuur 1. Arbeidsdeelname paren potentiële beroepsbevolking (15-65 jaar) met minderjarige kinderen, 1994-2011 (in percentages).

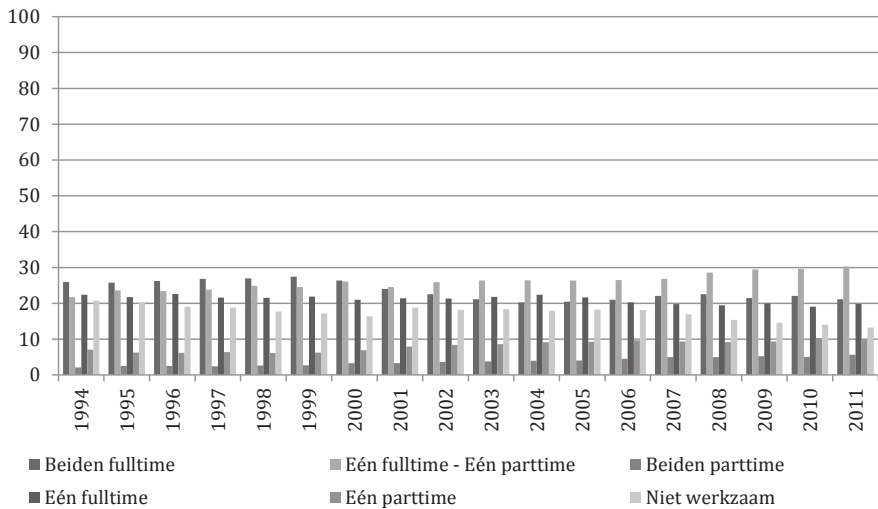


Bron: Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen.

Betreft paren: twee op basis van huwelijk, partnerschapsregistratie of samenwoningrelatie bij elkaar behorende personen in de leeftijd van 15 tot 65 jaar. Zij worden als werkzaam beschouwd als ze een baan hebben van tenminste twaalf uur per week. Niet werkzaam zijn diegene die een baan van minder dan twaalf uur per week hebben of die niet werken.

Figuur 2 illustreert het arbeidsmarktgedrag van paren zonder kinderen; de veranderingen zijn hier aanzienlijk minder groot. Het anderhalfverdienersmodel is in de onderzochte periode wel iets in populariteit toegenomen (van 21,7% naar 30,2%), maar de situatie in 2011 laat vooral zien dat het feitelijke arbeidsmarktgedrag onder paren zonder kinderen tamelijk divers is. Dit is ongetwijfeld mede een gevolg van het feit dat de groep ook vrij heterogeen is. Deels gaat het om jonge paren zonder kinderen, deels om oudere paren waarvan de kinderen al het huis uit zijn.

Figuur 2. Arbeidsdeelname paren potentiële beroepsbevolking (15-65 jaar) zonder minderjarige kinderen, 1994-2011 (in percentages).



Bron: Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen.

Betreft paren: twee op basis van huwelijk, partnerschapsregistratie of samenwoningrelatie bij elkaar behorende personen in de leeftijd van 15 tot 65 jaar. Zij worden als werkzaam beschouwd als ze een baan hebben van tenminste twaalf uur per week. Niet werkzaam zijn diegene die een baan van minder dan twaalf uur per week hebben of die niet werken.

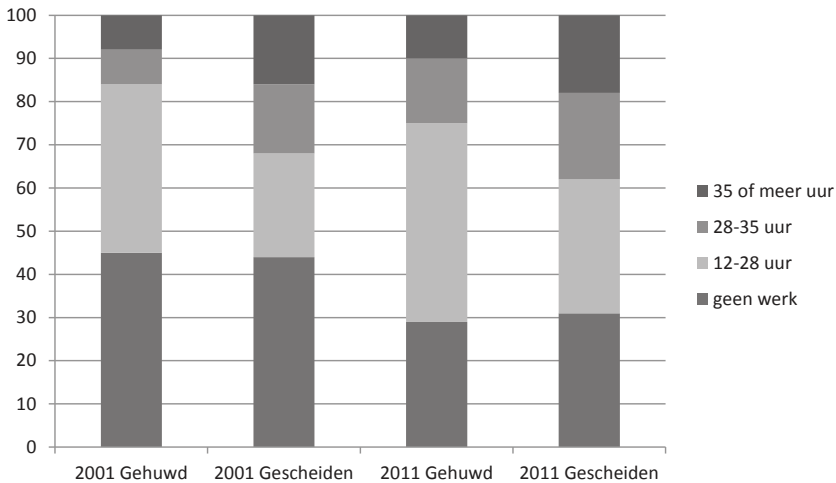
#### Arbeidsdeelname gehuwde en gescheiden vrouwen met kinderen

Het veranderende arbeidsmarktgedrag van gehuwde/samenwonende vrouwen met kinderen lijkt zich voort te zetten na het huwelijk; in figuur 3 is de arbeidsdeelname van gehuwde en gescheiden moeders tussen 2001 en 2011 weergegeven. Vanwege de beschikbare data is de tijdspanne noodgedwongen korter dan bij figuur 1 en 2. Bovendien zijn de gegevens enkel beschikbaar voor vrouwen met kinderen en niet voor vrouwen zonder kinderen of voor mannen.

Uit figuur 3 blijkt dat het percentage van de gehuwde en gescheiden moeders die de afgelopen 10 jaar 12 tot 35 uur per week is gaan werken, is gegroeid. Dit is ten koste gegaan van het niet-werken; voltijds werken is onder beide groepen nauwelijks toegenomen.

Een vergelijking tussen gehuwde en gescheiden moeders leert dat gescheiden moeders evenveel participeren op de arbeidsmarkt als gehuwde moeders, maar dit vaker doen in grotere deeltijd- of zelfs voltijdbanen dan gehuwde moeders. Het lijkt waarschijnlijk dat een dergelijk verschil in participatiegedrag mede een gevolg is van de structuur van de sociale zekerheid, in die zin dat voor gescheiden moeders een kleine deeltijdbaan, vanwege de inkomensloos in de WWB-uitkering, financieel minder interessant is.

Figuur 3. Arbeidsdeelname gehuwde en gescheiden vrouwen in potentiële beroepsbevolking (15-65 jaar) met thuiswonende minderjarige kinderen, 2001 en 2011 (in percentages).



Bron: Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen.

Betreft gehuwde en gescheiden vrouwen met minimaal één thuiswonend kind van maximaal 18 jaar. Zij worden als werkzaam beschouwd als ze een baan hebben van tenminste twaalf uur per week. Geen werk zijn degenen die een baan van minder dan twaalf uur per week hebben of niet werken.

Deze informatie is niet beschikbaar voor vrouwen zonder kinderen of voor mannen (met of zonder kinderen).

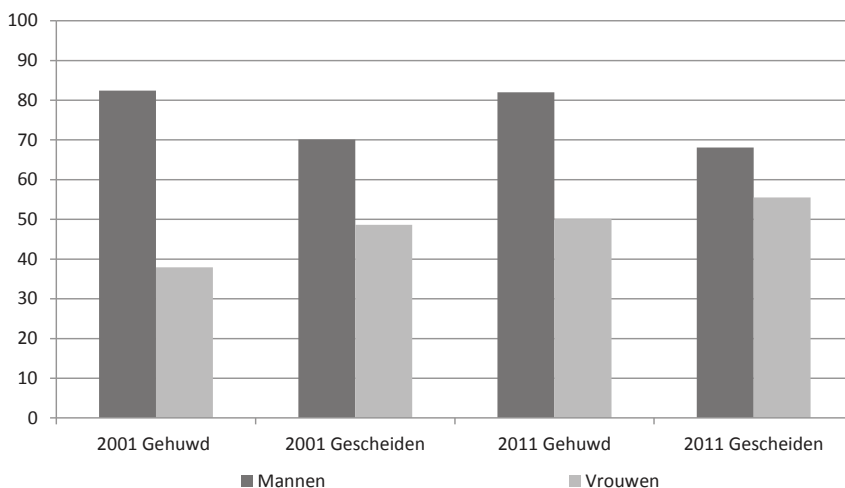
## 2.2. Ontwikkelingen in economische zelfstandigheid van gehuwde en gescheiden mannen en vrouwen

Het veranderende arbeidsmarktgedrag van moeders kan gevolgen hebben voor hun economische zelfstandigheid. Volgens de definitie van het Centraal Bureau voor de Statistiek wordt iemand als economisch zelfstandig beschouwd als 'het individuele netto inkomen uit arbeid en eigen onderneming op of boven de drempelwaarde ligt van de beleidsnorm voor het individuele inkomensminimum. Die drempelwaarde is gelijkgesteld aan 70% van het wettelijke netto minimumloon, ofwel de netto bijstand van een alleenstaande'.

Figuur 4 laat zien dat het percentage economisch zelfstandige gehuwde en gescheiden mannen sinds 2001 min of meer stabiel is gebleven: circa 80% van de gehuwde mannen verdient meer dan 70% van het minimumloon, en circa 70% van de gescheiden mannen. Bij vrouwen is er sinds 2001 meer veranderd. De toenemende arbeidsmarktparticipatie van zowel gehuwde als gescheiden vrouwen vertaalt zich voor beide groepen in een grotere mate van economische zelfstandigheid, zoals is af te lezen uit figuur 4. In de periode 2001-2011 is het

percentage economisch zelfstandige gehuwde vrouwen toegenomen van 37,9% naar 50%, terwijl in de zelfde periode voor gescheiden vrouwen het percentage is toegenomen van 48,6% naar 55,5%. Voor gehuwde en gescheiden vrouwen geldt derhalve eenzelfde trend; in beide gevallen stijgt de economische zelfstandigheid over de jaren. Wel verloopt de stijging tussen 2001 en 2011 voor gehuwde vrouwen sneller dan voor gescheiden vrouwen. Hierdoor neemt tussen 2001 en 2011 het verschil in economische zelfstandigheid tussen beide groepen af.

Figuur 4. Gehuwde en gescheiden mannen en vrouwen in potentiële beroepsbevolking (15-65 jaar): economisch zelfstandig, 2001 en 2011 (in percentages).



Bron: Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen.

Betreft gehuwde en gescheiden mannen en vrouwen in de potentiële beroepsbevolking (15-65 jaar).

Onbekend of zij (thuiswonende) kinderen hebben.

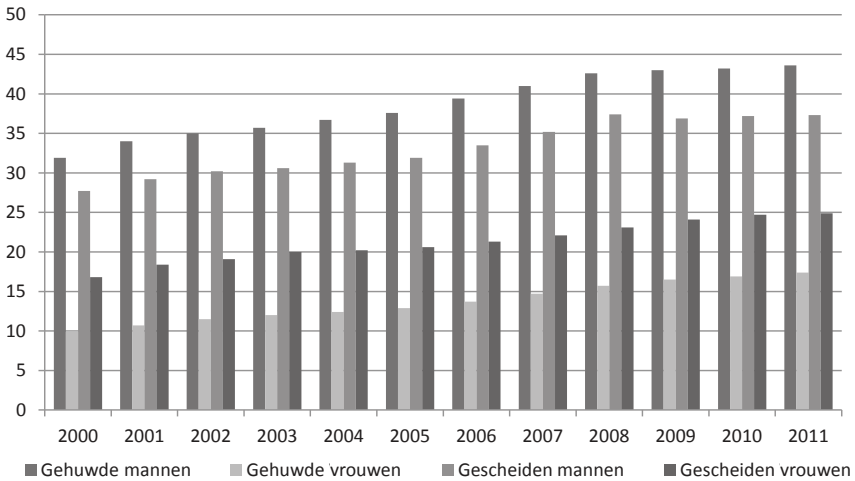
### 2.3. *Vergelijking inkomen gehuwde en gescheiden mannen en vrouwen*

De hier gehanteerde definitie van economische zelfstandigheid geeft in feite aan of het inkomen van personen een zekere drempelwaarde haalt. Het laat echter niet zien hoeveel mannen en vrouwen precies verdienen en hoe groot de verschillen tussen die groepen zijn. De hoogte van het inkomen (in absolute zin) geeft evenwel meer informatie over ‘gelijkheid’ in en na het huwelijk. Om hier meer zicht op te krijgen, is het inkomen van gehuwde en gescheiden mannen en vrouwen geanalyseerd. Eerst wordt het gemiddeld persoonlijk inkomen besproken, vervolgens de samenstelling van het inkomen, waarna tot slot wordt ingegaan op het belang van alimentatie in het inkomen van gescheiden mannen en vrouwen.

### Gemiddeld persoonlijk inkomen

Het gemiddeld persoonlijk inkomen bevat het ‘inkomen uit arbeid, inkomen uit eigen onderneming, uitkering inkomensverzekeringen en uitkering sociale voorzieningen (met uitzondering van kinderbijslag)’ (CBS, 2012). Zowel in het inkomen van gehuwde mannen als in dat van gehuwde vrouwen is over de jaren een stijgende lijn te zien. Mannen verdienen in 2011 30% meer dan in 2001 en vrouwen 60%. Figuur 5 illustreert echter ook dat ondanks de stijging van het relatieve inkomen, het gemiddeld persoonlijk inkomen van vrouwen nog steeds veel lager is dan dat van mannen; in 2011 verdienen gehuwde mannen gemiddeld 2,5 keer meer dan gehuwde vrouwen. Dit lagere inkomen is de resultante van zowel een lagere arbeidsmarktparticipatie in uren per week als ook een gemiddeld lager uurloon.

Figuur 5. Gehuwde en gescheiden mannen en vrouwen (15-65 jaar en ouder): gemiddeld inkomen, 2001-2011 (x 1000 euro).



Bron: Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen

Betreft gehuwde en gescheiden mannen en vrouwen (15-65 jaar en ouder) met inkomen gedurende deel van het jaar, het hele jaar of zonder inkomen.

Onbekend of zij (thuiswonende) kinderen hebben.

Ook het gemiddeld persoonlijk inkomen van gescheiden mannen is hoger dan dat van gescheiden vrouwen. Het verschil tussen gescheiden mannen en gescheiden vrouwen is over de afgelopen periode echter wel veel kleiner geworden. Gescheiden mannen hadden in 2011 circa 1,5 keer meer inkomen dan gescheiden vrouwen. Dit relatief kleine verschil (in ieder geval ten opzichte van gehuwde mannen en vrouwen) komt onder andere doordat gescheiden mannen minder verdienen dan gehuwde mannen en gescheiden vrouwen juist meer verdienen dan gehuwde vrouwen.

*Samenstelling inkomen*

Tabel 1 geeft een nog gedetailleerder beeld van het onder het persoonlijk bruto inkomen moet worden begrepen. Het persoonlijk bruto-inkomen bestaat uit inkomen uit arbeid, eigen onderneming en vermogen, vermeerderd met uitkeringen van inkomensverzekeringen en sociale voorzieningen en de ontvangen inkomensoverdrachten. Er zijn geen beschikbare gegevens over inkomen uit vermogen en de ontvangen gebonden overdrachten. Deze worden daarom buiten beschouwing gehouden. Voor de juiste interpretatie van tabel 1 en 2 is het verder belangrijk om op te merken dat het hier alleen personen betreft met een vast inkomen; niet werkende mannen en vrouwen zijn dus niet meegenomen (zie noot bij de tabel).

Uit de gegevens blijkt opnieuw dat – onder de personen met een vast inkomen – het inkomen van gescheiden mannen lager ligt dan dat van gehuwden mannen (in 2011 47.000 versus 59.100), terwijl bij vrouwen het inkomen van gescheiden vrouwen juist hoger ligt dan gehuwde vrouwen (31.100 versus 26.900). Al eerder is opgemerkt dat dit effect mede wordt veroorzaakt door de structuur van de sociale zekerheid, in die zin dat kleine deeltijdbanen voor gescheiden vrouwen weinig aantrekkelijk zijn. Als gescheiden vrouwen dus werken, werken ze gemiddeld genomen in grotere banen met als gevolg een hoger inkomen. Wordt vervolgens de structuur van het primair bruto inkomen vergeleken, dan blijkt dat gescheiden vrouwen afhankelijker zijn van sociale voorzieningen en inkomensoverdrachten (waaronder alimentatie) dan mannen. Tegelijkertijd neemt het aandeel van deze inkomensbestanddelen wel af. In 2001 bedroeg het aandeel van het inkomensbestanddeel sociale voorzieningen en inkomensoverdrachten nog 19,9% van het persoonlijk bruto inkomen van gescheiden vrouwen; in 2011 is dit aandeel gedaald tot 10,7%.



Tabel 1. Gehuwde mannen en vrouwen (15-64 jaar): inkomensbestanddelen van het persoonlijk bruto inkomen (in percentages), en het gemiddelde persoonlijk bruto inkomen (in euro's), 2001 en 2011.

	Man		Man		Vrouw		Vrouw	
	2001		2011		2001		2011	
	totaal	Met kinderen	totaal	Met kinderen	Totaal	Met kinderen	Totaal	Met kinderen
Persoonlijk primair inkomen	90.8	95.7	91.2	95.6	89.7	92.5	91.0	93.8
Uitkering inkomensverzekeringen	8.8	3.9	8.4	4.1	8.4	5.7	7.7	4.9
Uitkering sociale voorzieningen	0.4	0.3	0.3	0.3	1.7	1.7	1.1	1.1
Ontvangen inkomensoverdrachten	0.0	0.0	0.0	0.0	0.1	0.1	0.1	0.1
Totaal	100%	100%	100%	100%	100%	100%		
<b>Gemiddeld persoonlijk bruto inkomen (in euros)</b>	<b>44.900</b>	<b>46.700</b>	<b>59.100</b>	<b>62.100</b>	<b>17.900</b>	<b>16.800</b>	<b>26.900</b>	<b>26.800</b>

*Bron: Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen.*

*Betreft gehuwde en gescheiden mannen en vrouwen met vast inkomen gedurende een deel van het jaar en gedurende het hele jaar. Het is dus exclusief personen die niet werken.*

*Aandeel van bruto-inkomen is het aandeel van het betreffende inkomensbestanddeel in het persoonlijk bruto-inkomen van het totaal aantal personen per categorie. Het persoonlijk bruto-inkomen bestaat uit het persoonlijk primair inkomen (inkomen uit arbeid en inkomen uit eigen onderneming) verhoogd met de uitkering inkomensverzekeringen en de uitkering sociale voorziening. Kinderbijslag en de ontvangen gebonden overdrachten zijn buiten beschouwing gelaten.*

*Gemiddeld bedrag is het gemiddelde bedrag per persoon dat het betreffende inkomensbestanddeel heeft.*

*Ontvangen inkomensoverdrachten bestaat uit partneralimentatie.*

*Onbekend of zij (thuiswonende) kinderen hebben.*

Tabel 2. Gescheiden mannen en vrouwen (15-64 jaar): inkomensbestanddelen van het persoonlijk bruto inkomen (in percentages), en het gemiddelde persoonlijk bruto inkomen (in euro's), 2001 en 2011.

	Man		Man		Vrouw		Vrouw	
	2001		2011		2001		2011	
	totaal	Met kinderen	totaal	Met kinderen	Totaal	Met kinderen	Totaal	Met kinderen
Persoonlijk primair inkomen	84.6	90.3	84.2	91.3	71.2	71.4	76.8	80.5
Uitkering inkomensverzekeringen	12.8	7.7	13.5	7.6	12.8	8.7	13.4	8.6
Uitkering sociale voorzieningen	2.5	2.1	2.2	1.0	12.3	15.7	7.3	7.8
Ontvangen inkomensoverdrachten	0.0	0.0	0.0	0.0	3.7	4.2	2.5	2.9
Totaal	100%	100%	100%	100%	100%	100%		
<b>Gemiddeld persoonlijk bruto inkomen (in euro's)</b>	<b>36.400</b>	<b>41.300</b>	<b>47.000</b>	<b>53.400</b>	<b>22.400</b>	<b>21.400</b>	<b>31.100</b>	<b>30.400</b>

*Bron: Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen.*

*Betreft gehuwde en gescheiden mannen en vrouwen met vast inkomen gedurende een deel van het jaar en gedurende het hele jaar. Het is dus exclusief personen die niet werken.*

*Aandeel van bruto-inkomen is het aandeel van het betreffende inkomensbestanddeel in het persoonlijk bruto-inkomen van het totaal aantal personen per categorie. Het persoonlijk bruto-inkomen bestaat uit het persoonlijk primair inkomen (inkomen uit arbeid en inkomen uit eigen onderneming) verhoogd met de uitkering inkomensverzekeringen en de uitkering sociale voorziening. Kinderbijslag en de ontvangen gebonden overdrachten zijn buiten beschouwing gelaten.*

*Gemiddeld bedrag is het gemiddelde bedrag per persoon dat het betreffende inkomensbestanddeel heeft.*

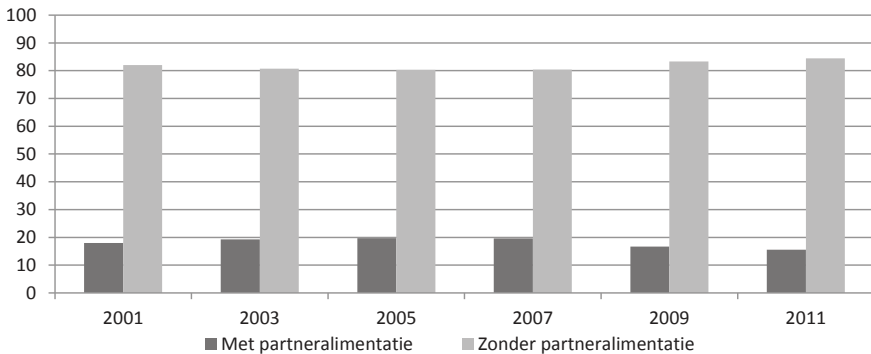
*Ontvangen inkomensoverdrachten bestaat uit partneralimentatie.*

*Onbekend of zij (thuiswonende) kinderen hebben.*

### *Partneralimentatie*

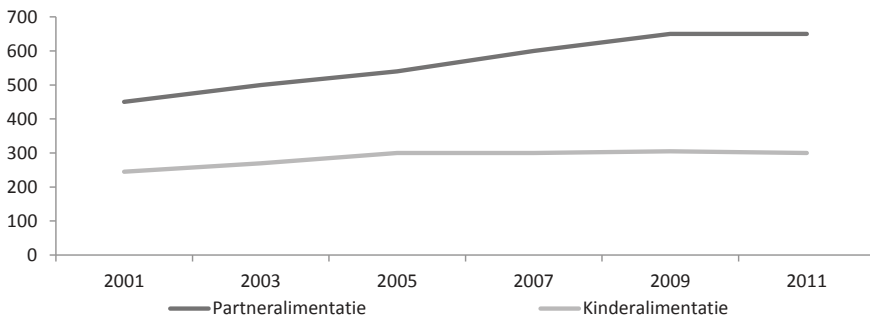
Gegeven het specifieke onderwerp van deze bijdrage presenteert figuur 6 tenslotte de stand van zaken met betrekking tot partneralimentatie. Het Centraal Bureau voor de Statistiek definieert partneralimentatie als ‘financiële bijdrage van een gescheiden persoon aan het levensonderhoud van zijn/haar ex-partner’. Partneralimentatie kan worden verzocht door de ex-partner als hij of zij behoeftig is. De rechter bepaalt vervolgens of de andere partner draagkrachtig is om alimentatie voor een beperkte duur (maximaal 12 jaar) te betalen; (ex-) echtgenoten hebben ook de mogelijkheid om afspraken over partneralimentatie te maken (zie verder onder 3.1). Figuur 6 laat zien dat het percentage echtscheidingen waarbij partneralimentatie werd toegewezen is afgenomen van 17,9% in 2001 tot 15,5% in 2011. Uit figuur 7 blijkt evenwel dat het bedrag dat aan partneralimentatie wordt betaald, is gestegen. In 2001 was het mediane bedrag (dat wil zeggen de middelste waarde in de verdeling) dat aan partneralimentatie werd betaald nog 450 euro per maand; in 2011 is dit toegenomen tot 650 euro per maand. Kinderalimentatie is vanaf 2001 tot 2005 gestegen van 270 euro (per kind) naar 300 euro en is sindsdien gelijk gebleven.

Figuur 6. Beëindigde echtscheidingsprocedures, aandeel met en zonder toegewezen partneralimentatie, 2001-2011 (in percentages).



Bron: Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen.

Figuur 7. Partner- en kinderalimentatie, mediane bedrag per maand (in euro's).



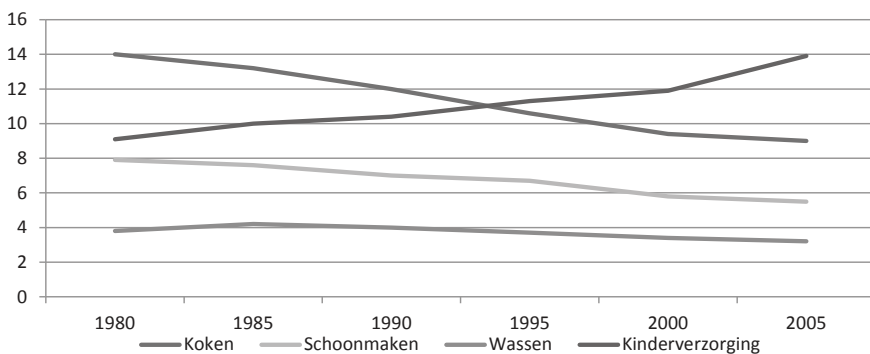
Bron: Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen.

#### 2.4. Ontwikkelingen in verdeling van zorg van gehuwde en gescheiden mensen

##### *Veranderingen in verdeling huishoudelijke taken en zorg bij gehuwde mensen*

De toenemende arbeidsmarktparticipatie van moeders impliceert dat er meer tijd wordt besteed aan betaalde arbeid. De vraag is dan hoe deze extra tijd wordt gecompenseerd. Figuur 8 laat zien dat de toenemende arbeidsmarktparticipatie in ieder geval niet wordt gecompenseerd door minder tijd aan kinderverzorging te besteden; vergeleken met 1980 besteden vrouwen in 2005 hieraan juist aanzienlijk meer tijd. Het is veeleer zo dat vrouwen minder tijd besteden aan koken, schoonmaken en wassen. Waarschijnlijk speelt hier de toenemende beschikbaarheid van halffabricaten en/of huishoudelijke apparaten een rol, terwijl daarnaast niet is uit te sluiten dat de eisen zijn veranderd die aan het huishouden worden gesteld. Overigens is een meer recent cijfer dan 2005 nog niet beschikbaar.

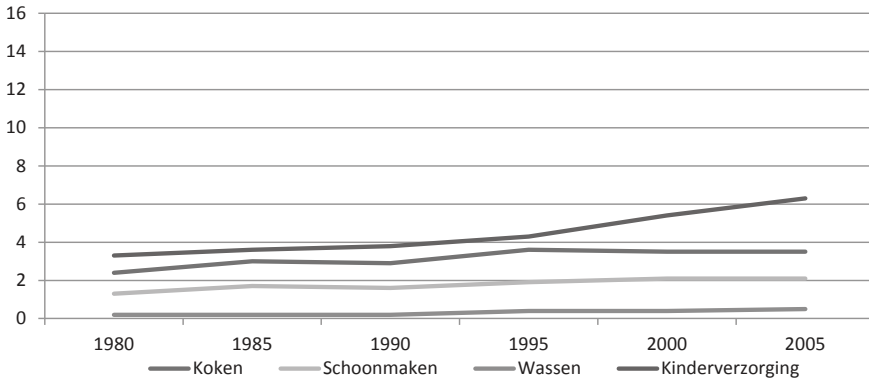
Figuur 8. Tijdsbesteding van vrouw met thuiswonende kinderen aan zorg en huishoudelijke taken, 1980-2005 (in uren per week).



Bron: TBO, 1980-2005.

In dezelfde periode zijn mannen meer tijd gaan besteden aan huishoudelijke taken. Ook hier is de grootste stijging te vinden in de tijd die wordt besteed aan de zorg voor kinderen, zoals is af te lezen in figuur 9.

Figuur 9. Tijdsbesteding van man met thuiswonende kinderen aan zorg en huishoudelijke taken, 1980-2005 (in uren per week).

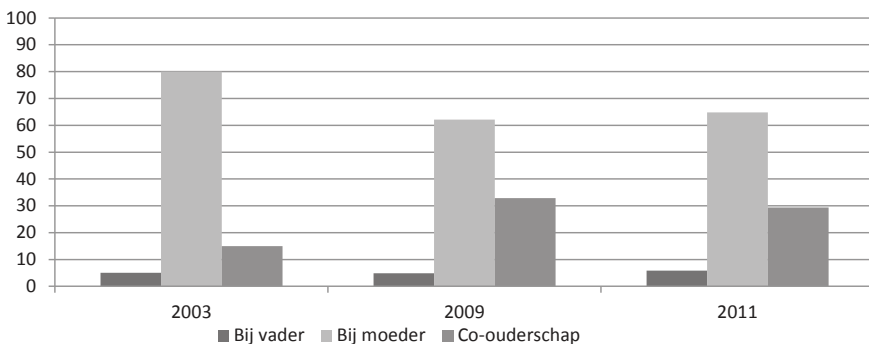


Bron: TBO, 1980-2005.

#### *Veranderingen in verdeling huishoudelijke taken en zorg bij gescheiden mensen*

Na de scheiding kan van een verdeling van huishoudelijke taken niet echt meer sprake zijn. Wel kan worden nagegaan bij welke ouder het kind woonachtig is. Op deze manier kan een redelijk beeld worden verkregen van de verdeling van de zorg van de kinderen na de scheiding. Uit figuur 10 is af te lezen dat in alle drie de weergegeven jaren kinderen in de meeste gevallen woonachtig zijn bij hun moeder. In 2003 gold dit voor 80% van de betreffende kinderen, in 2011 is dit percentage gezakt naar 65%. In 2011 ligt het verblijfsco-ouderschap op bijna 30%. Het is waarschijnlijk dat de in 2009 ingevoerde wetswijziging inzake gelijkwaardig ouderschap (zie onder 3.2) hierbij een rol speelt.

Figuur 10. Kinderen woonachtig bij vader, moeder of verblijfsco-ouderschap, 2003-2011 (in percentages).



Bron: Centraal Bureau voor de Statistiek, Den Haag/Heerlen & De Graaf, 2005.

## 2.5. *Samenvatting*

De in hoofdstuk 2 gepresenteerde gegevens illustreren de opkomst van het anderhalfverdienersmodel in Nederland. Steeds meer moeders zijn actief op de arbeidsmarkt en steeds meer moeders verdienen een eigen inkomen. Het veranderende arbeidsmarktgedrag van moeders, heeft ook gevolgen voor de sociaal-economische positie van gescheiden vrouwen. De afgelopen 10 jaar is de arbeidsmarktparticipatie onder gescheiden vrouwen toegenomen en datzelfde geldt voor de mate van economische zelfstandigheid. Er is dus sprake van een afnemende *de facto* ongelijkheid tussen mannen en vrouwen. Ondanks deze (positieve) trend is er nog steeds sprake van aanzienlijke verschillen. Zo is het gemiddelde (persoonlijke) inkomen van vrouwen nog steeds veel lager dan dat van mannen en is ook onder gescheiden werkende mannen en vrouwen nog steeds sprake van een aanzienlijk inkomensverschil. Wat betreft de ontwikkelingen in partneralimentatie valt op dat het aandeel met toegewezen partneralimentatie weliswaar daalt, maar dat het mediane bedrag dat aan partneralimentatie wordt betaald toeneemt.

De vraag is nu wat deze ontwikkelingen van de *de facto* ongelijkheid tussen mannen en vrouwen betekenen voor de *de jure* gelijkheid van mannen en vrouwen – vooral ook in de relatie met het alimentatiestelsel.

## 3. *De jure* gelijkheid van (ex-)echtgenoten, partners en ouders

In deze paragraaf worden de bevindingen van de vorige paragraaf in het wettelijke kader van het Nederlandse familierecht geplaatst. Wat zijn de gelijkheidsnoties die binnen het familierecht figureren, vooral in scheidingsituaties? Voorop staat dat de Nederlandse overheid op grond van internationale verdragen gebonden is de gelijkheid van mannen en vrouwen te garanderen. Het gelijkheidsbeginsel vormt derhalve ook een van de uitgangspunten in het relatierecht. Zowel mannen als vrouwen kunnen na echtscheiding of na de beëindiging van een geregistreerd partnerschap financieel verantwoordelijk voor de ex-partner blijven en als ouders blijven zij het gezag over hun kinderen gezamenlijk uitoefenen. Terwijl de wet alleen voorziet in een vermogensverdeling en een alimentatieplicht tussen (gewezen) echtgenoten/partners ingeval van (ontbinding van) een formele relatie (huwelijk, geregistreerd partnerschap) en derhalve (gewezen) partners van een samenwoning dergelijke aanspraken niet kunnen maken, wordt bij de vraag wie na de scheiding van de ouders voor de kinderen blijft zorgen geen verschil gemaakt tussen formele en informele relaties. Echtgenoten en partners kunnen binnen het in beginsel dwingende familierecht op bepaalde terreinen zelf de inhoud van hun wederzijdse rechten en plichten bindend regelen. Daartoe behoren de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk (par. 3.1) de onderhoudsplicht van echtgenoten/partners (par. 3.2) en de gezamenlijke zorg voor de kinderen (par. 3.3). De ontwikkelingen die zich in de afgelopen decennia op deze terreinen

hebben voorgedaan worden in het navolgende geanalyseerd. Het geheel wordt afgesloten met een samenvatting (par. 3.4).

### **3.1. De algehele gemeenschap van goederen**

#### *Kenmerken van het huwelijksvermogensrecht*

Het huwelijk heeft verstrekking gevolgen voor de eigendomspositie van beide echtgenoten. Op het moment van voltrekking van het huwelijk ontstaat tussen de echtgenoten van rechtswege een algehele gemeenschap van goederen voor zover zij daarvan niet bij huwelijksvoorwaarden zijn afgeweken. Iedere echtgenoot is eigenaar van de helft van het gemeenschappelijke vermogen en bij de ontbinding van het huwelijk vindt een gelijkelijke verdeling plaats. Deze algehele gemeenschap van goederen, die in Nederland in 1838 werd ingevoerd, omvat alle goederen die vóór en tijdens het huwelijk door de echtgenoten werden verworven. Het inkomen van de echtgenoten draagt bij tot het huishouden en ook tot de vermogensvermeerdering. Daarnaast moeten alle schulden door de gemeenschap worden gedragen. Een beperkt aantal goederen valt niet in de gemeenschap: geërfde of geschonken goederen waarvan door de erflater of schenker is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen; het recht van vruchtgebruik op (delen van) de nalatenschap waarvan door een langstlevende echtgenoot de vestiging gevorderd kan worden jegens de erfgenamen van de overleden echtgenoot; goederen en schulden die aan een van de echtgenoten op een bijzondere wijze verknocht zijn, voor zover die verknochtheid zich tegen het in de gemeenschap vallen verzet; en pensioenrechten, die volgens de Wet verevening pensioenrechten worden verevend.

#### *Minimale wijzigingen van het wettelijke stelsel in 2012*

Pogingen om de algehele gemeenschap van goederen in Nederland te vervangen door een beperkte gemeenschap van goederen zijn gedurende de laatste tien jaar mislukt. De in het wetsvoorstel 28 867 voorgestelde wijziging – namelijk het van rechtswege buiten de gemeenschap laten vallen van erfrechtelijke verkrijgingen en giften – is uiteindelijk niet doorgegaan. Sinds 2012 geldt de wet ‘Aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen’. Deze herziening had betrekking op de opname van een wederkerige informatieplicht, berekening van vergoedingsrechten volgens de leer van de economische deelgerechtigheid (het huwelijk roept een lotsverbondenheid in het leven, aldus de minister van Veiligheid en Justitie), afzonderlijke bestuursbevoegdheid over niet op naam staande gemeenschapsgoederen, vaststelling van het tijdstip (indiening van het echtscheidingsverzoek) van de ontbinding van de gemeenschap, wijziging van de aansprakelijkheid voor gemeenschapsschulden na echtscheiding, afschaffing van het vereiste van rechterlijke goedkeuring voor huwelijksvoorwaarden gemaakt tijdens huwelijk en afschaffing van de wettelijke keuzestelsels.

*Huwelijkse voorwaarden, in het bijzonder koude uitsluiting*

Echtgenoten hebben de mogelijkheid door middel van huwelijkse voorwaarden hun vermogensrechtelijke relatie afwijkend van het wettelijke stelsel te regelen. Volgens onderzoek verricht in 2003 maken echtgenoten in 25% van de gesloten huwelijken gebruik van deze mogelijkheid (Van Mourik & Burgerhart 2005). Een vorm van huwelijkse voorwaarden betreft de ‘koude uitsluiting’ die zich voordoet als de echtgenoten iedere gemeenschap van goederen hebben uitgesloten, zonder enige verrekening van inkomen of vermogen.

Specifiek naar de problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners werd tussen 2009 en 2010 in opdracht van het ministerie voor Veiligheid en Justitie onderzoek verricht (Antokolskaia et al. 2011). De belangrijkste redenen en omstandigheden voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden (niet alleen gericht op koude uitsluiting) lijken te zijn: het voeren van een eigen bedrijf, ervaringen met een eerdere echtscheiding en het opleidingsniveau van de echtgenoten; terwijl specifiek voor de koude uitsluiting worden genoemd: huwelijk op latere leeftijd, aanwezigheid van eigen vermogen of van een onderneming. Tot en met 2003, het laatste jaar waarover cijfers beschikbaar zijn, vormden koude uitsluitingen tussen circa 4% en 10% van de gemaakte huwelijkse voorwaarden. Meer recente gegevens heeft het onderzoek naar koude uitsluiting – wegens gebrek aan middelen – niet kunnen verschaffen. De berekening van de omvang van problemen voor echtgenoten die koude uitsluiting zijn overeengekomen berust in dit onderzoek slechts op beredeneerde schattingen en extrapolaties. De belangrijkste bevindingen en aanbevelingen van het onderzoek zijn:

- (1) In de rechtspraktijk doen zich problemen en onbillijkheden voor ten gevolge van het regime van koude uitsluiting, overeengekomen bij huwelijkse voorwaarden, dan wel daarmee vergelijkbare verhoudingen tussen ongehuwd samenlevende partners. Het aantal gevallen is echter niet erg groot.
- (2) Personen die een affectieve relatie hebben, blijken vaak niet goed in staat hun onderlinge verhouding vooraf daadwerkelijk voor langere tijd goed te overzien en daarvoor regelingen te treffen waarin ook negatieve scenario's daadwerkelijk zijn verdisconteerd; derhalve dienen zij afzonderlijk te worden voorgelicht.
- (3) De overheid zou in de contractsvrijheid moeten kunnen ingrijpen om te voorkomen dat vermogensrechtelijke regelingen onbillijke eindresultaten opleveren, zeker in het geval dat een echtgenoot de zorg over de kinderen heeft.
- (4) Als passende vergoeding wegens verrichte arbeid in het bedrijf van de andere echtgenoot zou het mogelijk moeten zijn een som ineens toe te kennen.
- (5) De rechter zou een bevoegdheid tot wijziging van de huwelijkse voorwaarden moeten krijgen (billijkheidscorrectie).



*Reacties en onbeantwoorde vragen*

In de eerste reactie op het onderzoeksrapport van Antokolskaia et al. (2011) (Brief aan de Tweede Kamer op 26 september 2011 (28 867 nr. 23) en na overleg met een aantal leden van de rechterlijke macht, de advocatuur en het notariaat heeft de Staatssecretaris op 28 februari 2012 (28 867 nr. 29) laten weten (voorlopig) geen van de voorgestelde wijzigingen op te volgen. Aangevoerd zou zijn ‘dat de wettelijke gemeenschap van goederen het beste aansluit bij de wensen van de maatschappij’. Wie dit heeft aangevoerd wordt echter niet aangegeven. Betrouwbaar sociologisch onderzoek ontbreekt. Uit het onderzoek in de periode 2004-2009 van Schols/Hoen (2012, tabel 10) blijkt dat het totaal aantal koude huwelijkse voorwaarden in 2004 – 24,5%, in 2005 – 29,3%, in 2006 – 28,7%, in 2007 – 29,8%, in 2008 – 32,5% en in 2009 – 34,3% bedroeg, terwijl in andere Europese landen waar andere huwelijksvermogensrechtelijke stelsels gelden vergelijkbare percentages aanzienlijk lager uitvallen (Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner 2009:295-302). Niet bekend is wat de precieze beweegredenen van partijen zijn en vooral welke regeling zij overeenkomen. Daarnaast blijft de vraag of echtgenoten altijd aan hun huwelijkse voorwaarden gebonden moeten blijven (*pacta sunt servanda*) en of niet onder bepaalde omstandigheden (die nader door de wetgever kunnen worden gespecificeerd) de rechter een richtlijn kan worden aangereikt om nadelige gevolgen voor een van de echtgenoten af te zwakken (Boele-Woelki/Braat 2012:255). Tenslotte is niet bekend welke gevolgen de algehele gemeenschap van goederen voor echtgenoten heeft. In ca. 2/3 van alle huwelijken geldt dit regime. Een gelijke verdeling van het gemeenschappelijke vermogen bij ontbinding van het huwelijk vindt plaats maar de vraag rijst of deze gelijke verdeling ook van invloed is op een gelijke verdeling van werk en zorg zowel tijdens als na het huwelijk. Waarom echtgenoten ervoor ‘kiezen’ om niet van het wettelijke regime af te wijken is ook een vraag die nog niet werd onderzocht.

*Het Nederlandse stelsel vanuit vergelijkend perspectief*

De Nederlandse algehele gemeenschap van goederen als wettelijk stelsel is uniek in Europa en daarbuiten (Antokolskaia & Boele-Woelki 2002:61-65). In de zoektocht naar een Europees model voor de vermogensrechtelijke relatie tussen echtgenoten – zoals dit door de *Commission on European Family Law* wordt voorgesteld – speelde het Nederlandse recht geen rol van betekenis.

In de overige Europese landen gelden twee andere systemen: de *beperkte gemeenschap van aanwinsten* (het voorhuwelijkse vermogen en erfrechtelijke verkrijgingen en giften behoren tot het persoonlijke vermogen van ieder der echtgenoten, alleen de aanwinsten tijdens het huwelijk zijn gemeenschappelijk vermogen dat bij de ontbinding van het huwelijk gelijkelijk wordt verdeeld) of het *stelsel van participatie van aanwinsten* (ieder echtgenoot behoudt zijn persoonlijk vermogen; indien de netto-aanwinsten van een echtgenoot de waarde van deze van de andere echtgenoot overstijgen, dan participeert deze laatste in het overschot ter

hoogte van de helft). Het gemeenschapssysteem biedt de volgende voordelen: het bevordert de solidariteit van de echtgenoten, het biedt bescherming aan de echtgenoot die geen eigen vermogen heeft en/of geen betaalde arbeid verricht en het geeft bij ontbinding van het huwelijk aan iedere echtgenoot een evenredig eigendomsrecht aan het gemeenschapsvermogen. Het participatiesysteem daarentegen bevordert de onafhankelijkheid van de echtgenoten, het past beter bij de huwelijkse relatie indien beide echtgenoten vermogen bezitten en/of betaalde arbeid verrichten en het geeft recht op deelname aan de tijdens het huwelijk verkregen welvaart, zij het dat dit recht is beperkt tot een geldvordering (Boele-Woelki et al. 2013:25-26).

#### *Nieuw voorstel in 2014: naar een beperkte gemeenschap van goederen*

Op 11 juli 2014 hebben een drietal Kamerleden het initiatiefvoorstel inzake wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de gemeenschap van goederen (*Kamerstukken II 2013/14, 33 987, nrs. 1-3*) ingediend. Indien dit wetsvoorstel wordt aangenomen zullen voorhuwelijkse goederen en schulden, erfrechtelijke verkrijgingen en giften niet langer in de gemeenschap van goederen vallen. Slechts het vermogen dat tijdens het huwelijk wordt verworven door de inspanning van beide echtgenoten vormt het gemeenschappelijke vermogen dat ingeval van scheiding moet worden verdeeld, aldus het voorstel voor een nieuw wettelijk stelsel. Deze beperkte gemeenschap van goederen lijkt in hoge mate op de gemeenschap van aanwinsten zoals voorgesteld in de Beginselen van Europees Familierecht betreffende vermogensrechtelijke relaties tussen echtgenoten (Boele-Woelki et al. 2013).

### **3.2. Partneralimentatie**

#### *Terminologie*

De wet spreekt in artikel 1:157 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) van toekenning van levensonderhoud aan de echtgenoot die niet voldoende inkomsten heeft, noch deze in redelijkheid kan verwerven. Deze verplichting kan ook worden opgelegd aan een partner na ontbinding van een geregistreerd partnerschap (art. 1:80 d lid 2 en 1:80 e lid 1BW). Na het verbreken van een informele relatie (samenleving) bestaat echter geen wettelijke onderhoudsverplichting. In de literatuur (zie recentelijk Spalter 2013a) wordt de alles overkoepelende term ‘partneralimentatie’ voor alle situaties gebruikt waarin na verbreken van de relatie de ene van de andere echtgenoot/partner een financiële bijdrage verlangt. De term partneralimentatie wordt ook gebruikt in de discussie over de vraag of de wettelijke onderhoudsplicht niet zou moeten worden uitgebreid tot gewezen partners van een samenleving (Antokolskaia et al., 2011:311 e.v).

#### *De grondslag van het Nederlandse alimentatiestelsel*

Het huidige partneralimentatierecht dat in 1971 werd ingevoerd, gebruikt als grondslag de ‘verantwoordelijkheid voor elkaars bestaan die men door het huwelijk

op zich neemt' (*Kamerstukken II* 1985/86, 19 295, nr. 3, p. 6). Deze grondslag wordt in het kort aangeduid met 'lotsverbondenheid'. Zowel in de jurisprudentie (zie bijvoorbeeld HR 9 februari 2001, *NJ* 2001, 216, m.nt. S.F.M. Wortmann) alsook in de juridische literatuur wordt deze grondslag ook aangemerkt als 'voortdurende solidariteit' die partneralimentatie rechtvaardigt (zie bijvoorbeeld De Boer 2010, nr. 617).

#### *Beperking van de alimentatieduur sinds 1994*

Vanaf eind jaren 70 van de vorige eeuw werd het partneralimentatierecht vanwege de emancipatie van vrouwen steeds vaker als uitzonderingsrecht beschouwd. Gescheiden vrouwen moesten zelfstandig inkomen verwerven (Tigchelaar 1999:151). Voor zo ver dit niet mogelijk was diende partneralimentatie er voortaan aan bij te dragen dat de alimentatiegerechtigde weer een plaats in het beroepsproces zou kunnen innemen (Pel 1995:202). Het gevolg hiervan was dat steeds vaker de vraag werd gesteld of de na-huwelijkse solidariteit nog wel levenslang zou moeten duren. Het vraagstuk van de limitering van partneralimentatie hangt dus nauw samen met de grondslagenproblematiek. Bij de limitering van partneralimentatie komt immers de vraag aan de orde of de rechtvaardiging van deze onderhoudsplicht na een aantal jaren ophoudt te bestaan. De begrenzing van de duur van alimentatie houdt in dat nog steeds sprake kan zijn van draagkracht en behoefte, maar dat de rechtvaardiging voor partneralimentatie is verdwenen.

Uiteindelijk zijn in 1994 in de wet twee maximumtermijnen voor partneralimentatie opgenomen: twaalf jaar (art. 1:157 lid 4 BW) en vijf jaar huwelijksduur mits het huwelijk kinderloos is gebleven (art. 1:157 lid 6 BW). Als grond voor limitering van partneralimentatie werd door de wetgever aangevoerd dat de 'huwelijksgerelateerde behoefte vaak na zekere tijd [is] uitgewerkt' (*Kamerstukken II* 1985/86, 19 295, A, p. 1; *Kamerstukken II* 1985/86, 19 295, nr. 3, p. 6). Dat de ex-echtgenoot nadien nog niet in eigen levensonderhoud kan voorzien, kon 'niet meer aan het huwelijk worden toegerekend, maar kan voortvloeien uit andere maatschappelijke omstandigheden, bijvoorbeeld de situatie op de arbeidsmarkt' (*Kamerstukken II* 1985/86, 19 295, A, p. 1; *Kamerstukken II* 1985/86, 19 295, nr. 3, p. 6). Vervolgens werd aangegeven dat het 'thans in het algemeen als onredelijk wordt gevoeld dat voormalige echtgenoten levenslang door een alimentatieplicht aan elkaar gebonden zijn' (*Kamerstukken II* 1985/86, 19 295, A, p. 1; *Kamerstukken II* 1985/86, 19 295, nr. 3, p. 6).

De keuze van de wetgever om destijds twaalf jaar als maximumtermijn te introduceren hing samen met de zorg voor jonge kinderen. Volgens de wetgever is bij de keuze uitgegaan van het ongunstige geval dat het jongste kind werd geboren op het moment dat de echtgenoten van elkaar scheiden. Na maximaal twaalf jaar gaat het jongste kind naar de middelbare school en heeft de verzorgende gescheiden ouder voldoende tijd gehad om voor de kinderen te zorgen en zich er op voor te bereiden in het eigen levensonderhoud te voorzien (*Kamerstukken II*

1985/86, 19 295, nr. 3, p. 7). De vraag rijst of dergelijke omstandigheden vandaag de dag – bijna twintig jaar later – nog steeds gelden, mede in het licht van het gezag dat ouders ook na echtscheiding gezamenlijk blijven uitoefenen (zie onder 3.3).

De keuze om voor kinderloze huwelijken korter dan vijf jaar een maximumtermijn gelijk aan de huwelijksduur in te voeren was gebaseerd op de overtuiging dat naarmate het huwelijk korter had standgehouden ook in mindere mate nadelige gevolgen door het huwelijk zouden zijn ontstaan (*Kamerstukken II* 1985/86, 19 295, nr. 3, p. 19-20).

#### *Factoren die bij (niet-)toekenning van partneralimentatie een rol spelen*

Vanwege de discretionaire bevoegdheid van de alimentatierechter bij de vaststelling van partneralimentatie kan hij naast de behoefte van de alimentatiegerechtigde en de draagkracht van de alimentatieplichtige eveneens rekening houden met niet-financiële factoren. Deze factoren zijn een belangrijke indicatie voor de vraag op welke grondslag in het concrete geval de alimentatieverplichting berust. Bij de al dan niet toekenning van partneralimentatie door de rechter spelen deze niet-financiële factoren op twee momenten een rol, namelijk bij de bepaling van de behoefte van degene die om partneralimentatie verzoekt en bij de vraag of het billijk is de draagkrachtige ex-echtgenoot partneralimentatie te laten betalen aan zijn gewezen echtgenoot. De belangrijkste niet-financiële factoren uit de jurisprudentie die van belang zijn bij de bepaling van de behoefte (Spalter 2013b:78) zijn de:

- ongelijke rolverdeling tussen de echtgenoten tijdens het huwelijk;
- zorg voor kinderen en/of het huishouden;
- zorg voor anderen, zoals (schoon)ouders;
- in de kring van de verzoeker bestaande maatschappelijke opvattingen;
- gezondheidstoestand van verzoeker;
- leeftijd van verzoeker;
- duur van het huwelijk of de samenleving;
- situatie op de arbeidsmarkt, en
- achterstand in scholing, vakopleiding en/of werkervaring.

De belangrijkste niet-financiële factoren die in de jurisprudentie een rol spelen bij de vraag of vaststelling van een alimentatieplicht in overeenstemming is met de redelijkheid en billijkheid (Spalter 2013a:85-92) zijn:

- wangedrag van de behoeftige ex-echtgenoot jegens de draagkrachtige;
- een zeer korte huwelijks- of samenlevingsduur, en
- een lange periode tussen de echtscheiding en het alimentatieverzoek.

Deze factoren kunnen de lotsverbondenheid tussen ex-echtgenoten wegnemen, zodat de onderhoudsbijdrage niet kan worden gebaseerd op de grondslag ‘voortdurende solidariteit’.

*Discussie over de grondslagen van de partneralimentatie*

In de recente literatuur wordt voorgesteld om ten aanzien van de grondslagen voor partneralimentatie naast de ‘voortdurende solidariteit’ de ‘huwelijksgerelateerde vermindering van de verdien capaciteit’ te introduceren (Spalter 2013a:313). De eerstgenoemde grondslag houdt in dat een draagkrachtige ex-echtgenoot financieel verantwoordelijk blijft voor zijn voormalige partner vanwege lotsverbondenheid omdat een huwelijk heeft bestaan waarmee de echtgenoten exclusief voor elkaar hebben gekozen en de wens hebben geuit om een levenslange relatie aan te gaan en voor elkaar te zorgen. Hierdoor mocht de economisch afhankelijke ex-echtgenoot erop vertrouwen dat zij na de scheiding niet onmiddellijk aan haar (financiële) lot wordt overgelaten. De tweede grondslag daarentegen komt er op neer dat een draagkrachtige gescheiden echtgenoot financieel verantwoordelijk blijft voor zijn voormalige behoeftige partner omdat deze laatste financiële offers tijdens het huwelijk heeft gebracht waardoor zij economisch afhankelijk van de andere is geraakt. Meestal is hiervan sprake als gedurende het huwelijk tussen de echtelieden een onevenredige verdeling heeft bestaan van kostwinnerschap en onbetaalde zorgarbeid in het belang van het gezin (vooral zorg voor kinderen). Het onderscheid tussen de twee grondslagen kan *in concreto* worden gemaakt door te toetsen of tussen de behoeftigheid van de alimentatiegerechtigde en het huwelijk een causale relatie bestaat. Zo ja, dan is de onderhoudsplicht gebaseerd op de grondslag ‘huwelijksgerelateerde vermindering van de verdien capaciteit’. Is er geen sprake van een causaal verband, maar is de behoeftigheid het gevolg van andere omstandigheden die bijvoorbeeld liggen in de persoon van de alimentatiegerechtigde zelf, dan is de ‘voortdurende solidariteit’ de rechtvaardiging van de onderhoudsbijdrage.

Het onderscheid tussen enerzijds ‘voortdurende solidariteit’ en anderzijds ‘vermindering van de verdien capaciteit’ kan aan betekenis toenemen wanneer de recente plannen van de VVD, PvdA en D66 doorgang vinden. In de initiatiefnota van deze politieke partijen is namelijk opgenomen dat partneralimentatie nog slechts kan worden toegekend als sprake is van de grondslag ‘huwelijksgerelateerde vermindering van de verdien capaciteit’ (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 312, nr. 1-2.). Uit de resultaten van een enquête die in 2010 door TNS/NIPO in opdracht van de Vrije Universiteit Amsterdam is gehouden onder in Nederland woonachtige personen (N=1031), blijkt echter dat een meerderheid van de ondervraagden ook bereid is om partneralimentatie toe te kennen als deze de ‘voortdurende solidariteit’ als grondslag heeft, bijvoorbeeld als een ex-echtgenoot behoeftig is wegens ziekte of ouderdom (Spalter 2013a:164).

*Discussie over de duur van de partneralimentatie*

Ook over de duur van partneralimentatie wordt weer volop gediscussieerd. Vooral de huidige maximumtermijn van twaalf jaar zou niet meer van deze tijd zijn. Resultaten van een enquête van de Vereniging van Familierecht Advocaten Scheidingsmediators uit 2012 gehouden onder in Nederland woonachtige personen tonen aan dat een ruime meerderheid van de ondervraagden de huidige duur van maximaal twaalf jaar te lang vindt (Onderzoeksrapport ‘Scheiden in Nederland’ 2012:33). Meerdere politieke partijen hebben voorstellen gedaan om de wettelijke maximumtermijn van partneralimentatie ingrijpend te verkorten (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 311, nr. 1-3 (voorstel van PVV) en *Kamerstukken II* 2011/12, 33 312, nr. 1-2 (initiatiefnota VVD, PvdA en D66)).

Het antwoord op de vraag of een verkorting van de maximumtermijn nodig is, is mede afhankelijk van de ernst van het probleem. Uit figuur 6 blijkt dat in slechts één op de zes echtscheidingen partneralimentatie wordt vastgesteld door de rechter. Dat betekent dat in 2011 van de circa 32.500 echtscheidingen in circa 5.400 gevallen partneralimentatie is toegekend. In sommige gevallen eindigt de onderhoudsplicht voordat de maximumduur van twaalf jaar is bereikt omdat de onderhoudsplichtige geen draagkracht meer heeft of komt voordien te overlijden, de onderhoudsgerechtigde hertrouwt of gaat samenleven of de alimentatiegerechtigde slaagt erin zelf in het levensonderhoud te voorzien of komt voordien te overlijden (Roelvink-Verhoeff 2013:91). Daarnaast is van belang dat de huidige wet reeds erin voorziet de duur op maat te bepalen. Op grond van artikel 1:157 lid 3 en lid 5 j° 6 BW *kan* de rechter de alimentatieduur verkorten of verlengen zulks op verzoek van de alimentatiegerechtigde of de alimentatieplichtige (HR 30 januari 2004, *LJN* AL8626). In de literatuur wordt echter door auteurs die zelf werkzaam zijn in de rechtspraak aangegeven dat door rechters doorgaans niet wordt afgeweken van de maximumtermijnen (De Bruijn-Lückers & Labohm 2012:6947; Smeets & Timmermans 2012:18; Spoormans 2012:8; Zijlmans 2013: 105-113) omdat verzoeken tot een kortere duur door de alimentatieplichtige niet of zelden worden ingediend. De rechter kan namelijk de maximumtermijnen niet ambtshalve aanpassen en de voorwaarden die worden gesteld aan verkorting of verlenging zijn streng. De Hoge Raad (sinds HR 11 juni 1982, *NJ* 1983, 595) stelt hoge motiveringseisen aan de beslissing om te limiteren omdat deze beslissing in beginsel onherroepelijk en onomkeerbaar is. De Bruijn-Lückers & Labohm (2012:6947) stellen dat de mogelijkheden voor maatwerk onvoldoende worden benut. Om te kunnen achterhalen of in de praktijk inderdaad door de rechters weinig wordt afgeweken van de maximumtermijnen, is een (uitgebreid) dossieronderzoek nodig. Een dergelijk onderzoek is in Nederland nog niet uitgevoerd. Wel blijkt uit jurisprudentieonderzoek van 19 gepubliceerde uitspraken gewezen door gerechtshoven in de periode januari 2012 t/m april 2013 waarin om verlenging danwel verkorting van de 12-jarige onderhoudstermijn werd verzocht dat de rechter de beslissing uitvoerig heeft

gemotiveerd.<sup>3</sup> Verschillende omstandigheden werden beslissend geacht, zoals ziekte onderhoudsgerechtigde, beëindiging lotsverbondenheid op grond van bepaalde handelingen, onvoldoende benutting van de verdien capaciteit, korte huwelijksduur, kinderloos huwelijk, beschikking over eigen woning en hoge banktegoeden, gebrek aan bewijs van omstandigheden voor limitering, afronding studie, (zeer) hoge leeftijd onderhoudsgerechtigde in combinatie met bepaalde toezeggingen. De zes verzoeken tot verlenging van de alimentatieduur werden voor de helft toegewezen. De verzoeken tot limitering van de alimentatieduur waren in zes gevallen succesvol tegenover zeven afwijzingen.

De idee om de voorwaarden die worden gesteld aan verkorting of verlenging van de alimentatieduur te versoepelen werd reeds in de jaren 70 van de vorige eeuw als alternatief voor de invoering van een maximumtermijn voorgesteld om de limiteringsmogelijkheid uit artikel 1:157 lid 3 BW te verduidelijken en aan te scherpen (*Kamerstukken II 1978/79*, 11 860, nr. 7, p. 21). Uit de hierboven aangehaalde de resultaten van een enquête uit 2010 die door TNS/NIPO in opdracht van de Vrije Universiteit Amsterdam, blijkt bovendien dat de respondenten geen voorstander zijn van een standaardtermijn, maar maatwerk wensen (Spalter 2013a:165).

#### *Discussie over uitbreiding van partneralimentatie tot samenwonenden*

Omdat het aantal huishoudens van niet-gehuwde paren van 819.717 in 2009 tot 892.743 in 2013 is gestegen (CBS 2013) en er naar schatting jaarlijks twee keer zo veel relaties van niet-gehuwd samenwonenden verbreken als van gehuwden (De Graaf 2011:91) rijst de vraag of het recht op partneralimentatie niet ook zou moeten gelden voor de verbreking van de relatie van samenwonenden. Wat

- 
- 3 Hof Amsterdam 17 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV8267;  
 Hof 's-Gravenhage 1 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV8010;  
 Hof 's-Gravenhage 7 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW9396;  
 Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0820;  
 Hof 's-Hertogenbosch 25 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW4020;  
 Hof Amsterdam 1 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX5412;  
 Hof Amsterdam 15 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX6043;  
 Hof 's-Gravenhage 16 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ6040;  
 Hof 's-Gravenhage 18 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ6876;  
 Hof Leeuwarden 9 augustus 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX6203;  
 Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX6243;  
 Hof 's-Gravenhage 12 september 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3198;  
 Hof Amsterdam 27 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY1815;  
 Hof 's-Hertogenbosch 10 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX9826;  
 Hof 's-Gravenhage 17 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY5224;  
 Hof 's-Gravenhage 31 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY5027;  
 Hof 's-Gravenhage 31 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY4522;  
 Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1939;  
 Hof Leeuwarden 26 maart 2013, ECLI:NL:GHLEE:2013:BZ6862.

betreft de verdeling van werk- en zorgtaken bestaat bij langdurige samenwoning met kinderen immers feitelijk geen verschil met het huwelijk of geregisterd partnerschap. Bij uitbreiding van het partneralimentatierecht op samenwonenden zouden zij van een wettelijke alimentatieplicht uitdrukkelijk mogen afwijken bij notarieel verleden (samenlevings)overeenkomst (Antokolskaia et al. 2011:331 e.v.). In de kabinetsreactie op het Rapport ‘Koude uitsluiting’ wordt gewezen op de mogelijkheid partneralimentatie in redelijkheid toe te kennen maar meer principieel acht de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie Teeven opname van een onderhoudsplicht voor samenwonenden in de wet een te ver gaande inbreuk op de partijautonomie gelet op het feit dat partijen *niet* voor het huwelijk hebben gekozen. Toch werd over het opstellen van een hanteerbare regeling nader overleg met de praktijk gevoerd (Kabinetsreactie over het rapport ‘Koude uitsluiting’ 26 september 2011) en uit dit overleg is gebleken dat een alimentatievoorziening niet als een oplossing wordt gezien door de praktijk. Daar er geen aanknopingspunten zijn gevonden voor een alimentatieregeling voor samenwoners wordt hiertoe niet overgegaan (*Kamerstukken II 2011/2012, 28 867, nrs. 23 en 29*).

### **3.3. *Van eenhoofdige verantwoordelijkheid over het kind naar gelijkwaardig ouderschap***

*De facto* gelijkheid tussen vrouwen en mannen is mede afhankelijk van de wijze waarop zij arbeid en zorg voor kinderen verdelen. Veranderingen binnen het gezags- en omgangsrecht hebben geleid tot een *de jure* gelijke positie tussen mannen en vrouwen waar het de zorg voor kinderen betreft. Hoewel deze veranderingen zijn voortgekomen redenerend vanuit het belang van het kind, kunnen zij eveneens gevolgen hebben voor de (*de facto*) gelijkheid tussen mannen en vrouwen bij de verdeling van arbeid en zorg. Daarom worden in het navolgende de belangrijkste nationale en internationale ontwikkelingen geschetst binnen het gezags- en omgangsrecht sinds 1970.

#### *Ontwikkelingen in het Nederlandse recht*

Ten tijde van de invoering van het nieuwe echtscheidingsrecht in 1971 oefenden beide ouders tijdens het huwelijk de ouderlijke macht uit over een kind, maar hadden vaders een beslissende stem ingeval van een conflict. Daarnaast had de vader de verantwoordelijkheid over het vermogen van de minderjarige en vertegenwoordigde hij de minderjarige in en buiten rechte. Na een echtscheiding werd een van de ouders tot voogd benoemd en de ander tot toezien voogd. In de praktijk bleven de kinderen vaak bij de moeder wonen, die de voogdij kreeg, terwijl de vader tot toezien voogd werden benoemd (WODC 1987). Het nieuwe echtscheidingsrecht van 1971 bracht geen verandering in deze situatie. Wel kregen rechters op grond van de nieuwe wet de discretionaire bevoegdheid om een omgangsregeling vast te stellen voor de niet-verzorgende ouder na een scheiding (Jeppesen de Boer 2008:44).



Door een wetwijziging in 1984 kregen gehuwde ouders gelijke rechten ten aanzien van de ouderlijke macht over hun minderjarige kinderen. Door een uitspraak van de Hoge Raad in 1984 (HR 4 mei 1984, *NJ* 1985, 510 m.n. E.A.A. Luijten) veranderde eveneens de situatie na scheiding. Gebaseerd op artikel 8 Europees Verdrag voor de Recht van de Mens (hierna: EVRM) konden beide ouders na scheiding de ouderlijke macht behouden. In de zogenaamde Lentebeslissingen die volgden gaf de Hoge Raad hieraan nadere invulling en legde criteria vast voor het behouden of verkrijgen van gezamenlijke ouderlijke verantwoordelijkheid na een scheiding (HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585-586). Sinds 1990 hebben gescheiden ouders zonder gezag een wettelijk recht op omgang.

Vervolgens vond in 1995 een belangrijke wetwijziging plaats (*Stb.* 240, Kamerstukken 23012). Niet alleen veranderde de terminologie van ouderlijke macht naar ouderlijk gezag (De Boer 2010:812), maar deze wet gaf ouders eveneens de mogelijkheid om samen een verzoek tot gezamenlijk gezag na scheiding in te dienen bij de rechter. Daarnaast kregen ook ongehuwde ouders recht op omgang met hun kinderen na het verbreken van de relatie en had de rechter de discretionaire bevoegdheid om voor biologische vaders, die het kind niet hadden erkend, een omgangsregeling vast te stellen.

De volgende stap werd genomen met de wet van 1998 (*Stb.* 506, Kamerstukken 23714). Sindsdien loopt het gezamenlijk gezag van ouders van rechtswege door na een scheiding. De Hoge Raad (HR 10 september 1999, *NJ* 2000, 20 m.n. S.F.M. Wortmann) bepaalde echter in 1999 dat de rechter eenhoofdig gezag op kan leggen, indien het kind 'klem en verloren dreigt te raken, omdat de ouders niet in staat zijn met elkaar te communiceren. Dit criterium werd pas 10 jaar later in de wet opgenomen.

In 2009 werd de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige echtscheiding ingevoerd (*Stb.* 2009, 500). Deze wet maakt het mogelijk om een eenzijdig verzoek tot gezamenlijk gezag in te dienen. Daarnaast was het doel van de wet om gelijkwaardig ouderschap te stimuleren na een scheiding. Dit resulteerde in de introductie van het verplichte ouderschapsplan bij scheiding en in de normstelling dat kinderen na een scheiding recht hebben op een gelijkwaardige verzorging van beide ouders (art. 247 lid 4). Bovendien vond een belangrijke terminologische verandering plaats. De term 'omgang' is niet langer van toepassing op ouders met gezag, maar is vervangen door het begrip 'verdeling zorgtaken'.

Met deze wetwijziging is de wetgever nog een stap verder gegaan in de richting van gelijkwaardig ouderschap. Van gezamenlijk gezag zowel tijdens de relatie als na een scheiding, lijkt nu (gelijke) gezamenlijk zorg het uitgangspunt te worden. Daaronder vallen kinderen die bij beide ouders wonen gedurende een nagenoeg evenredig verdeelde periode (verblijfsco-ouderschap) en kinderen die bij één

van de ouders hun hoofdverblijfplaats hebben. Uit het onderzoek Scholieren en Gezinnen uit 2010 blijkt dat 20% van de jongeren tussen 9 en 16 jaar met gescheiden ouders in een verblijfsco-ouderschapssituatie woont (Spruit en Kosmos 2010:37). Uit figuur 10 blijkt dat ca. 30% van de echtscheidingskinderen hun verblijfplaats bij beide ouders hebben terwijl 65% van de echtscheidingskinderen in 2011 bij de moeder verblijven. Het verschil in percentage zou kunnen worden verklaard door de verschillende leeftijdscategorieën van de kinderen. Oudere kinderen geven eerder de voorkeur aan het verblijf bij één ouder. Resultaten van een juridisch-sociologisch onderzoek naar verblijfsco-ouderschap dat momenteel aan de Universiteit Utrecht wordt uitgevoerd zijn pas in 2015 te verwachten.

Geruime tijd was onzeker wat onder het begrip ‘gelijkwaardig ouderschap’ wordt verstaan. Sinds de uitspraak van de Hoge Raad van 21 mei 2010 (*LJN BL7407*) bestaat hierover meer duidelijkheid. De Hoge Raad bepaalde dat de rechter niet verplicht is om in alle gevallen co-ouderschap op te leggen. De rechter dient co-ouderschap wel als uitgangspunt te nemen, maar een gelijke verdeling, waarbij ieder van de ouders de helft van de tijd voor het kind zorgt, is niet vereist. Het belang van het kind is doorslaggevend bij de bepaling of verblijfsco-ouderschap wenselijk is. Deze uitspraak brengt met zich mee dat verblijfsco-ouderschap ook tegen de wil van een of beide ouders kan worden opgelegd. Dit is echter niet waarschijnlijk (Antokolskaia 2011:18).

#### *Voorwaarden die het internationale en Europese recht stellen*

Ook op grond van het internationale recht is gelijkheid tussen ouders gewaarborgd. Hoewel deze gelijkheid voornamelijk ziet op non-discriminatie van ongehuwde ouders en niet op een gelijke verdeling van zorg tussen beide ouders, is een trend waarneembaar waarbij ook gelijke verantwoordelijkheid in de uitoefening van de zorgtaken door de ouders het uitgangspunt wordt (Nikolina 2012:144).

Artikel 8 van het EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie van het EHRM is van grote betekenis voor het Nederlandse familierecht. Hierin is o.a. bepaald dat een ieder recht heeft op respect voor zijn familie- en gezinsleven. Inmenging van de overheid is slechts toegestaan voor zover bij de wet voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving. Dit artikel bepaalt dus niet uitdrukkelijk welke concrete rechten ouders en kinderen hieraan kunnen ontleenen. De lidstaten hebben een ‘margin of appreciation’ bij de bepaling van hun beleid en het geeft het EHRM de mogelijkheid om zaken in het licht van maatschappelijke veranderingen de beoordelen. Zoals reeds bleek, opende dit artikel in 1984 de mogelijkheid voor ouders om ook na een scheiding het gezamenlijke gezag te behouden. Het EVRM was eveneens van belang bij de laatste grote wetswijziging in 2009, namelijk bij het invoeren van de mogelijkheid door de rechter gezamenlijk gezag toe te wijzen op verzoek van één van de ouders (Jeppesen de Boer 2008:100).

Niet-bindende internationale regelgeving, zoals de *Draft Recommendation on the rights and legal status of children and parental responsibilities* (van de Raad van Europa) en de *Commission on European Family Law* (CEFL) tenslotte gaan nog een stap verder dan het EVRM, door een duidelijk standpunt in te nemen aangaande verblijfsco-ouderschap. In de *Draft Recommendation* is vastgelegd dat ouders niet alleen een gelijke ouderlijke verantwoordelijkheid dienen te hebben, maar tevens gelijke rechten hebben ten aanzien van de uitoefening van deze verantwoordelijkheid (art. 29). De CEFL heeft in beginsel 3:20 van de Beginselen van Europees Familierecht betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid bepaald dat op grond van een overeenkomst of een beslissing van een bevoegde autoriteit het kind afwisselend kan verblijven bij de dragers van de ouderlijke verantwoordelijkheid. Hoewel het (bindende) internationale recht de mogelijkheid van verblijfsco-ouderschap niet uitsluit, vormt het evenmin een verplichting (Nikolina 2012:144).

#### *Welke gevolgen heeft gelijkwaardig ouderschap?*

Bovenstaande ontwikkelingen tonen aan dat zowel nationaal als internationaal een verandering heeft plaatsgevonden van eenhoofdige verantwoordelijkheid naar gezamenlijke ouderlijke verantwoordelijkheid. Zowel tijdens de relatie van de ouders, als na een scheiding. Met name de laatste wijzigingen in 2009 zijn gericht op een gelijkwaardige voortzetting van het ouderschap na een scheiding. De terminologische verandering van ‘omgang’ naar ‘verdeling zorgtaken’ vormt hier een duidelijke illustratie van. Een gelijkwaardige verdeling van de zorgtaken zou kunnen impliceren dat eveneens een gelijkwaardige verdeling van de arbeid mogelijk is. Deze relatie wordt door de werkelijkheid echter (nog) niet bevestigd. De vraag rijst derhalve welke rol deze wetswijziging speelt in een *de facto* gelijke verdeling van zorg en arbeid.

### **3.4. Samenvatting**

De algehele gemeenschap van goederen die van rechtswege ontstaat bij het aangaan van een huwelijk/geregistreerd partnerschap kan uitsluitend door de echtgenoten/partners zelf worden gewijzigd door middel van huwelijkse voorwaarden bij het aangaan van het huwelijk of tijdens het huwelijk. Dergelijke overeenkomsten worden regelmatig gesloten, al is niet bekend wat de precieze redenen zijn om van het wettelijke systeem te willen afwijken. Onder de algehele gemeenschap van goederen is iedere echtgenoot eigenaar van de helft van het huwelijkse vermogen waartoe het voorhuwelijkse vermogen en de tijdens het huwelijk verkregen nalatenschappen behoren. De niet aan het arbeidsproces deelnemende echtgenoot verkrijgt op deze wijze dezelfde positie als de echtgenoot-kostwinner. Daar staat tegenover dat ingeval van een koude uitsluiting de echtgenoot die tijdens het huwelijk de kinderen heeft verzorgd en om die redenen niet of nauwelijks aan het arbeidsproces heeft deelgenomen letterlijk in de kou kan komen te staan. Zij/hij

is niet eigenaar van de helft van het vermogen van de andere echtgenoot en deelt ook niet in de vermogensvermeerdering.

Het feit dat na ontbinding van het huwelijk de afhankelijke partner aanspraak kan maken op partneralimentatie impliceert een zekere bescherming van het inkomensrisico dat deze partner draagt vanwege de specialisatie op zorg. In de huidige systematiek bedraagt de maximumduur van de alimentatie twaalf jaar. Deze duur is gebaseerd op de veronderstelling dat na twaalf jaar het jongste kind naar de middelbare school gaat. Met betrekking tot de kinderen geldt sinds 1984 dat ouders gezamenlijk het ouderlijk gezag over hun minderjarige uitoefenen. De Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldig echtscheiding van 2009 neemt co-ouderschap als uitgangspunt; een gelijke verdeling van de zorg is evenwel niet vereist. Op dit moment kent circa 30% van de kinderen betrokken bij scheiding een verblijfco-ouderschap bij beide ouders terwijl bijna twee op de drie kinderen na een scheiding bij hun moeder wonen en een op de zestien bij hun vader.

In de huidige rechtspraktijk wordt partneralimentatie slechts in een minderheid van de gevallen toegekend. Op dit moment ontvangt 1 op de 6 gescheiden vrouwen alimentatie. Ook heeft de rechter onder de thans geldende regeling de mogelijkheid om een kortere alimentatieduur op te leggen, zulks op verzoek van partijen. Verder is er sprake van een duidelijke beweging van éénhoofdige zorg voor het kind naar gelijkwaardig ouderschap. Op basis hiervan lijkt zich in de juridische praktijk al een zekere verdiscontering af te tekenen van de gewijzigde maatschappelijke omstandigheden.

Geheel buiten de huidige wettelijke regelingen inzake het huwelijksvermogensrecht en de partneralimentatie blijven de ex-partners van een samenwoning terwijl na het verbreken van de relatie het ouderschap en de uitoefening van het gezag gelijkwaardig voor beiden blijft bestaan. Of en hoe de wetgever het recht zou moeten aanpassen aan de maatschappelijke realiteit is onderwerp van discussie.

#### **4. Synthese: *de facto* ongelijkheid versus *de jure* gelijkheid**

Ongelijkheid tussen mannen en vrouwen is een hardnekkig verschijnsel. Ondanks een sterk gestegen opleidingsniveau, ligt de arbeidsmarktparticipatie van vrouwen nog steeds lager dan die mannen en het zelfde geldt voor de mate van economische zelfstandigheid. De duiding van deze verschillen ligt gevoelig. Dat bleek onder andere in het voorjaar van 2013 toen de minister van OCW naar de *de facto* gelijkheid van jongens en meisjes in termen van opleiding wees. In het verlengde hiervan – zo redeneerde de minister – kan ook een grotere gelijkheid worden verwacht in termen van arbeidsmarktparticipatie. De opmerkingen gaven aanleiding tot een fel debat waarin vooral werd gewezen op het feit dat in deze redenering over het hoofd wordt gezien dat vrouwen met name participeren in de

onbetaalde zorg. In plaats van vrouwen af te rekenen op hun relatieve economische onzelfstandigheid, zo luidde de kritiek, zouden zij eerder moeten worden beloond voor hun dienstbaarheid aan de volgende generatie.

De ambivalentie in de analyse van de *de facto* ongelijkheid tussen mannen en vrouwen weerspiegelt zich in het systeem van partneralimentatie. De oorspronkelijke, meer culturele, notie van lotsverbondenheid als grondslag voor alimentatie lijkt plaats te maken voor een meer economisch georiënteerde grondslag door naast de ‘voortdurende solidariteit’ de grondslag ‘vermindering van verdiencapaciteit’ te plaatsen. In beide gevallen kan de economisch afhankelijke partner er op vertrouwen dat zij na de scheiding niet onmiddellijk aan haar (financiële) lot wordt overgelaten. In het eerste geval is de grondslag evenwel het rechtstreekse gevolg van het huwelijk, in het tweede geval gaat het vooral om de daadwerkelijke activiteiten die zijn verricht, of liever niét zijn verricht, als gevolg van zorgverantwoordelijkheden.

Dit onderzoek bevestigt dat bij vrouwen met kinderen een (relatieve) vermindering van de verdiencapaciteit bestaat, terwijl bij mannen met kinderen sprake is (relatieve) vermeerdering van de verdiencapaciteit. De verschillen worden weliswaar kleiner, maar zij zijn nog steeds substantieel van aard. De trend is positief, maar in hoeverre in dit opzicht op ten duur een grotere convergentie gaat optreden, hangt af van meerdere omstandigheden, die met elkaar samenhangen. Een daarvan heeft betrekking op het stelsel van partneralimentatie.

#### *Twee scenario's*

De vraag is wat de ontwikkelingen in de *de facto* ongelijkheid betekenen voor de vormgeving van het alimentatiestelsel. Twee verschillende scenario's kunnen hier worden onderscheiden.

Het *eerste scenario* is dat de huidige ontwikkelingen niet nopen tot een aanpassing; er is nog steeds sprake van aanzienlijke verschillen in de arbeidsverdeling tussen mannen en vrouwen en gezien het belang van onbetaalde arbeid is het goed te verdedigen dat de partner die deze taak op zich neemt wordt beschermd voor de mogelijke negatieve consequenties in termen van inkomen en carrière. De consequentie van het verschil in arbeidsmarktgedrag van mannen en vrouwen wordt hier dus gecompenseerd.

Het *tweede scenario* stelt dat de huidige ontwikkelingen in *de facto* ongelijkheid niet langer een partneralimentatie van twaalf jaar rechtvaardigen, mede gezien het feit dat deze regelgeving, juist omdat de financiële gevolgen van verschillen worden gecompenseerd, een rol kan spelen in de bestending van de verschillen. Vanuit een meer transformationele invulling van het gelijkheidsbegrip, waarin iedere burger wordt aangesproken op arbeid en zorg, kan worden gesteld dat naarmate de samenleving er beter in slaagt om arbeid en zorg daadwerkelijk combineerbaar te maken voor individuele mannen en vrouwen, het partneralimentatiestelsel

kan worden versoerd. Immers partneralimentatie is er vooral op gericht om de negatieve gevolgen van de maatschappelijke arbeidsdeling voor de meest kwetsbare partner (deels) te compenseren. Als van specialisatie niet langer sprake is, is ook een compensatieregeling niet langer noodzakelijk. Tegen die achtergrond zou ook een cohortsgewijze afbouw van de partneralimentatie kunnen worden voorgesteld, waarbij de duur van de alimentatie wordt gekoppeld met het percentage vrouwen dat (via betaalde arbeid) economisch zelfstandig is.

Bij beide scenario's is het belangrijk rekening te houden met de kring van rechthebbenden, oftewel voor wie de alimentatieregeling geldt. Op dit moment geldt immers het stelsel van alimentatie niet voor samenwonenden, terwijl feitelijk gezien tussen (de verbreking van) een huwelijks- en gezinsleven en een samenleving met kinderen geen verschil bestaat. Het aantal samenlevende paren stijgt en meer dan de helft van de kinderen wordt geboren uit een relatie van ouders die niet met elkaar zijn gehuwd. Een verruiming van de kring van rechthebbenden ligt dus in de rede.

Indien wordt geopteerd voor een verkorting van de partneralimentatieduur, dan is op basis van de huidige gegevens niet met zekerheid te voorspellen welke gevolgen dit zal hebben voor de economische zelfstandigheid van vrouwen. De huidige *de facto* ongelijkheid tussen mannen en vrouwen lijkt het resultaat van een breed samenspel van factoren waarvan het stelsel van alimentatie slechts één is. Gegeven het feit dat slechts in een minderheid van de echtscheidingen partneralimentatie wordt toegekend, lijkt de feitelijke impact van deze regeling op de *de facto* ongelijkheid tussen mannen en vrouwen betrekkelijk klein te zijn. Meer in het algemeen kan worden gesteld dat hier een goede informatievoorziening een belangrijk goed is. Eventuele veranderingen in de duur van de alimentatie, in combinatie met het gegeven dat 1 op de 3 relaties strandt, zou aanleiding kunnen zijn voor de overheid om ten minste meer voorlichting te verstrekken over de gevolgen van het aangaan, maar in het bijzonder het verbreken van een relatie. De huidige discussie concentreert zich vooral op de verbreking van formele relaties (huwelijk en geregistreerd partnerschap) en de gevolgen daarvan, terwijl dezelfde 'offers' door verzorgende moeders worden gebracht als zij met haar partner en kinderen samenleeft. In geval van een verbreking van de samenleving bevinden zich deze moeders in materieel opzicht in een met gescheiden moeders vergelijkbare situatie.

## 5. Epiloog

De afgelopen jaren is de maatschappelijke arbeidsverdeling tussen mannen en vrouwen sterk veranderd. Het kostwinnersmodel heeft plaats gemaakt voor het anderhalfverdienermodel. Ten opzichte van het kostwinnersmodel impliceert dit een meer gelijke verdeling van betaalde en onbetaalde arbeid tussen mannen en

vrouwen. Van werkelijke gelijkheid is echter nog steeds geen sprake: mannen werken meer buitenshuis, vrouwen werken meer binnenhuis. Dit heeft onder ander tot gevolg dat de economische zelfstandigheid van vrouwen relatief laag is, terwijl vrouwen ook aanzienlijk minder verdienen dan mannen. De *de jure* gelijkheid van mannen en vrouwen vertaalt zich derhalve nog steeds in een relatief grote *de facto* (sociaal economische) ongelijkheid.

Op de vraag of het recht aansluit bij de maatschappelijke realiteit kan in zoverre een bevestigend antwoord worden gegeven omdat er nog steeds sprake is van een aanzienlijke specialisatie tussen de partners. Daarmee loopt de afhankelijke partner – en dat is in de meeste gevallen de vrouw – nog steeds een groot risico in termen van inkomen en economische zelfstandigheid. Deze specialisatie maakt een aanspraak op partneralimentatie voor een bepaalde tijd om de overgang naar economische zelfstandigheid te bevorderen verdedigbaar. Wel kunnen vraagtekens worden gezet bij de maximum duur van twaalf jaar, mede gezien de overweging dat het recht op alimentatie ook zelf de oorzaak kan zijn van voortdurende ongelijkheid. Onderzoek zou moeten uitwijzen wat op dit moment de daadwerkelijke duur is van de opgelegde onderhoudsplicht, hoe vaak deze nu eindigt en op grond van welke omstandigheden voordat de maximumduur van twaalf jaar is bereikt. De huidige koppeling van de alimentatieduur aan de middelbare schoolleeftijd van het jongste kind zou mogelijk op termijn kunnen worden gewijzigd door deze te verbinden aan de basisschoolleeftijd van het jongste kind op voorwaarde dat buitenschoolse opvang beschikbaar is.

Meer in het algemeen kan worden geconstateerd dat naarmate de samenleving er beter in slaagt om arbeid en zorg daadwerkelijk combineerbaar te maken voor individuele mannen en vrouwen, het partneralimentatiestelsel kan worden versoerd. Immers het systeem van partneralimentatie is een typisch voorbeeld van een op compensatie gebaseerde gelijkheidsbenadering. Met andere woorden: een systeem van partneralimentatie past binnen een systeem dat is gebaseerd op het kostwinnersmodel. Wanneer een dergelijke specialisatie niet langer opgeld doet, ontvalt ook de grondslag voor het toekennen van alimentatie. Op dit moment is echter van een *de facto* gelijkheid tussen mannen en vrouwen nog geen sprake.

## BIBLIOGRAFIE

Antokolskaia 2011

M.V. Antokolskaia, 'Co-ouderschap in Nederland: Eindelijk duidelijkheid!', *Justitiële Verkenningen* 2011, afl. 6, p. 9-19.

Antokolskaia et al. 2011

M.V. Antokolskaia et al., *Koude uitsluiting, Materiële problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners, alsmede instrumenten voor de overheid om deze tegen te gaan*, Familie & Recht 2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Antokolskaia & Boele-Woelki 2002

M.V. Antokolskaia en K. Boele-Woelki, 'Dutch Family Law in the 21st Century: Trend-setting and Straggling Behind at the Same Time', in: E.W. Hondius en C. Joustra (eds.), *Netherlands Reports to the 16<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law*, Brussels: Intersentia 2002, p. 53-74.

Boele-Woelki et al. 2013

K. Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law Regarding Property Relations between Spouses*, European Family Law series No. 33, Cambridge: Intersentia 2013.

Boele-Woelki & Braat 2012

K. Boele-Woelki en B. Braat, 'Marital agreements and party autonomy in Dutch law', in: J. Scherpe (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in a Comparative Perspective, The legal status of pre-nuptial, post-nuptial and separation agreements*, Oxford: Hart Publishers 2012, p. 231-255.

Boele-Woelki, Braat & Curry-Sumner 2009

K. Boele-Woelki, B. Braat en I. Curry-Sumner, *European Family Law in Action, Volume IV, Property Relations between Spouses*, European Family Law Series No. 24, Cambridge: Intersentia 2009.

De Boer 2010

J. De Boer, *Personen- en Familierecht, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2010.

Bussemaker et al. 1997

J. Bussemaker et al., 'Lone mothers in the Netherlands', in: J. Lewis (ed.), *Lone mothers in European Welfare Regimes. Shifting Policy Logics*, London: Jessica Kibgsley Publishers 1997, p. 96-120.



Bussemaker 1993

M. Bussemaker, *Betwiste zelfstandigheid. Individualisering, sekse en verzorgingsstaat* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: SUA 1993.

De Bruijn-Lückers & Labohm 2012

M.L.C.C. De Bruijn-Lückers en A.N. Labohm, 'Alimentatie in tijden van crisis en maatschappelijke verandering', *WPNR* 2012, afl. 6947, 2012, p. 711-717.

Emancipatiemonitor 2012

*Emancipatiemonitor*, Sociaal Cultureel Planbureau, Centraal bureau voor de Statistiek, 2012.

Fraser 1997

N. Fraser, 'After the family wage: a post-industrial thought experiment', in: B. Hobson and A.M. Berggren, *Crossing borders. Gender and citizenship in transition*, 1997, p. 21-55.

De Graaf 2011

A. De Graaf, 'Gezinnen in beweging', *Bevolkingstrends* 2011, 2<sup>e</sup> kwartaal, p. 82-96.

Hoofdlijnenbrief over het Emancipatiebeleid van de Minister van OCW 2013

*Hoofdlijnenbrief over het Emancipatiebeleid van de Minister van OCW*, 10 mei 2013 (Tweede Kamer 30 420).

Jeppesen de Boer 2008

C. Jeppesen de Boer, *Joint parental authority*, European Family Law series No. 22, Antwerpen: Intersentia 2008.

Lewis 2001

J. Lewis, 'The decline of the male breadwinner model. Implications for work and care', *Social Politics* 2001, p. 152-169.

Lewis & Guillari 2005

J. Lewis en S. Guillari, 'The adult work model family, gender equality and care. The search for new policy principles and the possibilities and problems of a capabilities approach', *Economy and Society* 2005, 34(1), p. 67-104.

Van Mourik & Burgerhart 2005

M.J.M. van Mourik en W. Burgerhart, 'De ontwikkeling in de praktijk der huwelijks- en partnerschapsvoorwaarden in de periode 1997-2003', *WPNR* 2005, afl. 6648, p. 1027-1039.

Nikolina 2012

N. Nikolina, 'The Influence of International Law on the Issue of Co-Parenting. Emerging Trends in International and European Instruments', *Utrecht Law Review* 2012, p. 122-144.

Pel 1995

M. Pel, 'Beperking van de alimentatieduur door de rechter', *Trema* 2005, p. 201-208.

Roelvink-Verhoeff 2013

A. Roelvink-Verhoeff, 'Partneralimentatie in ontwikkeling', in: M.V. Antokolskaia en B. Breederveld (ed.), *Partner- en kinderalimentatie: knelpunten en voorstellen voor verbetering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 89-104.

Schols & Hoen 2012

FW.J.M. Schols en F.M.H. Hoen, 'CNR-Huwelijksvoorwaardenonderzoek, deel I: algemeen en koude voorwaarden', *WPNR* 2012, afl. 6956.

Smeets & Timmermans 2012

C. Smeets en L. Timmermans, 'Geen vast termijn, maar alimentatie op maat', *Trouw* 3 februari 2012, p. 18.

Spalter 2013a

N.D. Spalter, *Grondslagen van partneralimentatie*, (diss. Amsterdam Vrije Universiteit), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Spalter 2013b

N.D. Spalter, 'Praktische toepassing van de grondslagen van partneralimentatie in de alimentatieprocedure', in: M.V. Antokolskaia en B. Breederveld (ed.), *Partner- en kinderalimentatie: knelpunten en voorstellen voor verbetering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 69-87.

Spoormans 2012

A. Spoormans, 'Nieuwe regels alimentatie niet nodig. Kortere duur is nu al mogelijk', *Het Financiële Dagblad* 1 maart 2012, p. 8.

Spruijt & Kosmos 2010

E. Spruijt en H. Kosmos, *Handboek scheiden en de kinderen*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2010.

Tigchelaar 1999

J. Tigchelaar, *Gescheiden zorgen, zorg en autonomie in het politiek-juridisch debat over alimentatierecht* (diss. Utrecht Rijksuniversiteit), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

Zijlmans 2013

T.E.D.M. Zijlmans, ‘De knelpunten van de partneralimentatie: de duur van de alimentatieverplichting’, in: M.V. Antokolskaia en B. Breederveld (ed.), *Partner- en kinderalimentatie: knelpunten en voorstellen voor verbetering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 105-113.

Vereniging voor Familierecht Advocaten Scheidingsmediators 2012

Vereniging voor Familierecht Advocaten Scheidingsmediators, *Onderzoeksrapport ‘Scheiden in Nederland’*, Den Haag: [www.verder-online.nl/sites/default/files/TNS%20NIPO\\_vFAS-Scheiden%20in%20Nederland%202012.pdf](http://www.verder-online.nl/sites/default/files/TNS%20NIPO_vFAS-Scheiden%20in%20Nederland%202012.pdf)

WODC 1987

WODC, *Rechterlijke uitspraken over de regeling van het gezag en de omgang bij scheiding, een landelijk dossieronderzoek*, Den Haag: SDU uitgeverij 1987.



# Zorg voor de werknemer-mantelzorger: Een vergelijking van verlofregelingen in het Europese, Duitse en Nederlandse recht

*Susanne Burri & Susanne Heeger-Hertter*

## 1. Inleiding

In september 2013 kopte Trouw al: ‘Ieder uur dat meer wordt gewerkt, gaat af van mogelijke zorgverlening’.<sup>1</sup> Deze krantenkop weerspiegelt de spanning in het streven van de overheid naar enerzijds meer arbeidsparticipatie en anderzijds informalisering van de zorg. In de nabije toekomst zullen bovendien meer uren voor zorg nodig zijn, zo is de verwachting op grond van zowel demografische, maatschappelijke als beleidsmatige ontwikkelingen. Vraag is daarom hoe beide beleidsdoelen kunnen worden gerealiseerd. Zorgverlening door voornamelijk beroepskrachten (formele of ook wel professionele zorg genoemd) wordt op den duur onbetaalbaar geacht en daarom lijkt een toenemend beroep op informele zorg (zoals mantelzorg of vrijwilligerswerk) onontkoombaar. Daarbij past wel de kanttekening dat mantelzorg slechts één van de wijzen is waarop zorg kan worden verleend. In de (nabije) toekomst zullen behoeften aan zorg bijvoorbeeld ook digitaal, door middel van robotisering en/of het aanbieden van diensten via internet kunnen worden vervuld. Bovendien is ook de vraag van belang in hoeverre zorg kan worden uitbesteed, evenals de wenselijkheid van uitbesteding. Bij dat laatste kunnen ook culturele factoren een rol spelen. De mogelijkheden om tegemoet te komen aan diverse zorgbehoeften door aanbieders van zorg zullen hoogstwaarschijnlijk toenemen. In die zin dient de kop in Trouw te worden genuanceerd.

Beleid dat gericht is op informalisering van zorg, stuit op verschillende problemen. Allereerst is dit de reeds genoemde botsing met het andere beleidsdoel, de verdere verhoging van de arbeidsparticipatie, in het bijzonder van vrouwen, dat niet alleen voor Nederland, maar ook voor de EU en voor ons buurland Duitsland geldt. De verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd houdt ook mede verband met de beoogde toegenomen arbeidsmarktparticipatie. Een hogere arbeidsmarktparticipatie zal betekenen dat mensen minder uren beschikbaar hebben voor andere activiteiten, zoals zorg. Een tweede probleem betreft de potentiële mantelzorgers: niet alle werknemers willen of kunnen zelf informele zorg geven. Maatschappelijke ontwikkelingen worden namelijk ook gekenmerkt

---

1 L. van Baars, ‘Verzorgingsstaat nu geschiedenis? Vergeet het maar’, *Trouw* 19 september 2013.

door een toegenomen individualisering, vervaging van familierelaties en meer mobiliteit. Door de mobiliteit wonen familieleden vaak niet meer dicht bij elkaar. Ten derde rijst de vraag aan de kant van de zorgbehoevenden of ze wel op mantelzorg zitten te wachten, al zullen bijvoorbeeld veel ouderen zo lang mogelijk zelfstandig thuis willen wonen in hun eigen vertrouwde omgeving. Sommigen zorgbehoevenden zullen echter eerder de voorkeur geven aan het inkopen van diensten wanneer dit mogelijk is in plaats van afhankelijk te zijn van mantelzorg door familieleden, huisgenoten, vrienden of bureu. Ten vierde zal mantelzorg bovendien vaak slechts in geringe mate voorzien in de zorgbehoefte van langdurig zieken, ouderen of gehandicapten. Kortom, maatschappelijke ontwikkelingen in de richting van informalisering van zorg kunnen zich vertalen in een grote diversiteit aan zorgbehoeften en wijzen waarop aan die toename tegemoet zal worden gekomen.

Voor degenen die wél informele zorg willen verlenen in de vorm van mantelzorg is de vraag actueel in hoeverre de combinatie van arbeid en mantelzorg wordt en mogelijk verder zou kunnen worden gefaciliteerd. Verlofrechten vormen daarbij één van de mogelijkheden om arbeid en zorg te combineren. Het hebben van invloed op de arbeidstijden is ook voor de werknemers die mantelzorg verlenen relevant, zoals mogelijkheden om arbeidsduur en arbeidstijden aan eigen wensen aan te passen. Bovendien nemen veel werknemers ook atv- en vakantiedagen op om mantelzorg te kunnen verlenen, mogelijk mede om inkomensverlies te vermijden.<sup>2</sup>

In deze bijdrage beperken we ons tot verlofrechten voor mantelzorgers.<sup>3</sup> Mantelzorgers zijn volgens het Sociaal Cultureel Planbureau (hierna: SCP) ‘mensen die voor hun zieke of gehandicapte familieleden, huisgenoten of vrienden zorgen. Ze doen dit niet als beroepskracht of als georganiseerd vrijwilliger; de steun die ze verlenen vloeit voort uit de relatie met iemand in het eigen sociale netwerk die hulp nodig heeft. In het spraakgebruik heeft deze netwerksteun de naam ‘mantelzorg’ gekregen’.<sup>4</sup> In veel gevallen – maar niet altijd – staat de mantelzorger in familierelatie tot de zorgbehoevende. Ons uitgangspunt daarbij is de mantelzorger die werkzaam is op grond van een arbeidsovereenkomst (hierna de werknemer-mantelzorger) en dus arbeid en mantelzorg combineert. Omdat we met name geïnteresseerd zijn in de rol die de staat kan spelen bij de regeling van verlofrechten, onderzoeken we voor twee landen hoe deze werknemer-mantelzorger door de desbetreffende wetgevingen wordt ondersteund wat betreft de tijd om te zorgen, de vereiste (financiële) middelen om in het levensonderhoud te kunnen blijven voorzien en de kans op behoud van arbeid, in het bijzonder de

---

2 E. de Meester & S. Keuzenkamp, *Verlof vragen. De behoefte aan en het gebruik van verlofregelingen*, Den Haag: SCP 2011, p. 30.

3 We gebruiken deze term hier in sekseneutrale zin.

4 SCP, *Mantelzorg*, Den Haag, 2009, p. 200.

eigen functie. We kijken welke specifieke verlofrechten werknemer-mantelzorgers kunnen krijgen in het Duitse en in het Nederlandse recht. Deze twee landen zijn gekozen omdat de demografische, maatschappelijke en beleidsmatige context en daarbinnen de problematiek rondom de werknemer-mantelzorger op elkaar lijken, al zijn er natuurlijk ook verschillen. Het Europese recht komt aan bod voor zover minimumvoorschriften zijn voorgeschreven.

In deze context komt aan de staat een bijzondere rol toe, omdat de staat in zijn rol als wetgever bij het faciliteren van arbeid en mantelzorg een speciale positie en verantwoordelijkheid heeft. Hij kan – door burgers (zowel mannen als vrouwen) mogelijkheden te geven om voor hun naasten te kunnen zorgen, zonder overbelast te raken – een omgeving creëren (voorwaarden scheppen), waardoor werknemer-mantelzorgers in staat worden gesteld om duurzaam betaalde arbeid te kunnen blijven verrichten. Zowel de Nederlandse als ook de Duitse wetgever hebben op dat terrein initiatieven ontplooid, Nederland onder meer met verlofregelingen in de Wet arbeid en zorg (hierna: Wazo) en Duitsland met onder meer twee verlofregelingen, het *Pflegezeitgesetz* en het *Familienpflegezeitgesetz*.

De bijdrage is toegespitst op de rol van de staat (als wetgever), waarbij drie hoofdvragen als leidraad dienen. Ten eerste, wat wil de staat? Hierbij staan de beleidsuitgangspunten van beide landen centraal. Ten tweede, wat doet de staat? De rol van de staat wordt hier beperkt tot een analyse van de relevante wettelijke verlofregelingen. CAO-bepalingen en jurisprudentie blijven – omdat deze buiten de invloedssfeer van de staat (wetgever) blijven en mede gezien de beperkte reikwijdte van de bijdrage – grotendeels buiten beschouwing. Tenslotte is relevant wat de staat (nog meer) kan doen. Duidelijk zal worden dat de Duitse regelingen genereuzer zijn voor de werknemer-mantelzorger dan de Nederlandse, maar toch zeker ook problematische aspecten kennen.<sup>5</sup> EU-beleid en wetgeving op dit terrein zijn nog nauwelijks ontwikkeld. Wel zijn er beleidsontwikkelingen en interessante rechtspraak.

Hopelijk zal de rechtsvergelijking tussen het Nederlandse en het Duitse recht beleidsmakers, rechters, wetenschappers en praktijkjuristen inspireren en een bijdrage leveren aan oplossingsrichtingen voor toekomstige uitdagingen, zoals het verder faciliteren van de combinatie van arbeid en mantelzorg op een zodanige wijze dat gendergelijkheid – een belangrijke doelstelling van de EU, maar ook van het Nederlandse en Duitse emancipatiebeleid – kan worden bevorderd. Onder gendergelijkheid verstaan we hier een evenwichtigere verdeling van arbeid en zorg tussen mannen en vrouwen dan dit thans het geval is.

---

5 S. Heeger-Hertter, 'Mantelzorg faciliteren door verlof. Een vergelijking van het Nederlandse recht met de Duitse Familiezorgtjdwet', *Tijdschrift voor Recht en Arbeid*, 2014/54, p. 20.

Na eerst de algemene context te hebben geschetst, wordt aandacht besteed aan zowel relevante beleidsontwikkelingen als rechtspraak in het EU-recht. Het grootste deel van de bijdrage bestrijkt de Duitse verlofregelingen omdat deze van betrekkelijk recente datum en daarom nog relatief onbekend zijn, waarna de Nederlandse wetgeving wordt beschreven. Vervolgens worden in een vergelijking de belangrijkste overeenkomsten en verschillen geanalyseerd en enkel voor- en nadelen van beide systemen aangeduid. Tenslotte worden in de conclusies de regelingen beoordeeld aan de hand van de volgende evaluatiecriteria: de eenvoud van de regeling, de voor- en nadelen voor werknemer-mantelzorgers enerzijds en werkgevers anderzijds, waarbij met name aandacht wordt besteed aan de verdeling van de kosten voor de werkgever, de werknemer en de staat en werkgerelateerde organisatorische aspecten. Tenslotte worden de regelingen geëvalueerd op de mate waarin ze respectievelijk arbeidsparticipatie, zorgparticipatie én gendergelijkheid bevorderen.

## 2. Context

Een belangrijke demografische ontwikkeling in de geïndustrialiseerde West-Europese landen is de stijgende levensverwachting. In de EU is de gemiddelde levensverwachting voor vrouwen 81,7 jaar en 75,3 voor mannen die in 2008-2010 zijn geboren. In Duitsland en Nederland is de levensverwachting zelfs iets hoger.<sup>6</sup> Verwacht wordt dat de levensverwachting zal blijven stijgen en dat het gemiddelde in de EU in 2060 voor vrouwen 89,1 en voor mannen 84,6 jaar zal zijn.<sup>7</sup> Ouder worden betekent niet zelden een slechtere gezondheid en een grotere zorgbehoefte. De verwachting is dat niet alleen de zorgvraag zal toenemen, maar dat de zorgbehoefte ook zal veranderen, bijvoorbeeld door een toename van chronische ziekten bij bepaalde groepen. In Nederland is dat bijvoorbeeld het geval bij 65-plussers.<sup>8</sup> Dit kan tot gevolg hebben dat informele zorgverleners geconfronteerd zullen worden met een zwaardere en langdurigere zorgvraag. Bovendien zal de noodzaak tot meer samenwerking tussen informele en formele, dat wil zeggen professionele zorgverleners, waarschijnlijk ook toenemen.

Maatschappelijke ontwikkelingen hebben onder meer betrekking op de ontwikkelingen van de huishoudens. De aard van de huishoudens is van belang omdat de familierelatie ‘de motor van de mantelzorg’ is en mantelzorgers en zorgbehoevende niet te ver van elkaar vandaan moeten wonen om mantelzorg te

---

6 In Duitsland is de levensverwachting van vrouwen 82,8 en mannen 77,8 jaar, in Nederland respectievelijk 82,8 en 78,7 jaar: OECD, *Health at a glance: Europe 2012*, OECD Publishing 2012, p. 16-17.

7 European Commission, *The 2012 Ageing Report: Economic and Budgetary Projections for the 27 EU Member States (2010-2060)*, Brussels: European Commission 2012.

8 J.-W. Bruggink, ‘65-jarigen leven langer zonder beperkingen, maar meer met chronische ziekten’, *CBS Webmagazine* 6 december 2012.



kunnen geven.<sup>9</sup> Kijken we naar het type huishouden, dan heeft Nederland thans 36% eenpersoonshuishoudens en is de verwachting van het CBS een toename naar 44% in 2060. Met deze toename gaat ook een stijging van de leeftijd van de alleenwonenden gepaard. Thans bestaat 31% van de eenpersoonshuishoudens uit 65-plussers. Dit aantal zal stijgen naar bijna 50% in 2060.<sup>10</sup> Eenzelfde trend staat ook Duitsland te wachten.<sup>11</sup> Daar is het percentage eenpersoonshuishoudens met 37,2% thans iets hoger dan in Nederland, maar de verwachting bestaat dat dit aantal in 2030 zal zijn gestegen naar 43,4%.<sup>12</sup> Ook door de toenemende arbeidsparticipatie van vrouwen wordt het potentieel aantal voltijdse mantelzorgers beperkter. Deze beschikbaarheid neemt ook af door de verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd.

Terwijl in Duitsland de verantwoordelijkheid voor de zorg lange tijd bij de familie is gelegd en er nu een verschuiving lijkt plaats te vinden naar meer verantwoordelijkheid voor de staat, is in Nederland juist een tendens waarneembaar van intramurale naar extramurale zorg en decentralisatie. Dit betekent een verschuiving van formele naar meer informele zorg.<sup>13</sup>

Indien beleidsontwikkelingen ertoe leiden dat intramurale zorg voor ouderen of voor mensen met een beperking wordt afgebouwd of slechts beperkt toegankelijk is, komt extramurale zorg een belangrijkere rol toe. Extramurale zorg kan door professionele beroepskrachten worden gegeven. Bepaalde vormen van extramurale zorg worden echter deels door mantelzorgers verleend, zoals huishoudelijke hulp, persoonlijke verzorging, verpleegkundige hulp, maar ook emotionele steun, toezicht, organisatie van de zorg en begeleiding. De zorg kan ook de steun zijn die gegeven wordt tot in een terminale fase.<sup>14</sup> Voorbeelden van situaties zijn de zorg aan langdurig of chronisch zieken, mensen met een beperking of ouderen die niet of slechts gedeeltelijk in staat zijn om voor zichzelf te zorgen. Dergelijke mantelzorg kan intensief zijn en lang duren.

9 D. Beneken genaamd Kolmer, *Family care and care responsibility: the art of meeting each other* (proefschrift), Delft: Eburon, 2007, p. 21.

10 C. van Duin, 'Een miljoen huishoudens meer in 2045', *CBS Webmagazine* 4 april 2011.

11 Destatis, *Alleinlebende in Deutschland: Ergebnisse des Mikrozensus 2011*, Wiesbaden: Statistisches Bundesamt 2012.

12 [www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Haushaltsvorausberechnung/Tabelle/VorausberechnungHaushalte.html](http://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Haushaltsvorausberechnung/Tabelle/VorausberechnungHaushalte.html).

13 Zie D, Verbeek-Oudijk et al., *Who cares in Europe? A comparison of long-term care for the over-50s in sixteen European countries*, Den Haag: SCP 2014, p. 30-34.

14 A. de Boer, M. Broese van Groenou en S. Keuzenkamp, 'Belasting van werkende mantelzorgers', *TSG* 2010, afl. 6, p. 314. In de memorie van toelichting bij de Wet langdurige zorg zien we een vergelijkbare definitie. Hier is mantelzorg zorg die niet in het kader van een hulpverlenend beroep wordt gegeven door één of meer leden uit de directe omgeving van de hulpbehoevende, waarbij de zorgverlening direct voortvloeit uit de sociale relatie. Dit laatste onderscheidt mantelzorg van vrijwilligerswerk. *Kamerstukken II*, 2013/14, 33 891, nr. 3, p. 52.

De combinatie van (meer) betaald werk en mantelzorg raakt velen: werknemer-mantelzorgers, zorgbehoevenden, werkgevers, collega-werknemers en vervangers, en ten slotte ook de staat (in de rol van zowel wetgever als werkgever). *Werknemer-mantelzorgers* kunnen in een spagaat terecht komen als ze werken en tegelijkertijd voor een naaste zieke of hulpbehoevende zorgen. Betaalde arbeid kan echter ook een welkome uitlaatklep zijn en een mogelijkheid om even aan de zorgtaken te ontsnappen.<sup>15</sup> *Zorgbehoevenden* gaan de gevolgen van de ‘vermaatschappelijking’ van zorg ondervinden als veelal eerst een beroep op mantelzorg zal moeten worden gedaan voordat professionele hulp in beeld komt.<sup>16</sup> *Werkgevers* zullen mogelijk vaker geconfronteerd worden met verzoeken om verlof, hetgeen op gespannen voet staat met de continuïteit van de bedrijfsvoering. Ze hebben belang bij het voorkomen van overbelasting en uitval van de betrokken werknemers en langdurige extra belasting van *collega-werknemers*. Werkgevers zijn ook gebaat bij werknemers die een goede balans hebben tussen werk en privé. De *staat* als wetgever is onder meer verantwoordelijk voor maatschappelijke cohesie en heeft daarbij een bijzondere rol. De vraag naar het vinden van een balans tussen de verschillende in geding zijnde belangen neemt aan gewicht toe gezien de te verwachten verhoogde combinatiedruk als gevolg van de zojuist beschreven demografische en beleidsmatige ontwikkelingen. Eén manier – maar beslist niet de enige – om deze druk te verminderen zijn verlofmogelijkheden.

Verschillende actoren kunnen het verlenen van mantelzorg door werknemers faciliteren. In de eerste plaats is er een rol voor de staat, door onder meer het treffen van wettelijke maatregelen en het bieden van aanvullende voorzieningen, zoals thuiszorg. Sociale partners kunnen in collectieve arbeidsovereenkomsten aanvullende rechten scheppen en/of het arbeidstijdenbeleid in een bepaalde sector of bedrijf beïnvloeden. Werkgevers hebben ook een rol, onder meer door het correct toepassen van wettelijke arbeidsrechtelijke verplichtingen (inclusief goed werkgeverschap) en door het naleven van het discriminatieverbod. Ze kunnen echter ook beleid op het niveau van de onderneming ontwikkelen en/of individuele verzoeken om (tijdelijke) aanpassing van de arbeidsvoorwaarden van de werknemer-mantelzorger al dan niet honoreren. Ook mantelzorgers zelf hebben mogelijkheden om de combinatie van arbeid en mantelzorg te faciliteren door bijvoorbeeld (tijdelijke) aanpassing van hun arbeidsduur, hun werktijden en/of het opnemen van verlof, of een combinatie ervan, waarbij onder meer de omvang van de dienstbetrekking mede de mogelijkheden bepaalt om mantelzorgactiviteiten te verrichten. Voorts het kunnen zorgverzekeraars adequate verzekeringsproducten aanbieden. Tenslotte kunnen ook de zorgbehoevenden bijdragen aan het faciliteren

---

15 De Boer, Broese van Groenou en Keuzenkamp 2010, p. 318.

16 Onderzoeksprogramma Arbeidsmarkt Zorg en Welzijn, *Arbeid in Zorg en Welzijn 2014: Integrerend Jaarrapport, Stand van zaken en vooruitblik voor de sector Zorg en de sector Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening, Jeugdzorg en Kinderopvang*, Zoetermeer: Panteia 2014.

van deze combinatie, o.a. door (voor zover mogelijk) het organiseren van hun eigen zorg en rekening te houden met de (on)mogelijkheden om zorg te verlenen door hun werknemer(s)-mantelzorger(s). Vanuit hun eigen verantwoordelijkheid kunnen in beginsel al deze actoren specifieke bijdragen leveren aan een meer evenwichtige verdeling van zorgverantwoordelijkheid tussen mannen en vrouwen, passend bij het Nederlandse emancipatiebeleid.<sup>17</sup>

### 3. Mantelzorg in het EU-recht

#### 3.1. Beleidsontwikkelingen

De noodzaak om beleid te ontwikkelen door de EU-lidstaten gericht op overbrugging van het verschil tussen de (toenemende) behoefte aan langdurige zorg en de beschikbaarheid van zorg staat op de agenda van de EU. Zo is tijdens de Sociale Raad in juni 2014 een lijvig rapport van het Comité voor Sociale Bescherming en de Europese Commissie aangenomen over adequate sociale bescherming van langdurige behoeften aan zorg in een vergrijzende maatschappij.<sup>18</sup> Uitgangspunt van dit rapport is dat zowel rechtvaardigheids- als efficiëntieoverwegingen noodzaken tot sociale bescherming tegen het risico van langdurige zorgafhankelijkheid. In veel gevallen is de behoefte aan zorg groter dan het aanbod, waardoor de primaire verantwoordelijkheid om zorg te ontvangen bij de zorgbehoevende en zijn/haar familie ligt, zo wordt gesteld. De levensomstandigheden van de zorgbehoevende worden daardoor mede bepaald door zijn/haar mogelijkheden en die van familie, vrienden en burens. Deze zijn niet gelijk voor iedere zorgbehoevende en de noodzaak om informele zorg te moeten verlenen kan ertoe leiden dat men de arbeidsmarkt verlaat. Drie ontwikkelingen worden door de EU Raad benadrukt: de toenemende behoefte aan zorg, een beperkter aanbod van arbeid in combinatie met de bereidheid om informele zorg aan familieleden te verlenen en de verwachtingen t.a.v. kwaliteit van de zorg met de bijbehorende publieke budgettaire consequenties.

Opvallend is dat de huidige EU-wetgeving slechts in zeer beperkte mate niet-professionele zorg bestrijkt en dat (nog) geen wetgevingsvoorstellen op dit terrein aanhangig zijn. Er zijn wel talloze documenten, o.a. van de Europese Commissie

17 Zie onder meer Hoofdlijnenbrief emancipatiebeleid 2013-2016 en de bijbehorende bijlagen van 10 mei 2013, referentie 477 641 en de kamerbrief Ambities arbeid en zorg van 2 juli 2013, referentie 2013-0000089694.

18 Press release, 3323rd Council meeting, Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs, Luxembourg, 19 and 20 June 2014: [consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/lisa/143271.pdf](http://consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/lisa/143271.pdf) en Council of the European Union, SOC 403, ECOFIN 525, *Adequate social protection for long-term care needs in an ageing society*. Report jointly prepared by the Social Protection Committee and the European Commission services, 18 June 2014: [ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=nl&catId=792&newsId=2084&furtherNews=yes/](http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=nl&catId=792&newsId=2084&furtherNews=yes/).

op dit terrein.<sup>19</sup> Een probleem in dit verband is bovendien welke rechtsgrondslag gebruikt kan worden voor voorstellen op dit terrein. Sociale partners komt ook een rol toe in het kader van sociaal beleid en zij moeten het belang van EU-wetgeving over het faciliteren van niet-professionele zorg willen erkennen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat tot nu toe beleids- en wetgevingsontwikkeling om problemen verbonden aan de toenemende behoefte aan zorg aan te pakken aan de lidstaten wordt overgelaten. Daarbij kan overigens wel de open coördinatiemethode worden ingezet om beleid van lidstaten te beïnvloeden.<sup>20</sup>

### **3.2. Wetgeving over de combinatie van arbeid en (mantel)zorg**

In de EU-wetgeving ontbreken bij ons weten specifieke bepalingen over de combinatie van arbeid en langdurige zorg. Wel zijn er algemene bepalingen over arbeid en zorg – en die kunnen soms ook van toepassing zijn op mantelzorg – en specifieke bepalingen met betrekking tot ouderschap en adoptie. In het EU-Handvest van de grondrechten bepaalt artikel 33 over het beroeps- en gezinsleven:

1. Het gezin geniet bescherming op juridisch, economisch en sociaal vlak.
2. Teneinde het beroeps- en gezinsleven te kunnen combineren, heeft eenieder recht op bescherming tegen ontslag om een reden die verband houdt met moederschap, alsmede recht op betaald ouderschapsverlof na de geboorte of adoptie van een kind.

Het recht op ouderschapsverlof en daarmee samenhangende rechten en het recht op arbeidsverzuim vanwege overmacht zijn vastgelegd in de Richtlijn 2010/18/EU.<sup>21</sup> Langdurend zorgverlof wordt in deze richtlijn echter niet genoemd.

Voor mantelzorgers kunnen het discriminatieverbod en daarmee samenhangende bepalingen van belang zijn. Als blijkt dat met name vrouwen mantelzorg verlenen en zij vanwege een sekseneutraal criterium dat samenhangt met deze zorg worden benadeeld, kan het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht zijn geschonden. Bepaalde arbeidstijdeneisen kunnen ook indirect discriminerend zijn. De zogenaamde herschikkingsrichtlijn 2006/54/EC over de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep legt bovendien op dit terrein een algemene verplichting aan lidstaten op in artikel 21 lid 2:

---

19 Zie voor een recent document: Commission Staff Working Document, *Long-term care in ageing societies – Challenges and policy options*, SWD(2013) 41 final.

20 Zie onder meer de informatie van de Europese Commissie COM 2004 (304) final en [ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=792&](http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=792&).

21 Richtlijn 2010/18/EU van de Raad van 8 maart 2010 tot uitvoering van de door BUSINESSEUROPE, UEAPME, het CEEP en het EVV gesloten herziene raamovereenkomst en tot intrekking van Richtlijn 96/34/EG (Voor de EER relevante tekst), PB L 68 van 18 maart 2010, p. 13.

Voorzover dit aansluit bij de nationale tradities en praktijken, moedigen de lidstaten sociale partners aan om, onverminderd hun autonomie, de gelijkheid van mannen en vrouwen en flexibele arbeidsregelingen te bevorderen met als doel het vergemakkelijken van het combineren van werk en privéleven (...)

In de deeltijdrichtlijn 97/81/EG wordt ook aandacht besteed aan de mogelijkheden om de arbeidsduur aan te passen, maar dit is een zwakke bepaling; werknemers kunnen hier geen rechten aan verbinden. Clausule 5 bepaalt onder meer:

Voorzover mogelijk, zouden de werkgevers in overweging moeten nemen:

- a) verzoeken van werknemers om van voltijd- naar deeltijdwerk over te gaan, indien dit in de vestiging beschikbaar komt;
- b) verzoeken van werknemers om van deeltijd- naar voltijdwerk over te gaan of om verlenging van hun arbeidstijd, indien de mogelijkheid zich daartoe voordoet;
- c) het tijdig verstrekken van informatie over de beschikbaarheid van deeltijd- en voltijdwerk in de vestiging, teneinde de overgang van voltijd- naar deeltijdwerk of omgekeerd te vergemakkelijken;
- d) maatregelen om te toegang tot deeltijdwerk te vergemakkelijken op alle niveaus van de onderneming, daaronder begrepen gekwalificeerde en leidinggevende posities, en waar zulks passend is, om de toegang van deeltijdwerkers tot de beroepsopleiding te vergemakkelijken teneinde hun loopbaanontwikkeling en hun beroepsmobiliteit te bevorderen;
- e) het verstrekken van passende informatie aan bestaande vertegenwoordigingen van werknemers over deeltijdwerk in de onderneming.

Op nationaal niveau bestaan er soms meer rechten voor werknemers om de arbeidsduur en/of arbeidstijden aan te kunnen passen.<sup>22</sup>

### 3.3. *Rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU*

Een interessant arrest van het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ of Hof) over de bescherming die het EU non-discriminatierecht kan bieden aan werknemer-(mantel)zorgers is de *Coleman* zaak.<sup>23</sup> Het HvJ heeft in deze zaak voor het eerst erkend dat het verbod van directe discriminatie en intimidatie op grond

22 Zie voor een overzicht European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, S. Burri en H. Aune, *Sex Discrimination in Relation to Part-Time and Fixed-Term Work. The application of EU and national law in practice in 33 European countries*, European Commission 2013.

23 HvJ EU 17 juli 2008, C-303/06 (*Coleman*), ECLI:EU:C:2008:415. Zie voor een bespreking onder meer: M. Pilgertorfer en S. Forshaw, 'Transferred Discrimination in EU Law', *Industrial Law Journal* 2008, afl.4, p. 384-393 en A. Stewart, S. Niccolai en C. Hoskyns, 'Discrimination by Association: A Case of the Double Yes?', *Social and Legal Studies* 2011, afl. 2, p. 173-190.

van handicap in de kaderrichtlijn 2000/78/EG niet alleen geldt t.a.v. personen die zelf gehandicapt zijn, maar ook t.a.v. degene die voor een gehandicapte zorgt, indien de zorgverlener minder gunstig wordt behandeld op grond van de handicap van de zorgbehoevende.<sup>24</sup> De feiten waren als volgt. Mevrouw Coleman werkte als secretaresse bij een advocatenkantoor en kreeg een zoon die leed aan apneu-aanvallen, aangeboren laryngomalacie en bronchomalacie (slapte van het strottenhoofd en van de bronchiën). De gezondheidstoestand van haar zoon vereiste gespecialiseerde en bijzondere verzorging. Als alleenstaande moeder had zij de primaire zorg voor haar kind. Drie jaar na de geboorte van haar zoon accepteerde zij haar ontslag, maar begon ook een rechtszaak tegen haar werkgever, onder andere wegens discriminatie op grond van handicap en intimidatie. Ze stelde dat haar werkgever haar had benadeeld in vergelijking met werknemers die geen gehandicapte kinderen hadden en haar had geïntimideerd, met als gevolg een vijandige werkomgeving. Ze had bijvoorbeeld aangepaste werktijden en arbeidsomstandigheden gevraagd, maar heeft deze niet verkregen, in tegenstelling tot collega's zonder gehandicapte kinderen. Mevrouw Coleman werd bovendien als 'lui' bestempeld als ze vrij wilde nemen om voor haar gehandicapte zoon te kunnen zorgen, terwijl haar collega's wel vrij kregen. Mevrouw Coleman wilde met haar rechtszaak de combinatie van arbeid en (mantel)zorg faciliteren: *'I want people to be able to work and to look after their children'*.<sup>25</sup> Op grond van het relevante recht van het Verenigd Koninkrijk was Mevrouw Coleman, die zelf niet gehandicapt was, niet beschermd tegen discriminatie op grond van handicap. De vraag was of het EU-recht die bescherming wel bood. Volgens het Hof is het doel van de richtlijn 2000/78/EG het bestrijden van alle vormen van discriminatie op grond van handicap (r.o. 38). Deze doelstelling en het nuttig effect van de richtlijn zouden in het gedrang komen, indien een werknemer in een situatie als die van Mevrouw Coleman zich niet kan beroepen op het in artikel 2, lid 2, sub a, van de kaderrichtlijn bepaalde verbod van directe discriminatie en aangetoond is dat zij minder gunstig is behandeld dan een andere werknemer in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou zijn behandeld, op basis van de handicap van zijn kind, terwijl deze werknemer zelf niet gehandicapt is (r.o. 48). In dit geval is de grond handicap de reden voor de minder gunstige behandeling.

Deze bescherming tegen zogeheten discriminatie bij associatie kan ook gelden in geval van discriminatie op grond van de andere discriminatiegronden die in het EU-recht in richtlijnen zijn opgenomen (geslacht, ras of etnische afstamming,

---

24 Het Hof heeft wel al in 1986 in de zaak *Drake* erkend dat het begrip 'beroepsbevolking' in artikel 2 van Richtlijn 79/7/EEG over gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid ruim moet worden geïnterpreteerd. Mevrouw Drake, die haar werk enkel had opgegeven vanwege een van de in artikel 3 genoemde risico's, de invaliditeit van haar moeder, en weer wilde gaan werken, behoort tot de beroepsbevolking in de zin van de richtlijn. Ook in dit geval kreeg ze rechten vanwege de link met de invaliditeit van haar moeder: HvJ EG 24 juni 1986, 150/85 (*Drake*), ECLI:EU:C:1986:257.

25 Stewart, Nicolai en Hoskyns 2011, p. 176.

godsdienst of overtuiging, seksuele geaardheid en leeftijd).<sup>26</sup> De ruime interpretatie van de personele werkingssfeer van deze richtlijn door het HvJ in *Coleman* kan worden ingeroepen door werknemer-mantelzorgers die geconfronteerd worden met discriminatie gerelateerd aan één van de EU discriminatiegronden indien zij geen bescherming genieten op grond van het nationale recht.<sup>27</sup>

#### 4. Verlofregelingen voor mantelzorgers: vergelijking van het Duitse en Nederlandse recht

Duitsland kent thans twee wetten die expliciet ontwikkeld zijn voor werknemers die zorgverantwoordelijkheid voor naasten op zich nemen. De eerste wet is het *Pflegezeitgesetz* (*PflegeZG*, hierna: de *Zorgtijdwet*). Deze wet dateert van 1 juli 2008 en is onderdeel van een groter geheel, te weten het *Pflege-Weiterentwicklungsgesetz*.<sup>28</sup> De tweede wet is het *Gesetz zur Vereinbarkeit von Pflege und Beruf*, ook wel *Familienpflegezeitgesetz* (*FPfZG*) genoemd. Deze Familiezorgtijdwet is in januari 2012 in werking getreden. De *Zorgtijdwet* regelt twee verlofregelingen, te weten de *kurzzeitige Arbeitsverhinderung* (het kortdurend werkverzuim) en de *Pflegezeit* (de zorgtijd) terwijl de Familiezorgtijdwet nadere invulling geeft aan de *Familienpflegezeit* (de familiezorgtijd). In het najaar 2014 heeft de Bondsregering (*Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend* en het *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*) een wetsvoorstel ingediend met aanpassingen van de regelingen. Dit voorstel is in december 2014 door de Bondsdag aangenomen en per 1 januari 2015 in werking getreden. Het onderzoek voor dit artikel voor het Duitse recht is in december 2014 afgerond, dus

26 Dit kan worden afgeleid uit de verwijzing naar Artikel 13 EG (nu Artikel 19 VWEU) en het *effet utile* van de richtlijnen, zie r.o. 38 en 48-49. In dezelfde zin: Pilgertorfer en Forshaw 2008, p. 389. Overigens geldt in het EU-recht ook een verbod op grond van nationaliteit, zie artikel 18 VWEU, maar dat blijft hier buiten beschouwing.

27 Vermeldenswaard is dat het Hof in de *Zuechner* zaak geen uitbreiding van de werkingssfeer van Richtlijn 79/7/EEG heeft geaccepteerd. In dit geval was de vraag aan de orde of de echtgenote die haar man die na een ongeval was getroffen door dwarslaesie recht had op vergoeding van de verzorging die ze verleende die anders door een professionele betaalde kracht zou zijn gegeven. Het Hof oordeelde dat Artikel 2 van richtlijn 79/7/EEG (gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid), 'moet aldus worden uitgelegd, dat het geen betrekking heeft op een persoon die een onbezoldigde activiteit verricht bestaande in de verzorging van zijn of haar gehandicapte echtgenoot, ongeacht de omvang van deze activiteit en de voor de uitoefening vereiste bekwaamheid, voor zover deze persoon daarvoor geen beroepsactiviteit heeft opgegeven of het zoeken naar werk heeft onderbroken' (dictum): HvJ EG 7 november 1996, C-77/95 (*Zuechner*), ECLI:EU:C:1996:425. In *Drake* was er wel sprake van onderbreking van de loopbaan: HvJ EG 24 juni 1986, 150/85 (*Drake*), ECLI:EU:C:1986:257.

28 Het *Pflege-Weiterentwicklungsgesetz* doelt op een verdere ontwikkeling van de in 1 januari 1995 in werking getreden verzekering tegen kosten van een verpleeginrichting en thuiszorg (*Pflegeversicherung*) en heeft voor dat doel een aantal nieuwe maatregelen geïntroduceerd. Naast de invoering van de zorgtijd voor werkenden in de *Zorgtijdwet* is dit ook het opzetten van steunpunten voor informatie en advies. BT Drucksache 718/07, p. 2.

vóór de inwerkingtreding van de wijzigingen. De belangrijkste veranderingen zijn daarom in paragraaf 5.3.10 opgenomen.<sup>29</sup>

Beide wetten zijn verworvenheden in het Duitse arbeidsrecht die sociaalpolitiek gemotiveerd zijn en tot doel hebben om de combinatie van arbeid en zorg voor familieleden (hierna: familiezorg) te verbeteren. Ze kunnen gezien worden als een equivalent van de Nederlandse Wet arbeid en zorg (Wazo), op grond waarvan de werknemer tegenover de werkgever aanspraak heeft op verlof. De Wazo regelt het zwangerschaps- en bevallingsverlof en het ouderschapsverlof. Daarnaast regelt het verlofvormen die met name van belang zijn voor het verrichten mantelzorg. Dit zijn het calamiteiten- of ander kort verzuimverlof en het kort- en langdurend zorgverlof. Het recht op calamiteitenverlof bestaat in kortdurende, zeer bijzondere situaties als de werknemer zijn arbeid niet kan verrichten; en bij het zorgverlof kan worden onderscheiden tussen een kortdurende variant van maximaal twee weken en het langdurend zorgverlof dat ten hoogste zes weken duurt. Inkomensbescherming is er alleen bij het calamiteitenverlof en het kortdurend zorgverlof.

De vergelijking tussen het Duitse en het Nederlandse recht heeft betrekking op de volgende aspecten: de doelstellingen van de wetten, de rechten van werknemer-mantelzorgers, de kring van gerechtigden, de kring van zorgbehoevenden, eisen die aan werkgevers worden gesteld, de specifiek toegekende rechten en hun modaliteiten en het gebruik dat van de regelingen wordt gemaakt. De beschrijving van de verlofregeling wordt voorafgegaan door een aanduiding van de maatschappelijke context, van uitgangspunten van het beleid en van beleidsontwikkelingen.

## 5. Verlofregelingen in het Duitse recht

### 5.1. Maatschappelijke context

In totaal zijn er in Duitsland thans ongeveer 2,5 miljoen zorgbehoevende mensen,<sup>30</sup> dat wil zeggen mensen die vallen onder één van de drie zorgniveaus (*Pflegestufen*) zoals gedefinieerd in het *Sozialgesetzbuch XI (SGB XI)*.<sup>31</sup> In de betekenis van deze wet zijn personen zorgbehoevend als ze minimaal één keer per dag omvangrijke hulp en meerdere keren per week hulp in de huishouding nodig hebben. Zowel

29 Entwurf eines Gesetzes zur besseren Vereinbarkeit von Familie, Pflege und Beruf, Drs.-Nr. 463/14 van 9 september 2014: [dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2014/0463-14.pdf](http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2014/0463-14.pdf).

30 [www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Pflege/Pflege.html](http://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Pflege/Pflege.html); Duitsland telt ruim 81 miljoen (81.147.265) inwoners (2013).

31 § 14 SGB XI definieert het begrip zorgbehoefte en § 15 SGB XI regelt de mate van de zorgbehoefte die vereist is om voor ondersteuning in aanmerking te komen. Personen met veel zorgbehoefte vallen onder zorgniveau I, met zeer veel en ernstig veel zorg vallen onder de niveaus II respectievelijk III.



lichamelijke als ook psychische ziekte of beperking kunnen reden zijn voor de hulp. De hulp ziet op ondersteuning, gedeeltelijke of volledige overneming, van de activiteiten van het dagelijks leven. Ze kan ook bestaan uit toezicht of instructie met het doel deze activiteiten weer zelf te gaan verrichten. Verder moet de hulp naar verwachting minimaal zes maanden nodig zijn.<sup>32</sup> Van de 2,5 miljoen zorgbehoevenden wordt meer dan 70% (1,76 miljoen mensen) thuis verzorgd. Van hen wordt het grootste aantal, namelijk 1,18 miljoen, doorgaans door familieleden verzorgd en ontvangen 576.000 zorgbehoevenden al dan niet volledig zorg door professionele hulpverleners. 30% (743.000 mensen) zijn in verpleeghuizen opgenomen.<sup>33</sup> Wat betreft het aantal zorgbehoevenden verwacht Duitsland een forse toename. Verwacht wordt een stijging in 2030 naar 3,4 miljoen. Tot het jaar 2050 zal het aantal in vergelijking met het huidige aantal verdubbeld zijn tot 4,5 miljoen zorgbehoevenden.<sup>34</sup> Voor de arbeidsmarkt betekent dit dat steeds meer werknemers voor de uitdaging zullen staan om zorgverantwoordelijkheid voor een naaste op zich te nemen.

De druk op werknemers die mantelzorg verrichten is groot. Zij hebben last van onder andere de emotionele belastingen en de voortdurende tijdsdruk. Slechts een derde (32%) van de 46-55-jarige werknemers met zorgverplichtingen verwacht het werk onder hun huidige omstandigheden vol te kunnen houden tot de pensioenleeftijd. Meer dan de helft (53%) rekent daar niet op.<sup>35</sup> Dat zorg en beroepsarbeid in ongewijzigde omvang anno 2014 moeilijk te combineren zijn, laat zich ook afleiden uit het feit dat slechts elke vierde primaire verzorger (26%) de omvang van zijn dienstbetrekking niet aangepast heeft. Bij bijna driekwart van de werknemers hebben zorgtaken dus wel geleid tot vermindering van de arbeidsduur.<sup>36</sup>

32 De activiteiten van het dagelijks leven hebben betrekking op een viertal terreinen, te weten lichamelijke verzorging, voeding, beweging en huishouding. § 14 SGB XI geeft een vrij gedetailleerde uiteenzetting van de activiteiten op de vier terreinen. Zo behoren tot de lichamelijke verzorging bijvoorbeeld wassen, douchen, baden, tandenpoetsen, haren kammen, scheren en het legen van darm en blaas. Activiteiten op het terrein van de voeding zijn het hapklaar maken van het eten of het eten geven. Hulp bij het opstaan, naar bed gaan, aan- en uitkleden, gaan, staan, trap stijgen of het verlaten van en terugkeren naar de woning behoort tot het domein van de beweging. Onder activiteiten op het terrein van de huishouding tenslotte wordt verstaan het doen van boodschappen, het koken, schoonmaken, afwassen, verschonen van beddengoed, wassen of het verwarmen van de woning.

33 [www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2013/01/PD13\\_024\\_224.html](http://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2013/01/PD13_024_224.html).

34 [www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/ImFokus/Gesundheit/VereinbarkeitVonPflegeUndBeruf.html](http://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/ImFokus/Gesundheit/VereinbarkeitVonPflegeUndBeruf.html). Redenen zijn de toegenomen levensverwachting bij jongens, een ongeveer constant geboortecijfer van 1,4 kinderen per vrouw en een toename van chronische aandoeningen.

35 DGB-Index Gute Arbeit, *Der Report 2010: Wie die Beschäftigten die Arbeitswelt in Deutschland beurteilen*, Berlin: Institut DGB-Index Gute Arbeit 2010, p. 27-28.

36 S. Reuys et al., *Pflegesensibele Arbeitszeiten*, Berlijn: Sigma 2012, p. 17.

De aanwezigheid van zorgbehoevende familieleden beïnvloedt ook de mogelijkheid om überhaupt op de arbeidsmarkt werkzaam te kunnen zijn. Terwijl zonder zorgbehoevende familieleden 81% van de mannen en 72% van de vrouwen in Duitsland betaalde arbeid verrichten, daalt dit aantal met ongeveer tien procent bij mensen met zorgbehoevendenden familieleden. Van de mannen werkt dan nog maar 70,6% en van de vrouwen 63,1%. Vergeleken met het gemiddelde in de EU waar 65,3% van de mannen en 57,9% van de vrouwen met zorgbehoevende naasten werkt, ligt de arbeidsparticipatie in Duitsland zowel bij mannen als bij vrouwen met zorgbehoevende familieleden hoger. Duitsland blijft echter wel achter bij toplanden als Zweden waar 72% van de vrouwen en 82% van de mannen met zorgbehoevende naasten op de arbeidsmarkt werkzaam zijn.<sup>37</sup>

## 5.2. *Uitgangpunten van het beleid*

In Duitsland regelt § 8 *SGB XI* dat de verpleging/verzorging van de bevolking een taak is van de samenleving als geheel. Dit uitgangspunt is als volgt geformuleerd:

*Die pflegerische Versorgung der Bevölkerung ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe.*

Volgens onderzoek naar het verband tussen familie­zorg en armoede heeft dit uitgangspunt echter tot op heden weinig neerslag gevonden in het beleid.<sup>38</sup> Er is, in tegendeel, sprake van een uitgesproken individualisering van zorgtaken in de huiselijke kring. Met de plannen van het huidige kabinet lijkt daar verandering in te komen. In het regeerakkoord tussen CDU, CSU en SPD in 2013<sup>39</sup> heeft de regering aangegeven de zorgbehoevendheid van mensen, in het bijzonder mensen die lijden aan een dementieel syndroom, te willen erkennen en respecteren en (onder andere) de combinatie van werk en zorg te willen verbeteren:

*Wir wollen die Pflegebedürftigkeit besser anerkennen, um die Situation der Pflegebedürftigen, von Angehörigen und Menschen, die in der Pflege arbeiten, zu verbessern (...) Insbesondere Menschen mit Demenzerkrankungen sollen damit bessere und passgenauere Leistungen erhalten. (...) Wer einen anderen Menschen pflegt, braucht dafür Zeit und muss die Pflege mit dem Beruf vereinbaren können.*<sup>40</sup>

37 [www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/ImFokus/Gesundheit/VereinbarkeitVonPflegeUndBeruf.html](http://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/ImFokus/Gesundheit/VereinbarkeitVonPflegeUndBeruf.html).

38 E. Simoes, *Pflege in der Familie und Armut (Presentatie 22ste Wetenschappelijke Colloquium van de Eberhard Karls Universiteit)*, Wiesbaden 2013, beschikbaar op: [destatis.de/DE/Methoden/Kolloquien/2013/Simoes.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://destatis.de/DE/Methoden/Kolloquien/2013/Simoes.pdf?__blob=publicationFile).

39 *Deutschlands Zukunft gestalten*, [www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile), p. 83.

40 *Deutschlands Zukunft gestalten*, [www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile), p. 83-84.

Dit heeft in 2014 geleid tot de, zoals reeds genoemd, indiening van wetsvoorstellen, te weten de zogeheten Zorgversterkingswetten 1 en 2 (*Pflegestärkungsgesetze* 1 en 2).<sup>41</sup> Met deze twee wetsvoorstellen wordt beoogd de mogelijkheden voor de verzorging van zorgbehoevenden aan huis te verbeteren. Het streven van de wetgever is erop gericht de combinatie van betaalde arbeid en zorg te faciliteren.

Een tweede uitgangspunt van het beleid heeft betrekking op de kind-ouderrelatie. Duitsland kent wettelijk geregelde en in de praktijk gebrachte onderhoudsverplichtingen tussen ouders en kinderen en *vice versa*.<sup>42</sup> Op basis daarvan dienen in Duitsland kinderen in sommige gevallen een deel van de verpleegkosten van hun ouder(s) in een instelling te betalen. Dit aspect zou wel eens een rol kunnen spelen bij de zorgbereidheid van kinderen voor hun ouders en daarmee bij de afweging van een kind om de ouder die zorg nodig heeft bij te staan. Empirische gegevens hierover zijn echter niet beschikbaar.

### 5.3. Verlofregelingen

#### 5.3.1. Doelstellingen

De eerste wet, de Zorgtijdwet uit 2008, is in eerste instantie ontwikkeld in het belang van zorgbehoevenden. Met deze wet is beoogd om zorg nog beter af te stemmen op de behoeften en wensen van zorgbehoevenden en hun familieleden dan dit onder het *Pflegegesetz* het geval was. De wetgever gaat ervan uit dat de meeste zorgbehoevende mensen zo lang mogelijk door hun naasten in hun vertrouwde omgeving en niet in een verpleeghuis verzorgd willen worden.<sup>43</sup> De wet beoogt werknemers de mogelijkheid te geven om hun zorgbehoevende naasten thuis te kunnen verzorgen en daarmee de verenigbaarheid van betaalde arbeid en familiezorg te verbeteren.<sup>44</sup> Ook met de tweede wet, de Familiezorgtijdwet uit 2012, heeft de wetgever de intentie om de combinatie van betaalde arbeid en familiezorg te bevorderen.<sup>45</sup>

#### 5.3.2. Rechten van werknemer-mantelzorgers

Beide wetten geven de werknemer-mantelzorgers tijd voor de zorg. De Zorgtijdwet kent daarbij twee verschillende wettelijk afdwingbare rechten op vrijstelling

41 [www.bmg.bund.de/pflege/pflegestaerkungsgesetze.html](http://www.bmg.bund.de/pflege/pflegestaerkungsgesetze.html).

42 § 1618a BGB. Dat de onderhoudsplichten van kinderen voor hun ouder ver kunnen reiken, blijkt uit een uitspraak van het *Bundesgerichtshof*, de hoogste Duitse rechter, in het voorjaar van 2014 (BGH, 12.2.2014 - XII ZB 607/12).

43 BR-Dr 718/07, p. 1, 82, 85, 217; U. Preis en L. Nehring, 'Das Pflegezeitgesetz', *NZA* 2008, afl.13, p. 729.

44 § 1 PflegeZG.

45 § 1 FPfZG.

van de werkzaamheden. Het eerste recht is het ‘kortdurend werkverzuim’<sup>46</sup> dat tien werkdagen absentie toelaat en het tweede recht is de ‘zorgtijd’<sup>47</sup> met de mogelijkheid tot zes maanden volledige dan wel gedeeltelijke afwezigheid van het werk. De Familiezorgtijdwet faciliteert de werknemer-mantelzorger met de mogelijkheid voor een langer durend verlof (maximaal twee jaar). Dit verlofrecht, familiezorgtijd geheten, verschilt van de twee genoemde verlofrechten doordat het de toestemming van de werkgever vereist. De familiezorgtijd heeft de vorm van deeltijdverlof, waarbij geregeld is dat de werknemer minimaal 15 uur moet blijven werken. Tijdens de familiezorgtijd bestaat een recht op gedeeltelijke aanvulling van de loonderving. Dit werd nodig geacht omdat twee jaar loonderving financieel niet of moeilijk haalbaar is en om de werknemer-mantelzorger te prikkelen om de familiezorgtijd daadwerkelijk te gebruiken.<sup>48</sup> De aanvulling gebeurt in de vorm van een voorschot of wel een renteloze lening, terug te betalen door de werknemer na de familiezorgtijd, te weten in de zogeheten ‘nazorgfase’ (*Nachpflegephase*), waar de werknemer weer in de omvang van de oorspronkelijke wekelijkse arbeidstijd werkt.

### 5.3.3. Kring van gerechtigden

Niet alle zorgverleners kunnen een beroep op de Zorgtijdwet doen. Om onder de werkingssfeer van de wet te vallen, moet een mantelzorger aan twee voorwaarden voldoen. Ten eerste moet hij werknemer zijn in de zin van de twee wetten. Daartoe behoren naast hen die in een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn ook werkenden die een opleiding volgen en personen die met werknemers gelijk kunnen worden gesteld.<sup>49</sup> De tweede eis is dat de werknemer-mantelzorger in een familierelatie tot de zorgbehoevende staat. De wetten gebruiken de formulering van ‘naast familielid’ en geven een tamelijk gedetailleerde opsomming van familiebanden die hieraan voldoen. Dit gebeurt in drie categorieën. Naaste familieleden zijn 1. grootouders, ouders, schoonouders, 2. echtgenoten, levenspartners, partners in een als gehuwd aan te merken gemeenschap, zussen en broers, 3. kinderen, adoptie- of pleegkinderen, de kinderen, adoptie- of pleegkinderen van de echtgenoot of levenspartner, schoonkinderen en kleinkinderen.<sup>50</sup> Door het vereiste van zorg binnen familierelaties valt zorgbereidheid van werknemers voor andere naasten, zoals vrienden en burens buiten de werkingssfeer van de Duitse zorgwetten. Bij deze vrij brede definitie van familierelatie valt trouwens op dat geen rechten bestaan voor de zorg aan stiefvader of stiefmoeder respectievelijk stiefkinderen.<sup>51</sup>

46 § 2 PflegeZG.

47 § 3 PflegeZG.

48 § 2 Abs. 1 FPfZG.

49 § 7 Absatz 1 PflegeZG en § 2 Absatz 2 FPfZG. Ambtenaren vallen overigens niet onder de werkingssfeer van deze regelingen. Hun rechtspositie is in het Bundesbeamtenengesetz neergelegd. Daar heeft § 92 betrekking op familiegerelateerd verlof.

50 § 7 Absatz 3 Pflegezeitgesetz.

51 Preis en Nehring 2008, p. 730.

#### 5.3.4. Kring van zorgbehoevenden

Aan de zorgbehoevenden worden drie voorwaarden gesteld opdat een beroep op de twee zorgwetten kans op succes heeft. Behalve de hiervoor besproken eisen aan de familierelatie gelden nog eisen met betrekking tot de zorgbehoefte en de woonplaats.<sup>52</sup> In beide wetten moet de te verzorgen persoon minimaal binnen het laagste zorgniveau (*Pflegestufe I*) vallen, dat wil zeggen zorg nodig hebben van dagelijks minimaal negentig minuten, waarvan minimaal zesenviering minuten voor de basiszorg.<sup>53</sup> Voor het tien dagen durend kortdurend werkverzuim moet de zorgbehoefte zich bovendien acuut aandienen, terwijl het zorgniveau I niet vast hoeft te staan. Voldoende is dat het waarschijnlijk aanwezig is.<sup>54</sup> Zorgbehoeftes die een kortdurend werkverzuim rechtvaardigen, vereisen een actie op korte termijn die voortvarend van aard is. Voorbeelden zijn de organisatie van een nazorgtraject na een ziekenhuisopname, waar informatie moet worden ingewonnen over zorgvoorzieningen en daartoe de nodige stappen moeten worden gezet, of de situatie waarin de werknemer zelf tijdelijk de zorg moet verrichten.<sup>55</sup>

De zorgbehoevende moet thuis wonen om binnen de werkingsfeer van beide zorgwetten te vallen.<sup>56</sup> Thuis, vereist echter niet per se de verzorging in het huis van de zorgbehoevende zelf. De verzorging kan evengoed in de woning van de verzorgende of van een derde plaatsvinden.<sup>57</sup> Een beroep op de zorgwetten is niet mogelijk als de verzorging in een instelling plaatsvindt. Familieleden die bijvoorbeeld voor terminale zorg in een hospice opgenomen zijn, kunnen dus, uitgaande van een letterlijke wetsinterpretatie, niet in zorgtijd gebaseerd op de zorgwetten door hun naasten worden verzorgd.<sup>58</sup>

52 Voor een nadere invulling van het begrip zorgbehoefte zie 5.1.

53 Deze tijd heeft betrekking op zorgniveau I. Zorgniveau II vereist minimaal drie uur, waarvan twee uur voor de basiszorg en zorgniveau III minimaal vijf uur, waarvan vier uur voor de basiszorg. Thans worden de zorgniveaus opnieuw gedefinieerd. Naast de fysieke beperkingen zullen ook beperkingen worden opgenomen, die bij mensen met dementie worden aangetroffen. [www.bmg.bund.de/pflege/pflegebeduerftigkeit/pflegebeduerftigkeit.html](http://www.bmg.bund.de/pflege/pflegebeduerftigkeit/pflegebeduerftigkeit.html).

54 § 7 Abs. 4 PflegeZG.

55 BT Drucksache 718/07, p. 217.

56 § 3 Abs. 1 PflegeZG en § 2 FPfZG.

57 Preis en Nehring 2008, p. 733.

58 In de situatie van terminale zorg buitenshuis staat de verzorgende mogelijk een beroep open op § 275 Abs. 3 *BGB*. Daar hebben werknemers het recht om het verrichten van arbeid tijdelijk te weigeren als het wel verrichten als onredelijk kan worden gezien. Een voorbeeld van onredelijk verrichten van arbeid zijn concurrerende zorgplichten of andere familiale verplichtingen. Voorwaarde is dat de familiale belemmering voorrang heeft bij het belang dat de werkgever heeft bij het nakoming van de arbeidsverplichting, hetgeen afhankelijk is van de feiten en omstandigheden in het concrete geval. E. Kocher et al., *Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie*, Baden-Baden: Nomos 2013, p. 158.

### 5.3.5. Eisen aan de werkgevers

De wetgever stelt geen eisen aan de grootte van de onderneming bij zowel het kortdurende werkverzuim als de familiezorgtijd. Anders ligt dit bij de zorgtijd. Een recht hierop geldt slechts bij werkgevers met in de regel meer dan 15 werknemers.<sup>59</sup>

### 5.3.6. Specifieke rechten – het kortdurend werkverzuim

Het recht op kortdurend werkverzuim vereist geen toestemming van de werkgever. Het is een ongeclausuleerd recht van de werknemer om gedurende de maximale periode van tien dagen eenzijdig de nakoming van de arbeidsverplichting te weigeren. De werknemer hoeft de werkgever slechts de verhindering en haar vermoedelijke duur mede te delen. Dit moet echter wel onmiddellijk gebeuren.<sup>60</sup> Een medische verklaring omtrent de zorgbehoefte is niet vereist. De werkgever mag daar wel naar vragen.<sup>61</sup> Dit impliceert dat de werknemer met de melding van zijn verhindering ook de grond voor de verhindering aangeeft. Zou laatstgenoemde achterwege blijven, dan zou de werkgever geen gebruik kunnen maken van het recht om een medische verklaring op te vragen. De werknemer doet echter wel verstandig aan om een medische verklaring te regelen.<sup>62</sup> Indien namelijk op een later tijdstip blijkt dat de zorgbehoefte niet overeenkwam met de voorwaarden van minimaal *Pflegestufe I*, dan voldeed de werknemer niet aan de vereisten voor het kortdurend werkverzuim en loopt hij gevaar schadeplichtig te worden jegens de werkgever. Ook kan de werkgever in deze situatie een sanctie van waarschuwing of opzegging toepassen.<sup>63</sup> In dat geval komt de dienstbetrekking van de werknemer in gevaar.

De zorgtijdwet regelt een vrijstelling van maximaal tien werkdagen. Omstreden is of deze maximale duur ook geldt voor werknemers in een deeltijds dienstverband die slechts op bepaalde dagen gedurende een bepaald aantal uren in de week werken. Nu de wet hierover zwijgt, ligt het – gelet op de strekking van de wet – in de rede dat de maximale duur van de vrijstelling verkort wordt naar rato van de omvang van de dienstbetrekking. De wet beoogt immers de combinatie van arbeid en zorg alleen voor een korte duur te faciliteren. Andersom zal om redenen van gelijke behandeling hetzelfde gelden: werknemers met bijvoorbeeld een zesdaagse werkweek kunnen tot maximaal twaalf werkdagen van het werk wegblijven.<sup>64</sup>

59 § 3 Abs. 1 PflegeZG.

60 § 2 Absatz 1 Pflegezeitgesetz.

61 § 2 Absatz 2 Pflegezeitgesetz.

62 Preis en Nehring 2008, p. 731.

63 R. von Steinau-Steinrück en U. Mosch, 'Angehörigenpflege und Arbeitsrecht', *Neue Juristische Wochenschrift NJW-Spezial* 2010, afl. 10, p. 178.

64 Von Steinau-Steinrück en Mosch 2010, p. 178.

De zorgtjdwet zelf voorziet thans niet in een loondoorbetaling. Daardoor bestaat noch gedurende het kortdurend werkverzuim noch tijdens de zorgtijd een recht op loon op basis van die wet. Toch hoeft de werknemer niet helemaal met lege handen te staan. In de Zorgtjdwet is namelijk geregeld dat de werkgever het loon moet doorbetalen als dit in een andere wet geregeld is dan wel overeengekomen is in de individuele of een collectieve arbeidsovereenkomst.<sup>65</sup> Men kan hierbij denken aan titel 8 van het *BGB (Dienstvertrag und ähnliche Verträge)* waar gelet op § 616 een loondoorbetalingsplicht op de werkgever rust wegens een zogeheten ‘tijdelijke verhindering’.<sup>66</sup> Deze plicht tot loondoorbetaling bestaat echter alleen indien het werkverzuim onvermijdelijk is hetgeen impliceert dat de werknemer slechts recht op loondoorbetaling heeft voor de uren waarop hij verhinderd is te werken. Hier valt een tegenstrijdigheid op met het recht op kortdurend werkverzuim in de Zorgtjdwet, dat immers voor hele dagen geldt. Heeft de werknemer geen vrijstelling gedurende hele dagen nodig, bijvoorbeeld omdat de noodzakelijke zorg of de organisatie van de zorg slechts enkele uren per dag beslaat, dan heeft hij op basis van de Zorgtjdwet weliswaar recht op een hele vrije dag, maar kan hij in het licht van bovengenoemde bepaling uit het *BGB* geen loondoorbetaling voor een hele dag van de werkgever vragen.<sup>67</sup> De wetgever zegt in deze ook niets over een eventuele reflexwerking van de Zorgtjdwet in de richting van het *BGB*.<sup>68</sup>

Ten aanzien van de frequentie van het kortdurend werkverzuim verwacht de wetgever dat dit zich in een kalenderjaar slechts een maal per familielid zal voordoen. Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel kan de werknemer dan ook slechts een maal per zorgbehoevende persoon van het recht op kortdurend werkverzuim gebruik maken.<sup>69</sup> Er laten zich echter situaties bedenken die de wetgever klaarblijkelijk niet voor ogen had. Zo is het zeer wel mogelijk dat de werknemer juist ten aanzien van een slechts sluipende en langdurig optredende aandoening, bijvoorbeeld dementie, vaker gebruik zou willen maken van het kortdurend werkverzuim. Juridisch gezien behoeft dit evenwel geen aanleiding te vormen voor (juridische) onzekerheid. In het *BGB* (het verbintenissenrecht) is

65 § 2 PflegeZG Abs. 3.

66 Het *BGB* (BW) regelt in § 616 de ‚vorübergehende Verhinderung‘ als volgt: Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muss sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.

67 Preis en Nehring 2008, p. 732; B. Glatzel, ‘Fallen im Pflegezeitgesetz – für Arbeitnehmer und Arbeitgeber’, *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, afl. 20, p. 1378.

68 De wetsvoorstellen (*Pflegestärkungsgesetze*) beogen in deze situatie verandering aan te brengen. Voorgesteld is om werknemers tijdens het kortdurend werkverzuim recht te geven op een inkomensvervanging, het zogeheten *Pflegeunterstützungsgeld*. Zie paragraaf 5.3.10.

69 BT Drucksache 718/07, p. 220.

namelijk bepaald dat een schuldenaar de nakoming van een verplichting onder bepaalde omstandigheden kan weigeren.<sup>70</sup> Tegen deze achtergrond hoeft een werknemer dus niet te werken als de zorg voor een naaste redelijkerwijs dient te prevaleren boven het belang dat zijn werkgever heeft bij het verrichten van het bedongen werk. Ook behoudt de werknemer in deze situatie het recht op doorbetaling van het loon.<sup>71</sup> Kijken we naar de letterlijke tekst van de wet, dan blijkt dat het recht op kortdurend werkverzuim per zorgbehoevend familielid niet tot eenmalige gebruikmaking is beperkt maar dat de tien werkdagen vaker in een kalenderjaar kunnen worden geclaimd, bijvoorbeeld als bij een en dezelfde persoon verschillende ziekten acuut optreden.<sup>72</sup> Doet deze situatie zich voor, dan ligt het voor de hand dat een werkgever vraagt om een medische verklaring te overleggen.<sup>73</sup> Kortdurend werkverzuim kan verder meermaals in een kalenderjaar nodig zijn omdat het begrip ‘naaste familie’ in de wet ruim gedefinieerd is. Naarmate een familie groter is, kunnen immers meerdere personen acuut zorgbehoevend worden. Kortdurend werkverzuim kan ook vaker nodig zijn omdat de verzorging aan huis toeneemt. Als een verzorger bijvoorbeeld plotseling ziek wordt, is een van de voorwaarden voor kortdurend werkverzuim vervuld: we hebben eerder gezien dat zich een acute zorgsituatie voordoet als een al dan niet professionele verzorger zelf plotseling ziek wordt. Naarmate de verzorging thuis onbetrouwbaarder is, zal er dus vaker behoefte aan kortdurend werkverzuim bestaan.<sup>74</sup>

### 5.3.7. Specifieke rechten – de zorgtijd

Doel van de zorgtijd is vooral om familieleden ruimte te bieden voor periodes waarin verzorgingsbehoevende naasten persoonlijke ondersteuning door de familie nodig hebben. De wetgever geeft de voorbeelden van een bijzonder heftige ziekteperiode, stervensbegeleiding in de laatste weken of maanden voor het overlijden, maar ook de opstart van een verzorgingsarrangement en de tijd die nodig is om dit te organiseren.<sup>75</sup> De zorgtijd is, net als het kortdurend werkverzuim, een afdwingbaar recht van de werknemer waarvoor hij geen toestemming nodig

70 § 275III BGB stelt als voorwaarde dat de schuldenaar/werknemer de zorgverlening persoonlijk moet verrichten en dat dat de nakoming van de arbeidsverplichting niet van hem kan worden gevergd als bij de belangenafweging het belang dat de schuldenaar/werknemer heeft om zorg te verlenen voorgaat voor dat van de schuldeiser/werkgever bij het verrichten van de arbeid.

71 § 616 BGB. Zie ook: J. Jousen, ‘Streitfragen aus dem Pflegezeitgesetz’, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2009, afl. 2, p. 71.

72 W. Brose, ‘Die sozialversicherungsrechtlichen Nebenwirkungen von Pflegezeit und Familienpflegezeit’, *Neue Zeitschrift für Sozialrecht* 2012, afl. 13, p. 499.

73 § 3 Abs. 2 PflegeZG; M. Notzon, ‘Aktuelle Rechtsfragen zur Pflegezeit’, *Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht* 2013, afl. 7, p. 138.

74 Preis en Nehring 2008, p. 730-731.

75 BR-Drucksache 718/07, p. 217 en 219.



heeft van de werkgever. De werknemer moet de werkgever echter wel schriftelijk op de hoogte stellen van het feit dat hij zorgtijd wil gebruiken en moet daarbij aangeven voor welke periode en in welke omvang hij een beroep op de zorgtijd wil doen. Heeft de werknemer slechts een gedeeltelijke vrijstelling op het oog, dan moet hij de gewenste verdeling van de arbeidstijd melden.<sup>76</sup> De mededelingen moeten uiterlijk tien dagen voorafgaande aan de zorgtijd zijn gedaan. In een acute situatie biedt de zorgtijd door deze meldingsverplichting geen soelaas. Hier zal de werknemer een beroep op het kortdurend werkverzuim moeten doen, dan wel op de tijdelijke verhindering conform de § 275III en 616 *BGB*. Werkgever en werknemer moeten vervolgens overeenkomen hoe de arbeidstijd wordt geregeld en dit schriftelijk vastleggen. Het schriftelijkheidsvereiste werd in de wet opgenomen in het belang van de rechtszekerheid en met het oog op het bewijsrecht.<sup>77</sup> De werkgever kan zorgtijd niet weigeren als de werknemer deze voor de eerste keer claimt.<sup>78</sup> Indien zorgtijd in de vorm van gedeeltelijke afwezigheid wordt gewenst, moet de werkgever gevolg geven aan de verdeling van de arbeidstijd zoals de werknemer die voorstelt. Hiervan afwijken mag alleen als dringende bedrijfsbelangen daartoe nopen.<sup>79</sup> De werknemer moet de werkgever een medische verklaring overhandigen en mag niet – zoals bij het kortdurend werkverzuim – wachten op een verzoek van de werkgever dienaangaande.<sup>80</sup>

De zorgtijd duurt maximaal zes maanden.<sup>81</sup> Werknemers hoeven echter aan het begin van de vrijstelling niet de volledige duur van zes maanden te claimen.<sup>82</sup> Bij een claim van minder dan zes maanden zorgtijd is verlenging mogelijk tot zes maanden. Wil de werknemer voor een verlenging in aanmerking komen, dan heeft hij toestemming van de werkgever nodig. Deze toestemming kan de werkgever in bepaalde situaties niet weigeren. Zo moet toestemming tot verlenging worden verleend als een beoogde wisseling in de zorg niet plaats kan vinden omdat de persoon die de zorg voor het naaste familielid over zou nemen, zelf ziek is geworden.<sup>83</sup> Tijdens de zorgtijd heeft de werknemer geen recht op doorbetaling van het loon – zorgtijd is dus onbetaald.<sup>84</sup>

De werknemer kan zorgtijd niet eenzijdig vervroegd beëindigen. Dit is slechts anders als de reden voor de zorgtijd is weggevallen, bijvoorbeeld als het naaste

76 § 3 Abs. 3 PflegeZG.

77 BR-Drucksache 718/07, p. 222.

78 Joussem 2009, p. 71.

79 § 3 Abs. 4 PflegeZG.

80 § 3 Abs. 2 PflegeZG.

81 § 4 Abs. 1 PflegeZG.

82 § 4 Abs. 1 PflegeZG.

83 § 4 Abs. 1 PflegeZG.

84 In het aanhangige wetsvoorstel regelt de wetgever de mogelijkheid van een renteloos krediet voor de werknemer teneinde het inkomensverlies tijdens de zorgtijd te beperken. Zie hierover paragraaf 5.3.10.

familielid niet langer zorg nodig heeft: het familielid kan bijvoorbeeld voor het einde van de zorgtijd in een instelling zijn opgenomen of zijn overleden. Als de situatie thuis ondragelijk is geworden, bijvoorbeeld omdat de financiering van de zorgtijd door onvoorzienbare persoonlijke omstandigheden niet meer gewaarborgd is en de werknemer afhankelijk is van het loon, eindigt de zorgtijd vier weken na optreden van de gewijzigde omstandigheid. De werknemer heeft hier geen toestemming van de werkgever voor nodig. Wel moet hij de werkgever terstond informeren over de gewijzigde omstandigheid.<sup>85</sup> De werkgever kan dan de arbeidsovereenkomst met de vervanger, indien nodig, opzeggen. Omdat de opzegtermijn in slechts twee weken bedraagt,<sup>86</sup> blijft de werkgever door de vervroegde terugkeer van de mantelzorger niet met een verdubbeling van de loonkosten zitten. Indien de omstandigheden niet gewijzigd zijn en de werknemer de zorgtijd toch vervroegd wil beëindigen, kan dit niet zonder de toestemming van de werkgever. Dat dit zo geregeld is, is uit het perspectief van de werkgever begrijpelijk. Hij heeft immers de werkzaamheden in overeenstemming met de mededeling van de werknemer georganiseerd en moet voor deze planning in voldoende mate duidelijkheid over de aan- respectievelijk afwezigheid van de werknemer hebben. Het prijskaartje van deze regeling hangt bij de vervanger die geconfronteerd kan worden met een vervroegde beëindiging van de aanstelling, en wel zonder enig recht op een financiële compensatie.

### 5.3.8. Specifieke rechten – de familiezorgtijd

Zoals reeds genoemd, beoogt de Familiezorgtijdwet, net als de Zorgtijdwet, de combinatie van arbeid en zorg te verbeteren. Beide wetten hebben als overeenkomsten dat de zorgbehoefte minimaal niveau 1 omvat, dat de zorgverlener een naaste familielid moet zijn en dat de zorgverlening thuis plaatsvindt. Beide wetten verschillen echter van elkaar wat betreft de strategie. De belangrijkste verschillen hebben betrekking op 1. De *mate van afdwingbaarheid* van de vrijstelling, 2. de *duur van de vrijstelling* en 3. een *gedeeltelijke aanvulling van het loonverlies* in de vorm van een voorschot waardoor de familiezorgtijd twee fasen kent: een ‘zorgfase’ en een ‘nazorgfase’. We zullen de verschillen hieronder toelichten.

#### *De mate van afdwingbaarheid*

In tegenstelling tot de zorgtijdwet kan de werknemer uit de familiezorgtijdwet geen recht op arbeidsduurverkorting afdwingen. De wetgever had oorspronkelijk een afdwingbaar recht op het oog, maar heeft dit in de loop van het wetgevingsproces losgelaten.<sup>87</sup> De wet is nu gebaseerd op het Duitse *Altersteilzeitgesetz*, een wet die

85 § 4 Abs. 2 PflegeZG.

86 § 6 Abs. 3 PflegeZG.

87 B. Schiefer, ‘Urlaub, Pflegezeit, Teilzeitwunsch – Wie das Arbeitsrecht knappe Güter verteilt’, *NZA-Beilage* 2012, afl. 4, p. 138. In het wetsvoorstel is overigens de

werknemers door minder te gaan werken ondersteunt bij een soepele overgang van het beroepsleven naar het pensioen, die echter werkgevers niet dwingt om deeltijdwerk daadwerkelijk toe te staan.<sup>88</sup> De familiezorgtijd stoelt daarmee op een afspraak tussen werknemer en werkgever. De mantelzorg is dus afhankelijk van de wil van zijn werkgever om in overeenstemming met de wet met hem een overeenkomst over gebruikmaking van familiezorgtijd te sluiten.<sup>89</sup> Dat de wil van de werkgever beslissend is, betekent dat de overeenkomst tussen werknemer en werkgever vrijwillig moet zijn gemaakt en dat geen belangenafweging plaatsvindt. De werkgever hoeft dus niet op basis van redelijkheid en billijkheid te beslissen.<sup>90</sup> De wetgever beoogt ook hier overigens een wijziging aan te brengen: wat in 2012 nog niet gelukt is, te weten een recht op familiezorgtijd, staat nu opnieuw in het wetsvoorstel.

### *De duur van de familiezorgtijd*

Komt het tot een afspraak (overeenkomst) over familiezorgtijd, dan wordt de wekelijkse arbeidsduur verkort tot een minimale omvang van 15 uren voor de duur van maximaal 24 maanden. De voor 24 maanden te verminderen arbeidsduur wordt op de dag precies berekend en niet per kalendermaand.<sup>91</sup> Bij de eis om tijdens de familiezorgtijd minimaal 15 uur per week te blijven werken, is rekening gehouden met dienstbetrekkingen waarvan de omvang van de arbeidsduur per week onregelmatig is. In deze gevallen mag de gemiddelde arbeidsduur binnen een periode van een jaar niet lager zijn dan 15 uur.<sup>92</sup> Het vereiste minimale aantal te werken uren toont overigens aan dat de familiezorgtijd vooral bedoeld is voor werknemers die werkzaam zijn in een volledig dienstverband of in een grote deeltijdbaan. Ook de familiezorgtijd kan eindigen voordat de overeengekomen duur is verstreken. In drie situaties doet zich dit voor, te weten als niet langer

---

afdwingbaarheid van de familiezorgtijd opnieuw op de agenda geplaatst.

- 88 W. Götting en M. Neumann, 'Das neue Familienpflegezeitgesetz', *NZA* 2012, afl. 3, p. 120.
- 89 Deze bereidheid moet, gelet op het hevige verzet tegen een rechtsaanspraak tijdens de behandeling van het wetsvoorstel aan de kant van de werkgeversverenigingen vooralsnog nogal kritisch worden gezien. In het regeerakkoord van 2013 staat overigens dit onderwerp opnieuw op de agenda. De regering wil de zorgtijd en de familiezorgtijd samenbrengen en verder ontwikkelen. Zie: *Deutschlands Zukunft gestalten*, [www.bundesregierung.de/Content/DE/\\_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile), p. 84.
- 90 Rolf's, et al., Beck'scher Onlinekommentar Arbeitsrecht, FPfZG § 1, Rn 9-16, [beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata/komm/BeckOK\\_ArbR\\_28/FPfZG/cont/BeckOK.FPfZG.p1.gIE.htm](http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata/komm/BeckOK_ArbR_28/FPfZG/cont/BeckOK.FPfZG.p1.gIE.htm).
- 91 De duur van twee jaar stoelt op empirisch onderzoek over de gemiddelde duur van de zorg voor familieleden. Daaruit blijkt dat voor het merendeel van de te verzorgen naasten de levensverwachting na de eerste uitkering uit de *Pflegeversicherung* (een uitkeringsrecht bestaat bij minimaal zorgniveau I) lager zal liggen dan 24 maanden. Een periode van twee jaar maakt volgens de wetgever in de meeste gevallen een adequate begeleiding van gezinsleden mogelijk.
- 92 § 2 FPfZG.

voldaan is aan het vereiste zorgniveau, als minder dan 15 uur wordt gewerkt of als niet langer een familiezorgverzekering is afgesloten (over de verzekering later meer).<sup>93</sup> In de situatie dat de zorg beëindigd is, moet de werknemer dit terstond aan de werkgever melden.<sup>94</sup>

#### *De aanvulling van de loonderving*

In de Familiezorgtijdwet is de werkgever verplicht het loonverlies dat de werknemer door de arbeidstijdverkorting tijdens de zorgfase lijdt, voor een deel aan te vullen. De aanvulling bedraagt de helft van het inkomensverlies en heeft de vorm van een voorschot. Het voorschot moet door de werknemer worden afbetaald. Dat gebeurt in de nazorgfase. Dan werkt de werknemer weer in de oorspronkelijk overeengekomen wekelijkse arbeidsduur, maar nu tegen het tijdens de zorgfase verlaagde loon. Een volgende familiezorgtijd is pas weer mogelijk na de nazorgfase, dus wanneer de voorschotten zijn afbetaald. De voorschotregeling is vrij gecompliceerd geregeld, omdat zij voor de werkgever twee risico's heeft. Het eerste risico is dat de werkgever over onvoldoende middelen beschikt om de voorschotten te kunnen financieren, en het tweede risico is dat de werknemer wegvalt voordat de voorschotten zijn terugbetaald.<sup>95</sup> Tegen beide risico's heeft de wetgever instrumenten ontworpen die de werkgever bescherming moeten bieden. Het eerste instrument is een renteloos krediet voor het voorschot, het tweede de verplichte familiezorgtijdverzekering.

De regeling van het krediet ziet er als volgt uit: de werkgever kan voor een renteloos krediet schriftelijk een aanvraag indienen bij het Federaal Bureau voor Familie en Maatschappelijke Verantwoordelijkheden (*Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben*). De aanvraag dient vergezeld te gaan van drie bijlagen. Dit zijn een afschrift van de overeenkomst tussen werkgever en werknemer over de familiezorgtijd, een bewijs van de zorgbehoefte van de te verzorgen persoon en een bewijs van het bestaan van een familiezorgtijdverzekering (zie hierna).<sup>96</sup> De werkgever moet het krediet na afloop van de familiezorgtijd terug betalen. De terugbetaling gebeurt maandelijks in de nazorgfase en begint in de maand volgend op die waarin de zorgfase eindigt.<sup>97</sup> Dan werkt de werknemer weer in zijn oude volledige omvang, nu echter tegen een gereduceerd loon. Mocht de werknemer tijdens de nazorgfase ziekingeld ontvangen of een uitkering op grond van arbeidstijdverkorting, dan kan de terugbetaling van het krediet op aanvraag van de werkgever geheel of gedeeltelijk worden opgeschort.<sup>98</sup> De noodzaak voor het aanvragen van een krediet hoeft zich niet voor te doen. Een werknemer

93 § 5 Abs. 1 FPfZG.

94 § 5 Abs. 2 FPfZG.

95 Deutscher Bundestag Drucksache 17/6000, p. 13.

96 § 12 Abs. 1 Nr. 1 en 4 FPfZG.

97 § 6 Abs. 1 en 6 Abs. 2 FPfZG.

98 § 6 Abs. 3 FPfZG.

kan de aanvulling van het loon namelijk ook uit een persoonlijke spaarrekening financieren.<sup>99</sup>

De verplichte familiezorgtijdverzekering beschermt de werkgever tegen het risico dat de werknemer door te overlijden dan wel arbeidsongeschiktheid<sup>100</sup> niet in staat is om het voorschot terug te betalen en is een voorwaarde om in aanmerking te komen voor het krediet. De wetgever heeft deze verzekering in het leven geroepen om de kosten voor de werkgever dan wel de ondernemingen binnen de perken te houden. De aard en inhoud van de verzekering is als volgt geregeld.<sup>101</sup> De verzekering is een overeenkomst, die het Federaal Bureau moet certificeren. De verzekeraar is op basis daarvan verplicht om in geval van overlijden van de werknemer dan wel van diens arbeidsongeschiktheid tot uitkering te komen. De hoogte van het uit te keren bedrag is de aanvulling op het loon die de werknemer tijdens de zorgfase heeft ontvangen en in de nazorgfase niet heeft terugbetaald.

Als verzekeringsnemer kunnen de werknemer, de werkgever of het kredietverstrekende Federaal Bureau voor Familie en Maatschappelijke Verantwoordelijkheden optreden. De verzekering moet op de persoon van de werknemer voor de duur van de familiezorgtijd en de nazorgfase worden afgesloten. De verzekeringspremie wordt berekend onafhankelijk van het geslacht van de werknemer en zonder voorafgaande toetsing van het risico en zonder keuring van de verzekerde.<sup>102</sup> Indien de werknemer de verzekering afsluit, wordt de werkgever een onherroepelijk claimrecht toegekend.<sup>103</sup> Als de werknemer de eerste premie niet tijdig heeft betaald, moet de verzekeraar de werkgever hierover informeren en hem een betalingstermijn van minimaal een maand toekennen.<sup>104</sup> Om achterstand in de premiebetaling en daarmee een gebrekkige dekking van

99 Deze is geregeld in § 7b SGB IV.

100 In § 4 Abs. 2 FPfZG is een definitie van arbeidsongeschiktheid opgenomen. Arbeidsongeschiktheid doet zich voor als de verzekerde ten gevolge van ziekte, lichamelijk letsel of tot op zekere hoogte een door leeftijd veroorzaakte vermindering van krachten vermoedelijk minstens zes maanden lang zijn laatst verrichte arbeid niet meer kan uitoefenen. Een verzekerde persoon wordt daarom als arbeidsongeschikt aangemerkt als hij meer dan 180 dagen onafgebroken verpleegd moest worden of ten gevolge van ziekte, lichamelijk letsel of een door leeftijd veroorzaakte vermindering van krachten niet in staat was, zijn laatstelijk verrichte beroepswerkzaamheden te verrichten. Door het woord ‘vermoedelijk’ vraagt de wetgever om een voorspelling ten aanzien van de arbeidsongeschiktheid. Niet geregeld is wie de arbeidsongeschiktheid moet beoordelen. Is dit de huisarts of bijvoorbeeld een verzekeringsarts? En hoe moet worden omgegaan met verschillen van inzicht in de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid? Dit kan een probleem zijn nu van het intreden van het verzekerde risico immers pas sprake is na de eerste 180 dagen arbeidsongeschiktheid. De werkgever kan dus pas na deze periode een uitkering uit de verzekering ontvangen. Hierover: Göttling en Neumann 2012, p. 123-124.

101 § 4 Abs.1 FPfZG.

102 [www.chg.kit.edu/downloads/Familienpflegezeitversicherung.pdf](http://www.chg.kit.edu/downloads/Familienpflegezeitversicherung.pdf).

103 § 4 Abs. 3 FPfZG.

104 § 4 Abs. 3 FPfZG.

het risico door de verzekering te voorkomen, heeft de werkgever het recht om de premie te betalen. De premiekosten verhaalt hij vervolgens op de werknemer.<sup>105</sup>

### *Bescherming tegen ontslag*

Tijdens het kortdurend werkverzuim geldt een bijzonder opzegverbod waardoor de werknemer bevrijd is van de zorg over een mogelijk verlies van de baan.<sup>106</sup> De werkgever mag de dienstbetrekking vanaf de mededeling van de gebruikmaking door de werknemer tot de beëindiging van het kortdurend werkverzuim niet opzeggen.<sup>107</sup> Een bijzonder opzegverbod geldt ook tijdens de zorgtijd.<sup>108</sup> Daar geldt het verbod vanaf het moment dat de werknemer de werkgever laat weten gebruik te willen maken van de zorgtijd. Nu de wet slechts heeft geregeld dat deze melding uiterlijk tien werkdagen voor het begin van de zorgtijd aan de werkgever moet zijn gericht, is deze regeling uit het perspectief van de werknemer best gunstig te noemen. Goed beschouwd kan de werknemer namelijk de periode waarin het opzegverbod geldt, lang laten duren: hij hoeft slechts ruim van te voren aan te kondigen gebruik te gaan maken van de zorgtijd.<sup>109</sup> Uit het perspectief van de werkgever kan dit uiteraard problematisch zijn. Tijdens de familiezoorgtijd, tenslotte, mag de werkgever evenmin het dienstverband opzeggen. Daar geldt het opzegverbod zowel tijdens de familiezoorgtijd als tijdens de nazorgfase.<sup>110</sup> Het opzegverbod dient hier twee doelen. Ten eerste wordt voorkomen dat voor de werknemer nadelen ontstaan doordat hij van de familiezoorgtijd gebruik maakt.<sup>111</sup> Ten tweede kan de werknemer de aanspraak van de werkgever nakomen op terugbetaling van het voorschot.<sup>112</sup> Anders dan in de Zorgtijdwet, geldt het opzegverbod echter niet reeds tijdens de fase van aanvraag. Desondanks reikt de bescherming tegen opzegging best ver. Ze kan een tijdsbestek van vier jaar (48 maanden) omvatten, nu de maximale duur van de nazorgfase 24 maanden bedraagt en de nazorgfase in een dergelijk geval even lang is. Dit kan voor werkgevers een belangrijk aspect zijn bij het al dan niet afspreken van een familiezoorgtijd.<sup>113</sup> Het opzegverbod kan echter onder bijzondere omstandigheden en strikte voorwaarden bij wijze van uitzondering opzij worden gezet.<sup>114</sup> Dan ontbreekt bescherming

105 § 4 Abs. 3 FPfZG.

106 BR-Drucksache 718/07, p. 223.

107 § 5 PflegeZG.

108 § 5 PflegeZG. Het opzegverbod is niet absoluut, zo kan opzegging toegelaten worden bij een geplande sluiting van een bedrijf.

109 Preis en Nehring 2008, p. 733.

110 § 9 Abs. 3 Nr. 1 FPfZG.

111 D. Barkow von Creytz, 'Das Familienpflegezeitgesetz', *Deutsches Steuerrecht* 2012, afl. 4, p. 191.

112 Deutscher Bundestag Drucksache 17/6000, p. 18.

113 M. Eckert, 'Blick ins Arbeitsrecht', *Deutsches Steuerrecht* 2011, afl. 51/52, p. 2474.

114 § 9III Nr. 2 FPfZG.

tegen opzegging en dit vormt wellicht voor werknemers een drempel om van de familiezorgtijd gebruik te maken.<sup>115</sup>

### 5.3.9. Gebruik van de regelingen

#### *Zorgtjdwet*

Over de effecten van de Zorgtjdwet is tot nu toe nog weinig bekend. Uit een zogeheten kleine interpellatie aan de Bondsregering blijkt slechts dat ten behoeve van de ongeveer 1,18 miljoen mensen die thuis door familieleden werden verzorgd tot midden 2010 ongeveer 9.000 familieleden gebruik hebben gemaakt van het kortdurend werkverzuim conform § 2 PflegeZG. Het totaal aantal gebruikers zal hoger zijn omdat het aantal werknemers dat naasten heeft verzorgd welke op het tijdstip van de enquête reeds waren overleden of in een instelling waren opgenomen, niet kon worden meegeteld. Over het aantal gebruikers van de zorgtijd (§ 3 PflegeZG) werd op basis van de eerste gegevens een prognose gesteld: daaruit blijkt dat ongeveer 18.000 personen die op het moment van de enquête zorg verleenden aan een zorgbehoevende thuis een beroep op deze mogelijkheid hebben gedaan. Ook hier zal het totaal om de eerder genoemde reden hoger liggen.<sup>116</sup> Uit eerder opgedane ervaringen met nieuwe regelingen blijkt dat nieuw geïntroduceerde rechten aanvankelijk weinig worden gebruikt, het gebruik echter met de tijd geleidelijk toeneemt omdat de regeling aan bekendheid toeneemt. De Bondsregering verwacht daarom dat in de toekomst meer werknemers gebruik zullen maken van de mogelijkheden van de Zorgtjdwet. Het AOK-tendrapport (*AOK-Trendbericht Pflege II*)<sup>117</sup> constateerde in 2009 dat bijna elk tweede huishouden waarin zorg werd verleend door personen jonger dan 65 jaar niet bekend was met de regeling. Ruim een kwart van de genoemde huishoudens kende weliswaar de zorgtijd, maar zag daarin geen voordeel. Slechts voor 21% van de voltijd werkenden gaf aan dat de regeling verlichting bood, bij deeltijders bedroeg dit aantal 37%. Bij het kortdurend werkverzuim, de tijdelijke vrijstelling voor de duur van maximaal tien dagen, liet zich een vergelijkbaar beeld zien. 29% van de werknemers die in een voltijds dienstverband werkten, was positief over deze regeling en bij deeltijdwerkenden lag dit percentage zelfs bij 43%.<sup>118</sup> Dat de wettelijke mogelijkheden in het kader van de Zorgtjdwet een marginale rol spelen, blijkt ook uit de steekproef die in het kader van een door de *Hans Böckler Stiftung* gefinancierde studie werd gehouden.<sup>119</sup> Uit dit onderzoek blijkt dat het aannemen van de Zorgtjdwet volgens alle experts op het terrein arbeid en zorg weliswaar als een belangrijk signaal aan de bedrijven wordt verstaan om eindelijk werk te

115 B. Glatzel, 'Das neue Familienpflegezeitgesetz', *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, afl. 17, p. 1180.

116 BT-Drucksache 17/4135, p. 2.

117 P. Runde et al., *AOK-Trendbericht Pflege II – Entwicklungen in der häuslichen Pflege seit Einführung der Pflegeversicherung*, Hamburg: Universität Hamburg 2009, p. 41.

118 P. Runde et al. 2009, p. 40-43.

119 Reuyss et al. 2012, p.71, 220-221.

maken van het thema zorg. De concrete vormgeving van de wet gaat echter voorbij aan de werkelijkheid van werknemers met zorgverantwoordelijkheid, aldus de experts. Zo is de wet bijvoorbeeld geïntendeerd op huishoudens met in hoofdzaak één kostwinner waarin in geval van twijfel kan worden afgezien van het lagere inkomen van een partner, veelal de vrouw. De Zorgtijdwet besteedt geen aandacht aan de benadeling van vrouwen, die op grond van hun lagere inkomen gedwongen zijn de zorg voltijds te verrichten en daarmee af te zien van het eigen inkomen, terwijl de man degene is, die doorgaat met werk. In het bijzonder worden gezinnen met een laag inkomen of alleenstaande personen benadeeld, die zich geen (langdurige) inkomensderving kunnen veroorloven. Voor het grootste probleem van de Zorgtijdwet, het feit dat de zorgtijd onbetaald is, heeft de wetgever in de wetsvoorstellen (*Pflegestärkungsgesetze*) een maatregel voorgesteld.

#### *Familiezorgtijdwet*

Sinds de inwerkingtreding van Familiezorgtijdwet in 2012 hebben volgens het Federale Ministerie voor Familie, Senioren, Vrouwen en Jeugd 147 werkgevers bij het Federaal Bureau een aanvraag ingediend voor een krediet of voor opname in de collectieve verzekering.<sup>120</sup> Een derde van de aanvragen betreft familiezorgtijd van mannelijke werknemers. Van de aanvragen zijn 123 aanvragen toegekend (stand: 28 januari 2013). Bij deze getallen is geen rekening gehouden met die werknemers waarvoor werkgevers geen krediet hebben aangevraagd en die zelf een verzekering bij een gecertificeerde verzekeraar hebben afgesloten. Daarom is het aannemelijk dat het aantal gebruikers van de regeling hoger zal liggen. Het Federaal Bureau voor familie en maatschappelijke verantwoordelijkheden heeft 58 aanvragen voor een krediet ontvangen en deze ook gehonoreerd. Thans bieden, naast het Federaal Bureau, nog drie verzekeraars een familiezorgverzekering aan. De hoogte van de gemiddelde maandpremie is 17,29 euro. De gemiddelde duur van de familiezorgperiode is 14,73 maanden. De ingediende aanvragen betreffen een duur die ligt tussen één en de maximaal toegestane 24 maanden.<sup>121</sup>

#### 5.3.10. Aanpassingen in de verlofregelingen per 2015

Hieronder volgen in hoofdlijnen de belangrijkste wijzigingen van de verlofregelingen die met ingang van 2015 in werking zijn getreden. De wijzigingen hebben betrekking op de basisvoorwaarden die voor alle drie verlofvormen (kortdurend werkverzuim, zorgtijd en familiezorgtijd) gelden, op wijzigingen in de verlofregelingen zelf en op specifieke regelingen die betrekking hebben op minderjarigen en op naasten in de laatste levensfase.

---

120 Er is geen informatie beschikbaar over o.a. de sector, de aard en de grootte van de bedrijven.

121 BT Drucksache 17/12330, p. 1.



### *Wettelijk recht*

Vanaf 1 januari 2015 geldt voor alle verlofvormen een wettelijk recht. Dit betekent dat vanaf deze datum dus ook een wettelijk recht op familiezoorgtijd bestaat. Het recht op familiezoorgtijd is echter afhankelijk van de grootte van de onderneming. Een afdwingbaar recht op familiezoorgtijd bestaat alleen in ondernemingen met minstens 25 werknemers. Ter vergelijking: het recht op zoorgtijd stelt hier een ondergrens van minimaal 15 werknemers. De wetgever vond in beide gevallen een afdwingbaar recht in kleine ondernemingen niet nodig omdat daar makkelijker een bedrijfsinterne oplossing bedacht kan worden. De verwachting van de regering is dat werkgevers in ondernemingen met 1 tot 25 werknemers hun werknemers kennen en dat daardoor een oplossing eerder kan worden afgestemd op de behoeften van de betreffende onderneming. Daarnaast verwacht de regering dat kleine(re) werkgevers met te grote problemen opgezaald worden als ze vervanging moeten vinden voor een lange afwezigheid van een werknemer. Door de twee verlofvormen zo te regelen is getracht om een balans te vinden tussen de belangen van de kleine werkgevers en de belangen van families.<sup>122</sup>

### *Kring van gerechtigden*

De wetwijziging voorziet voorts in een uitbreiding van de kring van werknemers die omwille van de zorg voor een familielid een tijdlang niet of minder willen werken: ook stiefouders, schoonzus en zwager en homoseksuele levenspartners die geen geregistreerd partnerschap zijn aangegaan vallen onder het begrip naast familielid. Daarmee is de omissie dat er geen rechten bestaan voor de zorg aan stiefvader of stiefmoeder respectievelijk stiefkinderen geheeld. Vrienden of burens blijven vooralsnog buiten de kring. Gezien de verwachte kosten die met de uitbreiding gepaard gaan, wil de regering stap voor stap te werk gaan. Voor dat doel zal een adviesraad (*Beirat*) de minister informeren over de implementatie van de voorgestelde uitbreiding.<sup>123</sup>

### *Financiering van het verlof*

De wetgever heeft de regelingen op het terrein van de financiering van de verschillende verlofvormen ingrijpend gewijzigd. Te beginnen met het kortdurend werkverzuim. Nieuw is dat iedere werknemer recht heeft op een looncompensatie voor de duur van maximaal tien dagen zorg voor een zorgbehoevende naaste. Dit zogeheten *Pflegeunterstützungsgeld*, een soort mantelzorgondersteuning, komt ten laste van de zorgverzekering van de zorgbehoevende.<sup>124</sup> Deze vorm van financiële ondersteuning van de werknemer-mantelzorger ziet de Duitse regering als een kwestie van sociale rechtvaardigheid. Het is immers belangrijk dat iedereen die

122 Plenarprotokoll 18/73, p. 6947 en 6954; <http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/18/18073.pdf>.

123 § 14 FPfZG.

124 De zorgverzekering (*Pflegeversicherung*) is de Duitse variant van de Nederlandse Wet langdurige zorg (opvolger van de AWBZ). Door deze regeling stijgt de premie van de wettelijke zorgverzekering met 0,3 procent naar 2,35 procent van het brutoloon.

plotseling te maken krijgt met een acute zorgsituatie de ruimte heeft om de zorg te organiseren en dat deze mogelijkheid niet afhankelijk is van de vraag of men zich dat financieel kan veroorloven of niet.<sup>125</sup> Om de mantelzorgondersteuning te ontvangen moet de mantelzorger een aanvraag indienen bij de zorgverzekering van de hulpbehoevende. De hoogte van de ondersteuning bedraagt – kort gezegd – bruto 90% van het gedeelde netto-inkomen (tot een vastgesteld maximuminkomen).<sup>126</sup>

Een volgende wijziging betreft de bewerkelijke en ingewikkelde financiering van de familiezorgtijd. Het is niet langer de werkgever die het voorschot betaalt en voor dat doel een renteloos krediet bij het Federaal Bureau voor Familie en Maatschappelijke Verantwoordelijkheden opneemt. Met ingang van 2015 ontvangt de werknemer het renteloze krediet rechtstreeks van dit bureau en daarmee verdwijnt de tussenkomst van de werkgever. Materieel verandert niets aan de hoogte van het voorschot. Om belastingtechnische redenen is de berekening van het krediet echter wel complex.<sup>127</sup> Het risico van niet terugbetaling van het krediet draagt niet langer een verzekering, maar de staat. Daarmee is ook de familiezorgtijdverzekering op de persoon van de werknemer (onder de oude regeling nog een voorwaarde voor het krediet) komen te vervallen.

Nieuw is voorts dat de zorgtijd niet langer gepaard hoeft te gaan met verlies aan inkomen. Het recht op een renteloos krediet strekt zich nu ook uit naar deze verlofvorm. Hoewel de zorgtijd voltijds kan worden opgenomen, is de hoogte van het krediet echter gemaximeerd tot het bedrag ter hoogte van de helft van het loonverlies dat ontvangen wordt bij een verlofomvang van 25 uur per week. Dit kredietplafond moet de werknemer beschermen tegen te hoge financiële lasten in de fase van terugbetaling.<sup>128</sup> Ten aanzien van het krediet moet nog worden opgemerkt dat dit recht in alle ondernemingen bestaat ongeacht het aantal werknemers. Het geldt dus als een werkgever op vrijwillige basis een dergelijke zorgtijd met zijn werknemer overeenkomt, hetgeen het geval is bij werkgevers waar gelet op het aantal werknemers geen wettelijk recht op (familie)zorgtijd bestaat.

#### *Zorg voor minderjarige naasten en voor naasten in de laatste levensfase*

Een van de voorwaarden die aan de kring van zorgbehoevenden wordt gesteld opdat een recht op een of meer van de soorten van verlof slaagt, is dat de zorg aan huis wordt verleend.<sup>129</sup> Het uitgangspunt is immers dat de wetgever de zorg buiten een instelling wil ondersteunen. Ten aanzien van minderjarigen is dit uitgangspunt versoepeld. Hier is de aanspraak op verlof uitgebreid naar (intramurale) instellingen.<sup>130</sup> Voorwaarde blijft evenwel de aanwezigheid van

---

125 Plenarprotokoll 18/73, p. 6946; <http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/18/18073.pdf>.

126 § 45 SGB V.

127 § 3 Abs. 2 en 3 FPfZG.

128 BT-Drs. 18/3124, p. 35.

129 Zie paragraaf 5.3.4.

130 § 2a FPfZG.

zorgbehoefte op minimaal het laagste niveau (*Pflegestufe 1*). Een hevige ziekte alleen geeft dus geen recht op een van de verlofvormen.

Ten aanzien van zorgbehoevende naasten in de laatste levensfase wordt vanaf 2015 niet langer de eis gesteld dat de zorgbehoevende thuis verblijft. Hier bestaat de mogelijkheid van zorgtijd van maximaal drie maanden ook als de betrokkene opgenomen is in een hospice. Daarmee wil de wetgever de mogelijkheid bieden om een naaste in zijn laatste levensfase te begeleiden.<sup>131</sup>

Tabel 1: Verlofregelingen op basis van de Zorgtijdwet en de Familiezorgtijdwet per 1 januari 2015.

<b>Regelingen → Aspecten ↓</b>	<b>Zorgtijdwet: Kortdurend werkverzuim</b>	<b>Zorgtijdwet: Zorgtijd</b>	<b>Familiezorgtijdwet: Familiezorgtijd</b>
<b>Systematiek van realiseren van vrijstelling</b>	Wettelijk recht	Wettelijk recht	Wettelijk recht
<b>Eisen t.a.v. het bedrijf</b>	Geen	Meer dan 15 werknemers	Meer dan 25 werknemers
<b>Voorwaarden aan zorgbehoevende</b>	Relatie met wn.: familie  Zorgniveau: 1*  Plaats van verzorging: thuis	Relatie met wn.: familie  Zorgniveau: niveau 1  Plaats van verzorging: thuis, tenzij minderjarig dan wel stervend	Relatie met wn.: familie  Zorgniveau: niveau 1  Plaats van verzorging: thuis, tenzij minderjarig dan wel stervend
<b>Bijzondere voorwaarden</b>	Mededelen aan wg  Medische verklaring op verzoek wg	10 dagen van tevoren: schriftelijk mededelen  Medische verklaring	8 weken van tevoren: schriftelijk mededelen  Medische verklaring
<b>Duur vrijstelling per zorgbehoevende per jaar</b>	Maximaal 10 werkdagen	Maximaal 6 maanden  Totale duur van zorgtijd en familiezorgtijd: 24 maanden	Maximaal 2 jaar  Totale duur van zorgtijd en familiezorgtijd: 24 maanden

131 BT-Drs. 18/3124, p. 40.

Regelingen → Aspecten ↓	Zorgtjdwet: Kortdurend werkverzuim	Zorgtjdwet: Zorgtijd	Familiezorgtjdwet: Familiezorgtijd
<b>Aard van de vrijstelling</b>	Volledig	Volledig of gedeeltelijk	Gedeeltelijk: resterende arbeidsduur van minimaal 15 uur
<b>Financiering loonverlies</b>	Inkomensderving ten laste van zorgverzekeraar van zorgbehoevende  Uitkering t.h.v. bruto 90% van het gedeerde netto-inkomen	Inkomensderving ten laste van werknemer;  Loonaanvulling als voorschot (renteloos krediet) ter hoogte van de helft van het loonverlies (plafond: inkomensverlies bij een verlofomvang van maximaal 25 uur per week)	Inkomensderving ten laste van werknemer;  Loonaanvulling als voorschot (renteloos krediet) ter hoogte van de helft van het loonverlies
<b>Opzegverbod</b>	Tussen dag van melding en laatste dag van de vrijstelling	Tussen dag van melding en laatste dag van de vrijstelling	Tijdens familiezorgtijd en nazorgfase
<b>Mogelijkheid tot voortijdige beëindiging</b>	Nee	Ja	Ja
<b>Betrokken actoren</b>	Werknemer Werkgever Zorgverzekeraar van de zorgbehoevende	Werknemer Werkgever Federaal Bureau	Werknemer Werkgever Federaal Bureau
<b>Dwingend recht</b>	Ja	Ja, in bedrijven met meer dan 15 werknemers	Ja, in bedrijven met meer dan 25 werknemers

\* Zorgniveau 1 hoeft niet vast te staan, voldoende is dat de aanwezigheid van dit niveau aannemelijk is.

## 6. Verlofregelingen in het Nederlandse recht

### 6.1. Maatschappelijke context

In Nederland had in 2012 bijna 6% van de volwassenen een indicatie voor langdurige zorg die werd gefinancierd uit de AWBZ.<sup>132</sup> Dit aandeel loopt flink op met de leeftijd. Uit onderzoek blijkt dat van de 65- tot 75-jarigen 20% een

132 M. Bronsveld-de Groot, 'Bijna 6 procent van volwassenen indicatie voor langdurige zorg', *CBS Webmagazine* 12 december 2013.

of meer beperkingen heeft in bewegen, horen of zien.<sup>133</sup> Bij 75- tot 85-jarigen is dit 38% en bij 85-plussers 66%. Ook het aandeel mensen dat een langdurige aandoening (zoals reuma, hartaandoening) heeft, neemt toe met de leeftijd. Van de 19- tot 30-jarigen heeft 39% minimaal één langdurige aandoening, van de 50- tot 55-jarigen is dat 61% en van de 85-plussers is dit 86%.

In 2012 waren ruim anderhalf miljoen mantelzorgers in Nederland op een bevolking van (bijna) 17 miljoen mensen. Vrouwen geven vaker mantelzorg dan mannen (15 om 9 procent). De meeste mantelzorgers bevinden zich in de leeftijdsgroep 50 tot 65 jaar (19 procent). Het aantal uren mantelzorg dat per week gegeven wordt, neemt vanaf de pensioenleeftijd toe: tot 65 jaar geven mantelzorgers tussen de 8 en 11 uur per week mantelzorg, voor 65- tot 75-jarigen is het gemiddeld 14 uur en voor de 85-plussers is dit zelfs 24 uur.<sup>134</sup>

In vergelijking met andere Europese landen heeft de Nederlandse overheid tot nu toe veel verantwoordelijkheid voor de zorg van 50-plussers die zijn aangewezen op langdurige zorg.<sup>135</sup> Er is echter een duidelijke verschuiving gaande naar meer sociale zorgverantwoordelijkheden en zorg door familie. Een groot deel van de zorg die verleend kan worden komt van familie.<sup>136</sup> De zorgverleners ondervinden soms belemmeringen om de zorg te verlenen, ze zijn bijvoorbeeld zelf ziek of gehandicapt. Kinderen die voor hun ouders zouden kunnen zorgen, werken vaak voltijds, hebben de zorg voor jonge kinderen of wonen ver weg. Mantelzorg door niet-familieleden gebeurt ook, maar de bereidheid om niet-familieleden te helpen is meer afhankelijk van de eigen gezins- en werkverplichtingen dan als het om

133 CBS Persbericht 22 april 2013: [www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/gezondheid-welzijn/publicaties/artikelen/archief/2013/2013-027-pb.htm](http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/gezondheid-welzijn/publicaties/artikelen/archief/2013/2013-027-pb.htm). Deze cijfers zijn gebaseerd op de eerste gezamenlijke Gezondheidsmonitor van GGD'en, het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) en het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM).

134 CBS, Persbericht *220 duizend Nederlanders voelen zich zwaar belast door mantelzorg*, 22 april 2013: [www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/gezondheid-welzijn/publicaties/artikelen/archief/2013/2013-027-pb.htm](http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/gezondheid-welzijn/publicaties/artikelen/archief/2013/2013-027-pb.htm). De verdeling over de verschillende leeftijdsgroepen is als volgt in procenten van het totaal aantal mantelzorgers en de uren mantelzorg per week:

19 tot 30 jaar 4,4%, 8,3 uur  
 30 tot 40 jaar 6,4%, 10,7 uur  
 40 tot 50 jaar 13,2%, 9,6 uur  
 50 tot 55 jaar 19,5%, 8,3 uur  
 55 tot 65 jaar 19,1%, 9,4 uur  
 65 tot 75 jaar 14,0%, 13,9 uur  
 75 tot 85 jaar 11,9%, 21,4 uur  
 85 jaar en ouder 7,7%, 24,4 uur

Deze cijfers zijn gebaseerd op de eerste gezamenlijke Gezondheidsmonitor van GGD'en, het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) en het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM).

135 Verbeek-Oudijk et al. 2014, p. 11-16.

136 Verbeek-Oudijk et al. 2014, p. 14.

familieleden gaat.<sup>137</sup> 90% van de 50-plussers heeft toegang tot een netwerk dat potentieel onbetaalde hulp zou kunnen verlenen. De 10% die dat niet hebben is potentieel een zeer kwetsbare groep. 70% van de 50-plussers heeft iemand in de familie die zonder belemmeringen zorg zou kunnen leveren.<sup>138</sup>

Intensief en langdurig zorgen voor een ander kan als zwaar worden ervaren: 1 op de 7 mantelzorgers voelt zich tamelijk zwaar tot zwaar belast. Mantelzorgers die zich zwaar belast voelen geven gemiddeld meer uren zorg: 23 uur ten opzichte van gemiddeld 9 uur door mantelzorgers die zich niet zwaar belast voelen.<sup>139</sup> De meeste mantelzorgers tussen 25 en 65 jaar participeren op de arbeidsmarkt, maar vrouwen en ouderen die mantelzorg verlenen zijn iets minder vaak actief op de arbeidsmarkt en hebben een iets geringere arbeidsduur dan degenen uit deze groep die geen mantelzorg verlenen.<sup>140</sup> Vooral mensen die veel uren mantelzorg verlenen participeren minder op de arbeidsmarkt.

## 6.2. *Uitgangspunten van het beleid*

Het beleid rondom langdurige zorg is in Nederland ingrijpend aan het veranderen. Door de huidige beleidsontwikkelingen – vooral wat betreft de zorg aan mensen die aangewezen zijn op langdurige zorg – ‘vermaatschappelijkt’ in Nederland de zorg. Vermaatschappelijking van zorg verwijst naar de toenemende verantwoordelijkheid van burgers om voor hun zieke of gehandicapte medeburgers te zorgen. Tegelijkertijd is het Nederlandse arbeidsmarkt- en emancipatiebeleid al jaren gericht op een hogere arbeidsmarktparticipatie (in personen en omvang van de arbeidsduur), in het bijzonder van vrouwen.<sup>141</sup> Deze beide doelen, meer nadruk op mantelzorg en een hogere arbeidsparticipatie, staan evenwel op gespannen voet met elkaar waardoor de toename van het aantal werkenden (met name vrouwen, maar ook ouderen) een aanslag kan zijn op mantelzorg.

De verantwoordelijkheden voor (langdurige) zorg verschuiven van de centrale overheid naar de gemeenten onder andere op grond van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (hierna: WMO).<sup>142</sup> Zorgverzekeraars worden verantwoordelijk

137 R. Hammen-Poldermans, *Wie dan leeft... wie dan zorgt*, Delft: Eburon 2008.

138 Verbeek-Oudijk et al. 2014, p. 14.

139 CBS Persbericht *220 duizend Nederlanders voelen zich zwaar belast door mantelzorg*, 22 april 2013: [www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/gezondheid-welzijn/publicaties/artikelen/archief/2013/2013-027-pb.htm](http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/gezondheid-welzijn/publicaties/artikelen/archief/2013/2013-027-pb.htm). Deze cijfers zijn gebaseerd op de eerste gezamenlijke Gezondheidsmonitor van GGD'en, het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) en het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM).

140 J. de Vries en F. van der Mooren, ‘Mantelzorgers op de arbeidsmarkt’, *Sociaal-economische trends – CBS 2010*, afl. 3, p. 49-58.

141 Zie voor meer informatie: [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/vrouwenemancipatie](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/vrouwenemancipatie).

142 De WMO en de nog aanhangige stukken zijn gepubliceerd op [wetten.nl](http://wetten.overheid.nl/BWBR0020031/geldigheidsdatum_27-08-2014/informatie): [http://wetten.overheid.nl/BWBR0020031/geldigheidsdatum\\_27-08-2014/informatie](http://wetten.overheid.nl/BWBR0020031/geldigheidsdatum_27-08-2014/informatie).

voor het leveren van zorg en de beschikbaarheid van door de centrale overheid betaalde zorg en intra-murale zorg neemt af. Het doel is om mensen zo lang mogelijk thuis te laten wonen, met steun van gemeente en zorgverzekeraar. Bovendien is de AWBZ ingrijpend veranderd en inmiddels vervangen door de Wet langdurige zorg, waarvan een aantal artikelen per 1 januari 2015 in werking zijn getreden.<sup>143</sup> Achtergrond van deze wetgeving zijn onder meer budgettaire restricties. Met de inwerkingtreding van de Wet langdurige zorg zal een nieuw sociaal domein bestaan met meer nadruk op preventie, zelfredzaamheid en samenwerking. Mensen zullen langer thuis blijven wonen en zullen daar eerst zelf aan zet zijn en niet meer vanzelf kunnen rekenen op hulp of ondersteuning van de overheid of van zorginstellingen. Dit zal gevolgen hebben voor de (sociale) omgeving van hulpbehoevenden. Voorafgaand aan en in combinatie met meer lokaal en vaak in de wijk georganiseerde professionele zorg zal het beroep op bijvoorbeeld mantelzorg waarschijnlijk toenemen.<sup>144</sup> Volgens de wetgever kunnen familie, burens, vrienden en kennissen vaak heel goed bijdragen aan het voorkomen of uitstellen van een vraag om professionele hulp zonder dat het welbevinden daar onder lijdt.<sup>145</sup> Het overheidsbeleid is er daarom op gericht dat mensen in de toekomst, als de vergrijzing toeslaat, steeds meer voor elkaar gaan zorgen waardoor de vraag naar professionele hulp kleiner zou moeten worden.

### 6.3. *Verlofregelingen*

De Wazo is de belangrijkste wet waarin verlofvormen zijn geregeld waar werknemer-mantelzorgers gebruik van kunnen maken. De Wazo is op 1 december 2001 in werking getreden<sup>146</sup> en sindsdien een aantal keren gewijzigd.<sup>147</sup> In deze wet zijn verschillende regelingen bij elkaar gebracht, waaronder het calamiteitenverlof (hoofdstuk 4 Wazo), het kortdurend zorgverlof (hoofdstuk 5 Wazo) en het langdurend zorgverlof (hoofdstuk 6 Wazo).<sup>148</sup> Vooral deze drie vormen van verlof kunnen voor werknemer-mantelzorgers relevant zijn en worden daarom hierna beschreven. Daarbij zijn dezelfde vragen als leidraad genomen als voor bovengeschetste beschrijving van het Duitse recht om een vergelijking tussen beide stelsels mogelijk te maken.

143 *Stb.* 2014, 494 en 521.

144 *Arbeid in Zorg en Welzijn* 2014.

145 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 891, nr. 3, p. 6.

146 *Stb.* 2001, 567.

147 Een belangrijke wijziging die voor deze bijdrage relevant is, is de invoeging van de belangen over het langdurend zorgverlof in 2005, *Stb.* 2005, 274 en de Wet modernisering verlof en arbeidstijden, *Stb.* 2014, 565 en 566.

148 Zie over de Wazo verder bijvoorbeeld: D.J.B. de Wolff, *Wet arbeid en zorg*, Deventer: Kluwer 2002; W.L. Roozendaal, *Werk en privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

### 6.3.1. Doelstellingen

De Wazo heeft als doel de combinatie van arbeid en zorg beter mogelijk te maken en te bevorderen dat bij een ieder arbeidsparticipatie aantrekkelijker wordt dan uittreden.<sup>149</sup> Volgens de toenmalige regering dient het beter combineren van zorgtaken met werk zowel persoonlijke als maatschappelijke belangen. Daarnaast kan de grotere betrokkenheid van mannen bij zorg en van vrouwen bij arbeid tot een grotere maatschappelijke cohesie leiden. Het doel van de wet is dus ook het bereiken van een meer evenwichtige verdeling van arbeid en zorg tussen mannen en vrouwen.

### 6.3.2. Rechten van werknemer-mantelzorgers

De Wazo geeft werknemer-mantelzorgers tijd voor zorg in de vorm van verlof, al of niet met behoud van loon. Het calamiteiten- (en ander kortdurend) verlof geeft de werknemer recht op verlof met behoud van loon voor een korte, naar billijkheid te berekenen tijd, wanneer hij zijn arbeid niet kan verrichten onder meer wegens onvoorziene omstandigheden die een onmiddellijke onderbreking van de arbeid vergen of wegens zeer bijzondere persoonlijke omstandigheden.<sup>150</sup> Het (geclausuleerde) recht op kortdurend zorgverlof geeft de werknemer-mantelzorger recht op ten hoogste twee maal de arbeidsduur per week in elke periode van 12 achtereenvolgende maanden<sup>151</sup> met behoud van 70% van het loon en ingeval de werknemer een verzekering heeft afgesloten, wordt het bedrag van de uitkering in mindering gebracht op het loon.<sup>152</sup> Het langdurend zorgverlof geeft recht op verlof voor de verzorging van een persoon die levensbedreigend ziek is, indien het bijvoorbeeld echtgenoot, kind of bloedverwant in de eerste graad betreft.<sup>153</sup> Dit langdurig zorgverlof is onbetaald en bedraagt voor elke periode van 12 aaneengesloten maanden ten hoogste zes maal de arbeidsduur per week. Het aantal uren verlof per week bedraagt ten hoogste de helft van de arbeidsduur per week.<sup>154</sup> Afwijkingen van de wettelijke regeling over kortdurend en langdurend zorgverlof ten nadele van werknemers kunnen slechts worden overeengekomen bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regelingen zoals omschreven in de artikelen 4:7 en 5:16 Wazo.

---

149 Aldus de MvT met verwijzing naar het regeerakkoord: *Kamerstukken II 1997/98*, 26 024, nr. 10 blz. 27 e.v. en *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 207, nr. 3, p. 4.

150 Artikel 4:1 lid 1 Wazo.

151 Artikel 5:2 Wazo.

152 Artikelen 5:6 en 5:7 Wazo.

153 Artikel 5:9 Wazo.

154 Artikel 5:10 Wazo.



### 6.3.3. Kring van gerechtigden

Werknemers die werkzaam zijn op grond van een arbeidsovereenkomst of een publiekrechtelijke aanstelling hebben recht op calamiteitenverlof, kortdurend zorgverlof of langdurend zorgverlof.<sup>155</sup> De vraag of er recht voor verlof bestaat hangt mede af van de reden voor het verlof en de kring van zorgbehoevenden (zie ook paragraaf 6.3.4).

Voor het calamiteitenverlof is per 1 januari 2015 bepaald dat onder ‘zeer bijzondere persoonlijke omstandigheden’ ook spoedeisend arts- of ziekenhuisbezoek wordt begrepen en noodzakelijke verzorging op de eerste ziektedag van de volgende personen (art. 5:1 lid 2 Wazo):

- a. de echtgenoot, de geregistreerde partner of de persoon met wie de werknemer ongehuwd samenwoont;
- b. een inwonend kind tot wie de werknemer als ouder in een familierechtelijke betrekking staat;
- c. een inwonend kind van de echtgenoot, de geregistreerde partner of de persoon met wie de werknemer ongehuwd samenwoont;
- d. een pleegkind dat blijkens de basisregistratie personen op hetzelfde adres woont als de werknemer en door hem in diens gezin duurzaam wordt verzorgd en opgevoed op basis van een pleegcontract (...);
- e. een bloedverwant in de eerste graad, niet zijnde een kind.

De kring van personen is dus limitatief en zowel echtgenoot, geregistreerde partner of levenspartner, kind of pleegkind moeten op hetzelfde adres wonen. Deze eis geldt niet voor de bloedverwant. Deze kring van personen wordt per 1 juli 2015 uitgebreid (zie hierna).

Kortdurend zorgverlof kan worden opgenomen voor de noodzakelijke verzorging in verband met ziekte van een persoon genoemd in artikel 5:1 lid 2 Wazo. Op grond van artikel 5:9 Wazo kan het langdurend zorgverlof worden opgenomen voor de verzorging van een persoon, die levensbedreigend ziek is, indien het betreft:

- a. de echtgenoot, de geregistreerde partner of de persoon met wie de werknemer ongehuwd samenwoont;
- b. een kind tot wie de werknemer of de persoon bedoeld in onderdeel a als ouder in een familierechtelijke betrekking staat, dan wel een pleegkind van de werknemer (...);
- c. een bloedverwant in de eerste graad van de werknemer.

---

155 Artikel 1:1Wazo.

De kring van personen is dus voor het kortdurend en het langdurend zorgverlof niet helemaal dezelfde, zowel een kind of pleegkind als een bloedverwant hoeven niet op hetzelfde adres te wonen als het gaat om langdurend zorgverlof.

De kring van gerechtigden in artikel 5:1 lid 2 Wazo zal ruimer worden en dezelfde zijn voor het calamiteitenverlof in relatie tot ziekte (zie artikel 4:1 sub c en d Wazo), het kortdurend en het langdurend verlof nu het wetsvoorstel ‘Modernisering regelingen voor verlof en arbeidstijden’ is aangenomen.<sup>156</sup> Verlof wordt toegekend voor de verzorging van personen genoemd in artikel 5:1 lid 2 in verband. Deze uitbreiding van de kring van gerechtigden in dit artikel treedt in werking met ingang van 1 juli 2015.<sup>157</sup>

#### 6.3.4. Kring van zorgbehoevenden

De kring van zorgbehoevenden is voor calamiteiten verlof in verband met spoedeisend arts- en ziekenhuisbezoek en de noodzakelijke verzorging op de eerste ziektedag in artikel 5:1 lid 2 Wazo omschreven. Dit artikel – dat per 1 juli 2015 is gewijzigd – omschrijft ook de kring van zorgbehoevenden voor zowel het kortdurend en het langdurend zorgverlof, waarbij voor het langdurend zorgverlof het moet gaan om een persoon die levensbedreigend ziek is (art. 5:9 sub a Wazo) of ziek of hulpbehoevend is (art. 5:9 sub b Wazo).<sup>158</sup> De kring van zorgbehoevenden in artikel 5:1 lid 2 Wazo omvat per 1 juli 2015 de volgende personen omvatten<sup>159</sup>:

- a. de echtgenoot, de geregistreerde partner of de persoon met wie de werknemer ongehuwd samenwoont;
- b. een kind tot wie de werknemer als ouder in een familierechtelijke betrekking staat;
- c. een kind van de echtgenoot, de geregistreerde partner of de persoon met wie de werknemer ongehuwd samenwoont;
- d. een pleegkind dat blijkt de basisregistratie personen op hetzelfde adres woont als de werknemer en dat hij als pleegouder als bedoeld in artikel 1.1. van de Jeugdwet verzorgt;
- e. een bloedverwant in de eerste graad of tweede graad;
- f. degene die, zonder dat er sprake is van een arbeidsrelatie, deel uitmaakt van de huishouding van de werknemer; of
- g. degene met wie de werknemer anderszins een sociale relatie heeft, voor zover de te verlenen verzorging rechtstreeks voortvloeit uit die relatie en redelijkerwijs door de werknemer moet worden verleend.

156 *Stb.* 2014, 565, Zie over het wetsvoorstel (*Kamerstukken 32 855*) bijvoorbeeld: W.L. Roozendaal, ‘Flexibel verlof en flexibel werken’, *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2012/26, p. 16-19.

157 *Stb.* 2014, 566.

158 Deze bepalingen treden per 1 juli 2015 in werking.

159 Wet modernisering verlof en arbeidstijden, *Stb.* 2014, 565 en 566.

Het begrip ongehuwd samenwonen is nader omschreven in artikel 1:3 lid 2 Wazo: het gaat om twee ongehuwde personen die een gezamenlijke huishouding voeren. Van een gezamenlijke huishouding is sprake indien de betrokkenen hun hoofdverblijf hebben in dezelfde woning en blijf geven zorg te dragen voor elkaar door middel van het leveren van een bijdrage in de kosten van de huishouding danwel op andere wijze in elkaars verzorging voorzien.

In vergelijking met het huidige recht wordt de kring van zorgbehoevenden voor het calamiteitenverlof (art. 4: 1 sub c en d), het kortdurend en het langdurend zorgverlof uitgebreid naar huisgenoten en de eis dat het kind bij kortdurend zorgverlof inwonend is, komt te vervallen. Bovendien geldt dan het recht op calamiteitenverlof in relatie tot ziekte, kortdurend en langdurend zorgverlof ook voor zorgbehoevende bloedverwanten in de tweede graad, dus broers en zussen, grootouders en kleinkinderen. Ook personen met wie de werknemer een sociale relatie heeft, voor zover de te verlenen verzorging rechtstreeks voortvloeit uit de relatie en redelijkerwijs door de werknemer moet worden verleend (art. 5:1 lid 2 sub b, c, e, f en g Wazo), vallen door de wetwijziging onder de kring van gerechtigden. Dit zijn cumulatieve eisen. Met name de eerste voorwaarde sluit uit dat het verlofrecht wordt benut voor zorg die in het kader van vrijwilligerswerk wordt verleend, zoals het verlenen van buddyzorg door vrijwilligers aan mensen die ondersteuning behoeven vanwege een chronische of levensbedreigende ziekte of aandoening. In die gevallen is immers geen sprake van zorgverlening die voortvloeit uit een bestaande sociale relatie van de werknemer met de zorgbehoevende. De tweede voorwaarde, namelijk dat de verzorging redelijkerwijs door de werknemer moet worden verleend, ziet op de vraag of mogelijk andere personen in de omgeving van de zorgvrager meer aangewezen zijn om de betreffende zorg te verlenen.<sup>160</sup>

Recht op langdurend verlof bestaat per 1 juli 2015 voor de verzorging van een persoon die onder de kring van zorgbehoevenden valt die levensbedreigend ziek is of ziek of hulpbehoevend is.<sup>161</sup> Per 1 januari 2015 is in artikel 1:3 lid 3 Wazo omschreven wat onder levensbedreigend ziek wordt verstaan: de gezondheidssituatie die zo ernstig is dat volgens objectieve medische maatstaven het leven van de persoon op korte termijn ernstig gevaar loopt. In artikel 1:3 lid 4 Wazo is een definitie gegeven van ‘hulpbehoevend’. Als hulpbehoevend wordt omschreven: ‘de toestand van een persoon waardoor deze ten behoeve van zelfredzaamheid, participatie, beschermd wonen of opvang hulp nodig heeft die niet in het kader van een hulpverlenend beroep wordt geboden en die de gebruikelijke hulp overstijgt.’

160 *Kamerstukken II* 2011/12, 32855, nr. 17, p. 4-5.

161 Artikel 5:9 sub a en b Wazo, zoals dat per 1 juli 2015 zal luiden.

### 6.3.5. Eisen aan werkgevers

De werkgever is in artikel 1:1a Wazo degene die een ander krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of publiekrechtelijke aanstelling arbeid laat verrichten (art. 1:1a Wazo). Er worden verder geen specifieke eisen gesteld aan bijvoorbeeld de omvang van de onderneming.

### 6.3.6. Specifieke rechten

#### *Calamiteitenverlof*

De regeling in de Wazo over het calamiteitenverlof heeft artikel 7:629b BW vervangen, maar een inhoudelijke verandering is niet beoogd, aldus de MvT.<sup>162</sup> De bijzondere persoonlijke omstandigheden die op grond van artikel 4:1 Wazo recht geven op betaald verlof gedurende een korte, naar billijkheid te berekenen tijd, zijn niet limitatief omschreven. Vier bijzondere persoonlijke omstandigheden zijn in de wet genoemd die in ieder geval recht geven op calamiteitenverlof in artikel 4:1 lid 2 Wazo. Deze betreffen de bevalling van de echtgenote, geregistreerde partner of de persoon met wie de werknemer ongehuwd samenwoont. Het overlijden en de lijkbezorging van een van zijn huisgenoten of een van zijn bloed- en aanverwanten in de rechte lijn en in de tweede graad van de zijlijn.

In de MvT is verduidelijkt dat onder bijzondere persoonlijke omstandigheden onder meer de opvang van een plotseling ziek geworden kind valt en het calamiteitenverlof biedt dan de mogelijkheid tot het treffen van de noodzakelijke maatregelen.<sup>163</sup> Er zijn situaties denkbaar waar ook mantelzorgers met een plotseling opgetreden situatie geconfronteerd kunnen worden en de mogelijkheid moeten hebben tot het treffen van maatregelen, bijvoorbeeld in geval van een plotselinge verslechtering van de gezondheidstoestand van de zorgbehoevende. De recent ingetreden wetswijziging komt voor de eerste ziektedag aan die behoefte gemoet.

De werknemer moet vooraf – en als dat niet mogelijk is achteraf – aan de werkgever melden dat hij calamiteitenverlof opneemt met opgave van de reden (art. 4:3 lid 1 Wazo). De werkgever kan van de werknemer achteraf verlangen dat hij aannemelijk maakt dat hij zijn arbeid niet heeft kunnen verrichten wegens een calamiteit (art. 4:4 Wazo). Aan de duur van het verlof is geen limiet gesteld, behalve wat betreft de eerste ziektedag van een zorgbehoevende zoals omschreven in artikel 5:1 Wazo. De regeling over calamiteitenverlof bevat nadere voorschriften over loon, dat moet worden doorbetaald. Zo mag de werkgever onkosten die zijn betaald maar niet zijn gemaakt van het loon aftrekken (art. 4:5 Wazo). Een ander voorschrift betreft vakantieanspraken, waarbij de hoofdregel geldt dat deze

---

162 *Kamerstukken II 1999/2000, 27 207, nr. 3, p. 23.*

163 *Kamerstukken II 1999/2000, 27 207, nr. 3, p. 23.*

behouden blijven (art. 4:6 Wazo). Van de loondoorbetalingsverplichting kan ten nadele van de werknemer uitsluitend bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regelingen zoals omschreven in artikel 4:7 Wazo worden afgeweken.

### *Kortdurend zorgverlof*

Dit verlof is bedoeld voor de noodzakelijke verzorging van onder meer echtgenoot, geregistreeerde of samenwonende ongehuwde partner, inwonend kind of pleegkind en bloedverwant in de eerste graad (art. 5:1 Wazo). De kring van gerechtigden zal per 1 juli 2015 worden uitgebreid, zoals beschreven in de paragrafen 6.3.3. en 6.3.4. Het kortdurend zorgverlof bedraagt in elke periode van 12 achtereenvolgende maanden ten hoogste twee maal de arbeidsduur per week. De periode van 12 maanden gaat in op de eerste dag waarop het verlof wordt genoten (art. 5:2 Wazo). Deeltijders hebben een naar rato verlofrecht.<sup>164</sup> In geval van het opnemen van calamiteitenverlof gevolgd door kortdurend zorgverlof bedraagt het calamiteitenverlof (met behoud van loon) één dag (art. 5:8 Wazo).

De werknemer moet het opnemen van kortdurend zorgverlof onder opgave van reden melden aan de werkgever en geeft dan ook de omvang, de wijze van opneming en de vermoedelijke duur van het verlof aan. Indien melding vooraf niet mogelijk is, moet dit zo spoedig mogelijk na het opnemen van het verlof gebeuren (art. 5:3 Wazo). Het verlof gaat in op het tijdstip waarop de werknemer het opnemen ervan meldt aan de werkgever (art. 5:4 lid 1 Wazo). Het kortdurend verlof is geclausuleerd: het verlof vangt niet aan of eindigt in ieder geval zodra de werkgever aan de werknemer kenbaar maakt dat hij tegen het opnemen van het verlof onderscheidenlijk de voortzetting daarvan een zodanig zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang heeft, dat het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (art. 5:4 lid 2 Wazo). Hierbij moet de werkgever een zorgvuldige afweging maken tussen een eventueel zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang en het belang van de werknemer.<sup>165</sup> Dit zwaarwegende belang is een zware toets en de werkgever zal de afwijzing moeten motiveren. Ook bij kortdurend zorgverlof kan de werkgever achteraf van de werknemer verlangen dat hij aannemelijk maakt dat hij zijn arbeid niet heeft verricht in verband met de noodzakelijke verzorging van een persoon als bedoeld in artikel 5:1 Wazo (art. 5:5 Wazo). De werknemer is beschermd tegen ontslag wegens het opnemen van kortdurend verlof (art. 7:670 lid 7 BW). Het opzegverbod geldt dus niet tijdens de duur van het verlof.

De werknemer heeft tijdens het kortdurend zorgverlof recht op doorbetaling van 70% van het loon, maar tenminste het voor hem geldende wettelijke minimumloon

164 Een voltijder die 40 uur per week werkt heeft recht op hoogstens 80 uur verlof per jaar; een deeltijder die 30 uur per week werkt heeft recht op hoogstens 60 uur verlof per jaar.

165 *Kamerstukken II 1999/2000, 27 207, nr. 3, p. 55 e.v.*

(art. 5:6 Wazo). Als plafond geldt het maximumdagloon.<sup>166</sup> Het loon kan eventueel worden verminderd indien de werknemer een uitkering ontvangt (art. 5:7 Wazo).

### *Langdurend zorgverlof*

Dit onbetaalde verlof<sup>167</sup> kan worden opgenomen voor de verzorging van een persoon, die levensbedreigend ziek is, indien het betreft:

- a. de echtgenoot, de geregistreerde partner of de persoon met wie de werknemer ongehuwd samenwoont;
- b. een kind tot wie de werknemer of de persoon bedoeld in onderdeel a als ouder in een familierechtelijke betrekking staat, dan wel een pleegkind van de werknemer (...);
- c. een bloedverwant in de eerste graad van de werknemer.

De kring van gerechtigden en van zorgbehoevenden wordt per 1 juli 2015 uitgebreid (zie de paragrafen 6.3.3. en 6.3.4). Het langdurend verlof bedraagt in elke periode van twaalf achtereenvolgende maanden ten hoogste zes maal de arbeidsduur per week. De periode van 12 maanden gaat in op de eerste dag waarop het verlof wordt genoten. Het verlof wordt per week opgenomen gedurende een aaneengesloten periode van ten hoogste twaalf weken en het aantal uren per week bedraagt ten hoogste de helft van de arbeidsduur per week. De werknemer kan de werkgever verzoeken om een langere verlofperiode of meer verlofuren per week (art. 5:10 en 5:12 Wazo).

De werknemer dient het verzoek om verlof ten minste twee weken voor het beoogde tijdstip van ingang van het verlof schriftelijk in bij de werkgever onder opgave van de reden, de persoon die verzorging behoeft, het tijdstip van ingang, de omvang, de voorgenomen duur van het verlof en de spreiding van de uren over de week of het anderszins overeengekomen tijdvak. Desgevraagd dient de werknemer schriftelijk aanvullende informatie te verstrekken aan de werkgever waarover hij redelijkerwijs en op korte termijn kan beschikken teneinde aannemelijk te maken dat is voldaan aan de geldende voorwaarden voor dit verlof. Ook dit verlof is geclausuleerd en wel op dezelfde wijze als het kortdurend zorgverlof. Indien de werkgever het verzoek voor langdurend zorgverlof niet of ten dele wordt ingewilligd, dient hij overleg te plegen met de werknemer. Indien de werkgever

---

166 Zoals bepaald in artikel 17 lid 1 van de Wet financiering sociale verzekeringen.

167 Vermeldenswaard is dat een levensloopregeling is ingevoerd tegelijk met de langdurend verlofregeling die het mogelijk maakte om langdurend verlof te kunnen financieren. Deze regeling is vooral gebruikt om pre-pension verlof te financieren, in het bijzonder door hoger opgeleiden en is inmiddels afgeschaft. Er is een overgangsregeling tot 1 januari 2022: zie [www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/vragen-en-antwoorden/wat-is-er-gebeurd-met-de-levensloopregeling.html](http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/vragen-en-antwoorden/wat-is-er-gebeurd-met-de-levensloopregeling.html). Er is weinig gebruik gemaakt van de regeling, zie onder meer: L. Kösters, 'Levensloopregeling vooral voor hoger opgeleiden', *Sociaal-economische trends – CBS 2007*, afl. 2, p. 12-15.

niet een week voor het beoogde tijdstip van ingang van het verlof de beslissing op het verzoek schriftelijk heeft medegedeeld aan de werknemer, gaat het verlof in overeenkomstig het verzoek van de werknemer. Maar zolang de werknemer niet heeft voldaan aan een eventueel verzoek van de werkgever om informatie, wordt deze periode verlengd met het aantal dagen dat de werknemer niet heeft voldaan aan een dergelijk het verzoek (art. 5:11 Wazo). Net zoals bij kortdurend zorgverlof is de werknemer beschermd tegen ontslag *wegens* het opnemen van het langdurend verlof (art. 7:670 lid 7 BW), maar niet *tijdens* de duur van het verlof.

Het verlof eindigt met het verstrijken van de duur waarvoor het verlof is verleend of met het overlijden of einde van de levensbedreigende ziekte van de persoon ten behoeve van wiens verzorging het verlof was verleend (art. 5:13 Wazo). De samenloopregeling in geval van kortdurend zorgverlof gevolgd door langdurend zorgverlof bepaalt dat het kortdurend zorgverlof geheel of gedeeltelijk als langdurend zorgverlof kan worden aangemerkt (art. 5:14 Wazo). Vakantieaanspraken blijven bestaan (art. 5:15 Wazo).

### 6.3.7. Gebruik van de regelingen

In 2013 hebben in totaal 73.000 werknemers enige vorm van verlof opgenomen om te kunnen zorgen voor een langdurig zieke van de in totaal 443.000 werknemers die gezorgd hebben voor een langdurige zieke (245.000 vrouwen en 198.000 mannen).<sup>168</sup> Meer vrouwen (41.000) dan mannen (33.000) hebben verlof opgenomen. Calamiteitenverlof is genomen door 4.000 werknemers waarbij geen verschil is tussen mannen en vrouwen. 26.000 werknemers hebben kortdurend zorgverlof opgenomen, waarbij meer vrouwen (16.000) dan mannen (9.000) gebruik hebben gemaakt van deze mogelijkheid. Langdurend verlof is veel minder vaak opgenomen: 8.000 werknemers in totaal, waarvan 5.000 vrouwen en 3.000 mannen. ATV en vakantiedagen zijn door 23.000 werknemers opgenomen (9.000 vrouwen en 14.000 mannen). De overige werknemers hebben andere vormen van verlof opgenomen zoals bijzonder of buitengewoon verlof en onbetaald verlof. Uit deze cijfers kan worden geconcludeerd dat het gebruik van de drie hier besproken verloffregelingen gering is en dat vrouwen vaker dan mannen er gebruik van maken, terwijl meer mannen dan vrouwen ATV of vakantiedagen opnemen.<sup>169</sup> Dit wil niet zeggen dat er geen behoefte is aan verlof om voor een langdurig zieke te zorgen. 76.000 van de 44.300 werknemers die voor een langdurig zieke hebben gezorgd geven aan wel behoefte aan verlof te hebben, maar geen verlof te hebben opgenomen (45.000 vrouwen en 31.000 mannen). De meest genoemde reden is dat het werk geen verlof toeliet, waarbij opvalt dat deze reden vaker door vrouwen

168 CBS, Statline: <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=71516NED&D1=a&D2=a&D3=1&HD=090312-1342&HDR=G2,G1&STB=T>.

169 Zie ook M. Souren, 'Werkende mantelzorgers nemen iets vaker verlof op', *CBS Webmagazine* 3 november 2008.

dan mannen is genoemd. De financiële haalbaarheid van verlof werd als reden gegeven om geen verlof op te nemen, ongeveer even vaak door mannen als door vrouwen.

Tabel 2: Verlofregelingen op basis van de Wazo

<b>Regelingen → Aspecten ↓</b>	<b>Calamiteiten- en ander kortdurend verzuimverlof</b>	<b>Kortdurend zorgverlof</b>	<b>Langdurend zorgverlof</b>
<b>Systematiek van realiseren van vrijstelling</b>	Wettelijk recht met afwijkingsmogelijk- heden	Wettelijk recht met afwijkingsmogelijk- heden	Wettelijk recht met afwijkingsmogelijk- heden
<b>Eisen t.a.v. het bedrijf</b>	Nee	Zwaarwegend bedrijfsbelang	Zwaarwegend bedrijfsbelang
<b>Voorwaarden aan zorgbehoevende</b>	Niet genoemd (valt onder zeer bijz. persoonlijke omstandigheden)	Ziekte  Kernfamilierelatie: Partner en kind, mits samen-/inwonend en ouders	Levensbedreigend ziek  Kernfamilierelatie: * Partner mits samenwonend, kind en ouders
<b>Bijzondere voorwaarden</b>	Melding onder opgave van reden  Informatie achteraf op verzoek wg	Melding onder opgave van reden  Informatie achteraf op verzoek wg	10 dagen v.t.: schriftelijk verzoek onder opgave van reden Aanvullende informatie op verzoek wg
<b>Duur vrijstelling</b>	Korte tijd	Maximaal 2 weken per jaar	Maximaal 6 weken per jaar
<b>Aard van de vrijstelling</b>	Volledig	Volledig of gedeeltelijk	Gedeeltelijk: Helft van de arbeidsduur per week, tenzij ...
<b>Financiering loonverlies</b>	Loon minus uitkering verzekering: inkomensderving komt ten laste van werkgever, tenzij uitkering uit verzekering	70% van het loon minus uitkering verzekering: inkomensderving komt ten laste van werkgever, tenzij uitkering uit verzekering	Inkomensderving ten laste van werknemer tenzij anders bepaald in cao-afspraken
<b>Opzegverbod</b>	nvt	Wegens opname verlof verlof	Wegens opname verlof
<b>Mogelijkheid tot voortijdige beëindiging</b>	nvt	Niet vermeld	Ja



Regelingen → Aspecten ↓	Calamiteiten- en ander kortdurend verzuimverlof	Kortdurend zorgverlof	Langdurend zorgverlof
<b>Betrokken actoren</b>	Werknemer Werkgever	Werknemer Werkgever	Werknemer Werkgever
<b>Dwingend recht</b>	5/8 dwingend** w.b. de loonbetaling	5/8 dwingend	5/8 dwingend

\* De plannen in het wetsvoorstel Modernisering regelingen voor verlof en arbeidstijden, Voorbereid in Kamerstukken II, 32 855, zien op uitbreiding van de personenkring van de te verzorgen naasten.

\*\* Afwijking in het nadeel van de werknemer is alleen mogelijk bij collectieve arbeidsovereenkomst of, bij gebreke daarvan, bij schriftelijke overeenkomst met de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging.

## 7. Vergelijking van het Duitse en het Nederlandse recht

De besproken Duitse en Nederlandse verlofregelingen vertonen overeenkomsten en verschillen. In deze paragraaf zullen we de verlofregelingen met elkaar vergelijken en enkele voor- en nadelen van beide systemen aanduiden.<sup>170</sup> We vergelijken de regelingen aan de hand van elementen die betrekking hebben op de toegang tot het verlof, op aspecten ten tijde van het verlof en tenslotte op punten die te maken hebben met het einde van het verlof. In de laatste paragraaf worden de regelingen aan de hand van de in de inleiding genoemde evaluatiecriteria voor zover mogelijk beoordeeld en worden enkele conclusies getrokken.

### 7.1. Personenkring van zorgbehoevenden

Het eerste verschil heeft betrekking op de personenkring van zorgbehoevenden. Met betrekking tot de personen voor wie werknemers verlof kunnen opnemen om te zorgen valt op dat de Wazo na de wetswijziging niet uitsluitend zorg binnen familierelaties ondersteunt, maar ook zorg omvat voor degene die deel uitmaakt van de huishouding van de werknemer en degene met wie de werknemer een sociale relatie heeft, zoals vrienden of burens. Werkende mantelzorgers in de definitie van het SCP: ‘mensen die voor hun zieke of gehandicapte familieleden, huisgenoten of vrienden zorgen’, kunnen dus in veel situaties een beroep op de Wazo doen; de wet heeft daarmee een ruime werkings sfeer. Vergelijking met de twee Duitse wetten laat zien dat daar geen verlof mogelijk is voor sociale relaties buiten de familiekring (zoals vrienden, burens). In de Duitse wetten is de

<sup>170</sup> Bij deze vergelijking wordt voor het Nederlandse recht uitgegaan van de wetgeving zoals die geldt en per 1 juli 2015 zal gelden na de wetswijziging door de Wet modernisering verlof en arbeidstijden.

familiekring evenwel ruimer gedefinieerd dan in de Wazo. Tot die kring behoren naast – kort gezegd – eerste- en tweedegraads familieleden ook stiefouders, schoonzus en zwager en niet getrouwde homoseksuele levenspartners. Deze laatste groep valt overigens ook onder de werkingssfeer van artikel 5:1 lid 2 Wazo wanneer ze samenwonen.

Voorts is de personenkring van zorgbehoevenden in de Wazo met de wetwijziging eenduidig, al gelden aanvullende eisen als het om langdurig zorgverlof gaat. Langdurend verlof kan worden opgenomen voor de verzorging van een persoon die levensbedreigend ziek is of voor de noodzakelijke verzorging van een persoon die ziek of hulpbehoevend is. De Nederlandse regeling is met de wetwijziging vergelijkbaar in dit opzicht met de Duitse wetgeving. De drie verlofregelingen (kortdurend werkverzuim, zorgtijd dan wel familiezoorgtijd) kennen eenzelfde relatie tussen werknemer en zorgbehoevende. Er wordt ten aanzien van dit element geen onderscheid gemaakt tussen de regelingen onderling. Verlof kan daar worden opgenomen voor iedereen die tot de wettelijk gedefinieerde personenkring van zorgbehoevenden behoort.

De met de invoering van de wetwijziging ruime kring van zorgbehoevenden in het Nederlandse recht heeft tot gevolg dat zorgsituaties minder snel buiten de werkingssfeer van de verlofrechten vallen. De keuze in de Duitse regeling met daarin de beperking van de personenkring tot familieleden heeft als nadeel dat burens en vrienden, het sociale netwerk, niet op basis van bijvoorbeeld het calamiteitenverlof (mantel)zorg aan elkaar kunnen verlenen. Uit het perspectief van de noodzaak van mantelzorg is het een gemis als een bereidheid tot het verlenen van mantelzorg niet gerealiseerd kan worden omdat de personenkring te beperkt is. Uit het perspectief van de werkgever en eventuele collega's is een (te) ruime personenkring evenwel storend voor de voortgang van de werkzaamheden op de werkvloer.

## ***7.2. Zorgbehoefte***

Een volgend verschil betreft het aspect zorgbehoefte. Hier kennen de Duitse regelingen voor alle drie verlofvormen één enkele en vrij precies in de wet neergelegde definitie. In Nederland daarentegen is verlof mogelijk bij ziekte (calamiteitenverlof, kortdurend en langdurend zorgverlof) dan wel bij levensbedreigende ziekte of in geval van hulpbehoevendheid (langdurend zorgverlof). Niet in de wet genoemd is de intensiteit (in de betekenis van aantal zorgminuten per dag) van de zorg voor de (levensbedreigende of hulpbehoevende) zieke. De Duitse regeling is op dit punt veel gedetailleerder. De drempel die de Duitse wetgever heeft vastgesteld om toegang tot zorgverlof te krijgen, ligt met zorgniveau 1 vrij hoog vergeleken met de Nederlandse regeling van het calamiteitenverlof en het kortdurende zorgverlof. Bij het kortdurende zorgverlof is immers voldoende dat de zorg noodzakelijk is. Noodzaak van de zorg is niet

in minuten uitgedrukt, hier is ruimte voor een belangenafweging. Het huidige vereiste voor het langdurend zorgverlof daarentegen ligt hoger dan het Duitse zorgniveau 1 nu dit verlof slechts kan worden opgenomen voor de verzorging van een levensbedreigende zieke. Met de wetswijziging is overigens de zorgbehoefte ruimer omschreven: ook een hulpbehoevende zieke heeft recht op zorg. Wanneer het langdurend zorgverlof in Nederland niet langer beperkt is tot de zorg bij levensbedreigende ziekte, kunnen werknemers ook voor ziektebeelden als dementie of m.s. langdurend zorgverlof opnemen. Daarbij is in de definitie van hulpbehoevend wel een afbakening aangebracht tussen de professioneel geboden hulp en de zorgbehoefte waarvoor langdurend zorgverlof kan worden opgenomen. Een dergelijke afbakening ontbreekt in het Duitse recht.

### ***7.3. Plaats van verzorging***

Verder onderscheiden zich de Duitse en Nederlandse regelingen ten aanzien van de plaats waar de zorgbehoevende zich bevindt. Terwijl in Duitsland twee van de drie verlofvormen, te weten de zorgtijd en de familiezoorgtijd, slechts mogelijk zijn als de zorgbehoevende in de huiselijke omgeving is en niet in een instelling verblijft, wordt deze eis bij de Nederlandse verlofregelingen niet gesteld. Hier kan een werknemer dus kort- en langdurend zorgverlof opnemen als de zorgbehoevende opgenomen is in onder meer een ziekenhuis of een verpleeghuis. Voor langdurend zorgverlof aan een hulpbehoevende zieke gaat het om de nodige hulp die niet in het kader van een hulpverlenend beroep wordt geboden en die de gebruikelijke hulp overstijgt. De gewijzigde Duitse wet maakt het in sommige situaties wel mogelijk om verlof op te nemen voor zorg voor een kind dat intramuraal wordt verpleegd. Verlof kan daar ook worden opgenomen voor de zorg voor een naaste in de laatste levensfase in een hospice.

De Nederlandse verlofregelingen stellen geen eisen aan de plaats van de verzorging en bieden daardoor de mogelijkheid om zowel thuis als ook in een instelling mantelzorg gedurende een verlofperiode te verlenen. De Duitse verlofregelingen daarentegen maken het verlenen van zorg slechts mogelijk in de extramurale situatie, afgezien van de twee bovengenoemde uitzonderingen. Voordeel van de Nederlandse regelingen is dat zorgbereidheid, mits aan de overige voorwaarden voor een verlof is voldaan, gehonoreerd wordt met een verlofrecht. Het is immers niet ondenkbaar dat er behoefte is aan langdurend zorgverlof wanneer de naaste levensbedreigend ziek is, zelfs wanneer professionele arbeidskrachten ook zorg (kunnen) verlenen. Een mogelijk nadeel van de afwezigheid van een eis aan de plaats is dat de zorg in instellingen tot het domein van professionele zorgverleners behoort. Langdurige en intensieve mantelzorg in instellingen kan tot verdringing van professioneel zorg leiden en daarmee tot kwaliteitsverlies van de zorg binnen zorginstellingen.

#### 7.4. *Afdwingbaarheid van verlof*

Ten aanzien van het Duitse wettelijk recht op zorgtijd en familiezorgtijd zijn kleinere ondernemingen vrij om deze rechten wel of niet toe te kennen. Er bestaat geen afdwingbaar recht op zorgtijd in ondernemingen met minder dan 15 werknemers en het recht op familiezorgtijd is evenmin afdwingbaar in ondernemingen met minder dan 25 werknemers. Een verschil naar grootte van de onderneming met gevolgen voor de afdwingbaarheid van de verlofrechten is in de Nederlandse wetgeving niet gemaakt.

Zijn de voorwaarden voor een van de verlofvormen vervuld, dan bestaan er verschillen tussen de verlofvormen wat betreft de afdwingbaarheid van het recht op verlof. Terwijl het Duitse kortdurend werkverzuim, de Duitse zorgtijd en sinds 2015 ook de familiezorgtijd de status van wettelijk afdwingbare rechten hebben die door de werkgever niet kunnen geweigerd, zijn de Nederlandse rechten op kortdurend en op langdurend zorgverlof geclausuleerd. De werkgever kan kortdurend en langdurend zorgverlof weigeren als zich zodanig zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelang voordoet, dat het belang van de werknemer hiervoor redelijkerwijs moet wijken. Het kortdurend zorgverlof kan om die reden zelfs worden afgebroken. Er vindt dus een belangenafweging plaats. Ook kan bij het kortdurend zorgverlof het ‘noodzakelijkheids criterium’ ten aanzien van de verzorging nog aanleiding zijn voor een belangenafweging.<sup>171</sup>

De Duitse verlofrechten zijn afdwingbaar en geven daarmee de werknemer de zekerheid als aan alle voorwaarden is voldaan. Bovendien hoeft de werkgever geen belangenafweging te maken. Dit bevordert niet alleen rechtszekerheid maar kan, in voorkomende gevallen, ook de rechtsgelijkheid dienen. Voorkomen wordt immers dat de ene werknemer wel verlof kan opnemen terwijl bij de andere onder vergelijkbare omstandigheden bedrijfsbelangen aan het verlof in de weg staan. Een sterk verlofrecht heeft evenwel ook een prijs: de werknemer, wetende dat hij een recht heeft, moet nu zelf een afweging maken of hij van dit recht gebruik wil maken, terwijl een geclausuleerd recht de werknemer en werkgever ‘dwingt’ om over de haalbaarheid van het verlof na te denken, eventueel over en weer concessies te doen en uiteindelijk tot een afspraak te komen die voor beide partijen optimaal is. Samen deze klus klaren, over en weer rekening houdend met het goed werkgever- en werknemerschap kan bevorderlijk zijn voor de verstandhouding tussen werkgever en werknemer. Een geclausuleerd recht past wellicht ook beter in de Nederlandse cultuur, waar geven en nemen, ‘polderen’, een belangrijk kenmerk is.

---

171 Noodzakelijke verzorging heeft zowel betrekking op de noodzaak tot verzorging van de zieke als ook op de noodzaak van de werknemer om die verzorging uit te voeren. Het criterium is niet vervuld als een ander dan de werknemer de zieke kan verzorgen.

### 7.5. *Duur van het verlof*

De maximale duur van de Duitse en de Nederlandse regelingen verschillen. De duur van het Nederlandse calamiteitenverlof is veel korter dan van het Duitse kortdurend werkverzuim. Het kortdurende zorgverlof bij een voltijds dienstverband bedraagt maximaal twee maal de wekelijkse arbeidsduur (maximaal tien dagen – 80 uur) en het langdurende zorgverlof ten hoogste zes maal de arbeidsduur per week (maximaal 30 dagen – 240 uur) in een periode van twaalf maanden. Het Duitse korte werkverzuim kan maximaal 10 werkdagen duren, de zorgtijd kent een verlofduur van zes maanden en de familiezoorgtijd zelfs een maximum van twee jaar.

Het feit dat de Wazo de maximale verlofperiodes per twaalf maanden regelt, impliceert dat werknemers met een zorgvraag van meerdere naasten binnen twaalf maanden (zoals een ouder, de echtgenoot en een of meerdere kinderen), hier niet op in kunnen gaan indien ze al een bepaald verlof hebben opgenomen. Dit geeft uiteraard duidelijkheid voor de werkgever – hij hoeft per werknemer slechts rekening te houden met een afwezigheid van maximaal tien werkdagen (kortdurend zorgverlof) respectievelijk zes weken (langdurend zorgverlof) per twaalf maanden. De werknemer echter blijft in deze situatie zitten met een (combinatie)probleem.

Bij de Duitse verlofvormen is dit anders. Zij bevatten geen periode waarbinnen de maximale verlofduur opgenomen moet worden. Hier geldt per zorgbehoevende de maximale verlofduur. Een werknemer met een grote zorgbehoevende familiekring kan dus meerdere keren aanspraak maken op de zorgverloven. Ten aanzien van het kortdurende werkverzuim geldt bovendien dat de letterlijke tekst van de Zorgtijdwet dit recht niet beperkt tot eenmalige gebruikmaking per zorgbehoevend familielid. Als een zorgbehoefte bij één en dezelfde persoon vaker acuut optreedt, bijvoorbeeld als verschillende ziekten optreden, kunnen de tien werkdagen vaker in een kalenderjaar worden geclaimd.<sup>172</sup>

Een langere verlofduur komt tegemoet aan een langer durende zorgbehoefte bij zorgbehoevenden. Een langer zorgverlof zoals in het Duitse recht kan mogelijk beter aansluiten bij de behoeften van werknemer-mantelzorgers in een context van toenemende informalisering van de zorg. De tendens tot informalisering van de zorg in het Nederlandse overheidsbeleid (op de terreinen van de WMO, de AWBZ en diens opvolger de Wet langdurige zorg) roept de vraag op of een langere verlofduur geïndiceerd zou zijn. De verwachting is immers dat dit beleid meer mantelzorg zal vergen.

---

172 Brose 2012, p. 499.

Verlenging van de verlofduur zal het voor de werkgever eerder haalbaar maken om voor vervanging van de verlofganger te zorgen. Dit ligt bij de huidige vormgeving van het Nederlandse langdurend verlof minder voor de hand dan in het Duitse recht waardoor naaste collega's veelal extra belast worden als iemand zorgverlof opneemt. Daar staat tegenover dat een werkgever zich voor organisatorische problemen geplaatst ziet naarmate het verlof langer duurt of potentieel duurt. Een recht op voortijdige beëindiging van het verlof kan voor de werkgever bovendien betekenen dat afspraken met een vervanger herzien moeten worden. De positie van de vervanger is in dat geval mede afhankelijk van de wensen van de verlofganger, zoals geïllustreerd in het Duitse recht. Het argument dat men niet gemist kan worden, zou echter bij vervanging aan kracht inboeten en daarmee zou de drempel om zorgverlof op te nemen, wellicht makkelijker te nemen zijn. Nadeel van een verlenging van de verlofduur is de inkomensderving voor de verlofganger omdat langdurend zorgverlof in de huidige Wazo onbetaald is. In het Duitse recht is daartoe wel een voorziening opgenomen.

### **7.6. *Inkomen tijdens verlof***

De Nederlandse verloven kennen bepalingen die werkgevers verplichten om het loon door te betalen. Dit betreft het calamiteitenverlof (100% loondoorbetaling) en het kortdurend zorgverlof (70% van het maximum dagloon, maar ten minste het wettelijk minimumloon).

Door de wetwijziging in Duitsland krijgt de werknemer die kortdurend werkverzuim opneemt looncompensatie. Deze wordt echter niet door de werkgever, maar door de zorgverzekering van de zorgbehoevende betaald. Het Nederlandse kortdurend zorgverlof en het Duitse kortdurend zorgverzuim – die in maximale duur vergelijkbaar zijn – verschillen dus zowel wat betreft de hoogte van het inkomen als de financiering ervan.

Een regeling van bijzondere aard kennen de Duitse wettelijke regelingen voor de zorgtijd en de familiezorgtijd. Hier ontvangt de werknemer een krediet van het Federaal Bureau voor familie en maatschappelijke verantwoordelijkheden dat hij later weer terugbetaalt. Voor de zorgtijd en de familiezorgtijd zijn kredietplafonds vastgesteld. De staat draagt het risico in geval de werknemer het krediet na afloop van het verlof niet terug kan betalen.

Een regeling om de werknemer-mantelzorger tijdens verlof van een inkomen te voorzien, voorkomt de vrees voor inkomensderving en een inkomensvoorziening, hoe beperkt ook, verkleint het risico om helemaal zonder inkomen te staan. Er zijn verschillende scenario's denkbaar wat betreft de aanvulling van het inkomen tijdens een langere verlofperiode. Een optie laat de Duitse (familie)zorgtijd zien waar de werknemer een gedeeltelijke tegemoetkoming ontvangt van het inkomensverlies door middel van een voorschot met een renteloze kredietregeling. Weliswaar

wordt deze regeling uiteindelijk door de werknemer zelf betaald, het feit echter dat de inkomensderving tijdens het verlof binnen perken blijft, moet niet worden onderschat. De werknemer-mantelzorger kan namelijk beter in staat blijven om aan zijn financiële verplichtingen te voldoen dan dit het geval is wanneer het verlof onbetaald is.

Voor werknemers met een laag inkomen kan het verlaagde inkomen gedurende een langere periode – namelijk zolang de verlofperiode én de nazorgfase duren – echter een belemmering vormen om verlof op te nemen. Dit geldt in het bijzonder in de eerste plaats voor alleenstaanden met een lager inkomen. De kans is groot dat de regeling op dit punt vooral tegemoet komt aan werknemers die zich een tijdelijke teruggang in inkomen kunnen veroorloven omdat ze oftewel over voldoende eigen inkomen en/of (spaar)vermogen beschikken, dan wel bijvoorbeeld terug kunnen vallen op het inkomen van een ander. Gezien het verschil in beloning en in inkomen tussen mannen en vrouwen, lijkt de regeling geschikter voor vrouwen dan voor mannen indien er sprake is van een gezamenlijke huishouding waar de man een hoger inkomen heeft omdat hij kostwinner is en/of voltijds werkt. Het anderhalfverdienersmodel – waar de man voltijds en de vrouw in deeltijd werkt – komt in Nederland veel voor.<sup>173</sup>

De terugbetalingsverplichting biedt wel het voordeel dat ze naar alle waarschijnlijkheid niet snel oneigenlijk zal worden gebruikt, juist omdat de inkomensaanvulling door de werknemer zelf wordt betaald. Anders dan bijvoorbeeld bij een (verplichte) zorgverzekering heeft een voorschotregeling dan ook geen strenge voorwaarden nodig voor de toegang tot de regeling. In een zorgverzekering is dit nodig om het probleem van het morele risico te beperken.<sup>174</sup> Problematisch daarentegen is dat een voorschotregeling vereist dat de werknemer lang genoeg in dienst bij de werkgever blijft om het voorschot in de nazorgfase weer in te halen. Als de arbeidsmarkt, zoals de Nederlandse, gekenmerkt is door (het streven naar) een vrij hoge arbeidsmobiliteit (en dito minder baan- en meer werkzekerheid) en als arbeidsovereenkomsten bovendien slechts voor bepaalde tijd worden afgesloten, komen voor deze regeling vooral werknemers in aanmerking met een (enigszins) vast dienstverband. Ook werknemers met een tijdelijk dienstverband kunnen echter behoefte hebben aan een langdurend en betaald zorgverlof, maar zullen buiten de boot vallen.

173 Zie de bijdrage van Boel-Woelki, Van der Lippe, Plantenga en Poortman in deze publicatie.

174 Zie in dit verband voorstellen over een individuele spaarrekening van de werknemer: S. Heeger, *Inkomensbescherming bij levensloopactiviteiten* (diss. Universiteit Utrecht), Deventer: Kluwer 2012, p. 219-222 en K.H. Hermans, *De WW en nieuwe sociale risico's* (diss. Universiteit Utrecht), Deventer: Kluwer 2015, p. 406-407.

### 7.7. *Band met de arbeidsmarkt*

Volledige vrijstelling van het werk kan bij langdurende verlofperioden leiden tot een afstand tot de arbeidsmarkt. Dit is een belangrijke reden voor zowel de Duitse als de Nederlandse wetgever om bij verlofvormen met een lang(ere) duur te kiezen voor de regeling van een recht op deeltijdse vrijstelling van het werk. Terwijl het langdurend zorgverlof in Nederland en de familiezorgtijd in Duitsland dus alleen in deeltijd mogelijk zijn, heeft de werknemer bij de Duitse zorgtijd een keuze. Hij kan het verlof in deeltijd of voltijds opnemen. Dit geldt ook voor het kortdurend werkverzuim.

Naarmate een verlofduur langer is, is het belangrijker dat de werknemer tijdens het verlof blijft werken, vooral om de band met de arbeidsmarkt te behouden, maar zeker ook om een uitlaatklep te hebben naast de (zware) mantelzorgverplichtingen. Het Nederlandse (onbetaalde) langdurend zorgverlof dat in deeltijd wordt opgenomen komt in feite neer op een tijdelijke vermindering van de arbeidsduur met een terugkeerrecht. De vermindering via het instrument verlof geeft de werknemer meer zekerheid dan vermindering via het instrument van de Wet aanpassing arbeidsduur, dat immers slechts een geclausuleerd terugkeerrecht kent (en bovendien eisen stelt aan de grootte van het bedrijf). In Duitsland kunnen werknemers die omwille van familiezorg een tijdlang niet hebben gewerkt, recht hebben op ondersteuning in de vorm van coaching en bemiddeling. Herintreders die niet over een afgeronde beroepsopleiding beschikken, krijgen onder bepaalde voorwaarden de kosten voor een opleiding of scholing vergoed.<sup>175</sup>

### 7.8. *Ontslagbescherming*

De Nederlandse wetgever heeft de werknemer enige ontslagbescherming geboden doordat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet mag opzeggen *wegens* de omstandigheid dat de werknemer zijn recht op hetzij het kortdurend hetzij het langdurend zorgverlof geldend heeft gemaakt. Dit verbod betreft daarmee het ontslag waaraan het uitoefenen van het recht op verlof aan ten grondslag wordt gelegd. De werkgever kan echter wel *tijdens* dat verlof de arbeidsovereenkomst opzeggen. Hierin is de Duitse wetgever veel strikter opgetreden. De werknemer-mantelzorger is bij alle drie verlofvormen (kortdurend werkverzuim, zorgtijd en familiezorgtijd) vergaand beschermd tegen ontslag omdat een ontslagverbod hier *tijdens* de verloven geldt. Dit verbod is vrij streng. Er kan alleen in uitzonderlijke situaties vanaf worden geweken, bijvoorbeeld bij een geplande sluiting van een bedrijf. In de Zorgtijdwet geldt het ontslagverbod bovendien al vanaf het moment dat de werknemer de werkgever laat weten gebruik te willen maken van het kortdurend werkverzuim dan wel van de zorgtijd. In de Familiezorgtijdwet geldt

---

175 S. Reuys et al. 2012, p. 24-27.



het ontslagverbod weliswaar niet reeds in deze aanvraagfase, daarentegen gaat het verbod daar langer door, namelijk tot en met de nazorgfase.

Een opzegverbod, zoals de Duitse verlofregelingen dit kennen, is royaal en bevrijdt werknemers gedurende minimaal de hele verlofperiode van de angst om de baan te verliezen. Een periode van (maximaal) vier jaar (zoals bij de familiezorgtijd) is uit Nederlands perspectief zeer lang. Werknemers kunnen omwille van de ontslagbescherming mantelzorgactiviteiten bewust gaan opzoeken, voornamelijk om hun arbeidsplaats veilig te stellen. Wat dit mogelijk betekent voor de kwaliteit van de mantelzorg, is dan de vraag. Een vergaande ontslagbescherming kan, met andere woorden, wellicht verrassende (niet beoogde) gedragseffecten hebben die om nader onderzoek vragen.

### **7.9. Einde verlof**

Het verlof eindigt uiterlijk bij het bereiken van de maximale verlofduur bij elk der besproken verlofvormen. Het is echter voorstelbaar dat er een voortijdig einde aan het verlof komt. De Nederlandse wetgever heeft het mogelijk gemaakt dat de werkgever het kortdurend zorgverlof beëindigt indien zich zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen voordoen waarvoor het belang van de werknemer bij het verlof redelijkerwijs moet wijken. Het verlof kan ook eindigen op initiatief van de werknemer. Dit geldt bij alle verlofsoorten: de zieke heeft niet langer zorg nodig (kortdurend zorgverlof), de zorgbehoevende is niet meer levensbedreigend ziek (langdurend zorgverlof), danwel valt niet langer onder het vereiste zorgniveau (zorgtijd en familiezorgtijd) of is overleden. De zorgtijd kent bovendien nog als beëindigingsgrond een verandering in de omstandigheden van de werknemer, zoals een precare financiële situatie. Nu met de wetswijziging ook voor de zorgtijd een krediet mogelijk is, zal deze grond mogelijk aan belang inboeten.

Grote verschillen bestaan met betrekking tot de termijn waarbinnen het verlof voortijdig eindigt. In de Nederlandse regeling van het langdurend zorgverlof gebeurt dit abrupt, namelijk op de dag volgend op de dag waarop de omstandigheid dit tot beëindiging noopt, zich heeft voorgedaan. Duitsland kent een regime voor de zorgtijd en een voor de familiezorgtijd. Voor de beëindiging van de zorgtijd heeft de werknemer de toestemming van de werkgever nodig. Achtergrond is dat de werkgever de werkzaamheden in overeenstemming met de mededeling van de werknemer organiseert en hij voor deze planning in voldoende mate duidelijkheid over de aan- respectievelijk afwezigheid moet hebben. Werknemers zijn dus aan de afgesproken periode van de zorgtijd gebonden. Dit is slechts anders als er sprake is van gewijzigde omstandigheden. In dat geval eindigt de zorgtijd ook zonder toestemming van de werkgever voortijdig, namelijk vier weken na optreden van de gewijzigde omstandigheid. Het verlof op grond van de familiezorgtijd eindigt pas twee maanden na de aankondiging van de werknemer.

De Zorgtijdwet regelt, tenslotte, ook de opzegtermijn van de vervanger, mocht de werkgever deze hebben aangesteld. Vervroegde beëindiging geeft de werkgever het recht om de arbeidsovereenkomst met een termijn van slechts twee weken op te zeggen. Een vergelijkbare regeling staat noch in de Familietijdwet noch in de Wazo.

Naarmate een verlof langer duurt, heeft de werkgever meer in het bedrijf moeten regelen om de werkzaamheden van de verlofganger voort te kunnen zetten. Indien het verlof voortijdig eindigt, biedt een langere overgangsperiode de werkgever meer mogelijkheden. In Duitsland geldt in deze situatie een verkorte opzegtermijn voor de vervanger. Ratio is dat wordt voorkomen dat de werkgever met dubbele loonkosten wordt geconfronteerd als de werknemer eerder dan afgesproken weer aan het werk gaat. De prijs van deze regeling draagt echter voor een deel de vervanger. Hij ziet immers de arbeidsovereenkomst vervroegd tot een einde komen. Het is aannemelijk dat vervangers vooral personen zijn die min of meer uitsluitend in contracten voor bepaalde tijd werken. Mocht dit op eigen keuze berusten, is hier niets mis mee. Dit wordt pas anders als er geen mogelijkheden voor vaste aanstellingen zijn. Dan is de kans aanwezig dat (een frequent) gebruik van vervangers het probleem van insiders en outsiders bestendigt.

## 8. Conclusies

De aanleiding voor de beschrijving en vergelijking van de verlofregelingen die de werknemer-mantelzorger ter beschikking staan in het Nederlandse en het Duitse recht is gelegen in een veranderde demografische en maatschappelijke context. Het onderzoek is ook ingegeven door ontwikkelingen in het overheidsbeleid op de terreinen van de arbeidsmarktpolitiek en de herinrichting van de verzorgingsstaat, in het bijzonder in relatie tot langdurige zorg. Met name de combinatie van betaalde arbeid met zorgverantwoordelijkheid blijft onveranderd actueel en doet de vraag rijzen hoe de overheid deze onder meer in het arbeidsrecht faciliteert. De toegenomen en – als het aan de overheid ligt – nog toe te nemen arbeidsparticipatie wringt met de verwachting dat de behoefte aan informele zorg eveneens zal stijgen en dat mantelzorg dus in de toekomst nog veel meer nodig zal zijn.

Terwijl het arbeidsmarktbeleid van de Nederlandse overheid is gericht op een hogere arbeidsparticipatie (van met name vrouwen, bij voorkeur in grotere deeltijd- of voltijdbanen), legt het overheidsbeleid in Duitsland meer de nadruk op een ‘drieklank’ van tijd voor familie, goede infrastructuur en materiële zekerheid.<sup>176</sup> Zorgverantwoordelijkheid voor zorgbehoevende familieleden wordt in Duitsland ook in de praktijk opgevat als een maatschappelijke taak, blijkt onder

---

176 I. Koopmans, *De beheersing en verdeling van het zorgrisico*, Amsterdam: Aksant 2007, p. 15.

meer uit een onderzoek van het SCP.<sup>177</sup> In Duitsland dragen meer familieleden zorgverantwoordelijkheid voor een zorgbehoevende dan in Nederland, waar sprake is van een lagere familieverantwoordelijkheid voor de zorg.

In beide landen is de verwachting dat de behoefte aan zorg zal toenemen en dat de aard van de benodigde zorg zal veranderen. Zowel de Nederlandse als de Duitse wetgever wil dat het maatschappelijk middenveld floreert, onder meer doordat burgers zich inzetten voor vrijwilligerswerk en tijd vrijmaken voor (mantel)zorg als deze zich aandient.<sup>178</sup> Duidelijk is dat de benodigde zorg slechts in beperkte mate in de vorm van mantelzorg kan en zal kunnen worden verleend. Dat neemt niet weg dat gezien het aantal werknemer-mantelzorgers en de verwachte toename van behoefte aan zorg in beide landen, een evaluatie van de bestaande verlofregelingen die mede tot doel hebben de combinatie van arbeid en mantelzorg te faciliteren, wenselijk is.

Burgers in een liberale samenleving hebben evenwel het recht om vrijelijk zelf te bepalen hoe ze hun leven inrichten. Dit recht wordt gewaarborgd door het grondrecht van vrije arbeidskeuze<sup>179</sup> en de bescherming van het beroeps- en gezinsleven. De bescherming van zowel het beroeps- als het gezinsleven, verplicht de wetgever onder meer op grond van het EU-recht<sup>180</sup> om het gezin op het juridisch, economisch en sociaal vlak te beschermen. Voor dat doel moet de combinatie van arbeid en zorg worden vergemakkelijkt. Beide aspecten, de vrijheid van arbeidskeuze en de beschermingsopdracht van het gezinsleven, hebben betrekking op alle situaties waarin familieleden verantwoordelijkheid voor elkaar dragen en zorg aan elkaar verlenen.<sup>181</sup> Daarbij moet worden opgemerkt dat de staat zich ten aanzien van de wijze waarop familieleden arbeid en zorg verdelen zoveel mogelijk neutraal dient op te stellen. Zijn neutraliteit is evenwel begrensd door andere waarden, in het bijzonder de gelijkheid tussen mannen en vrouwen en de bescherming van kinderen.

In deze bijdrage hebben we wat uitvoeriger stilstaan bij de rol van de staat als wetgever. De rol van de overheid als werkgever, de rol van de rechter en van uitvoerende overheid is buitenbeschouwing gebleven. De kans voor een

177 Zie paragraaf 5.2; Verbeek-Oudijk et al. 2014, p. 12.

178 Voor Nederland zie de ontwikkelingen op het terrein van de WMO 2015, *Stb.* 2014, 281, voorbereid in Kamerstukken 33 841 en de Wet langdurige zorg, *Stb.* 2014, 494, voorbereid in Kamerstukken 33 891 en voor Duitsland zie de beleidsdoelstellingen zoals opgenomen onder de titel '4. Zusammenhalt in der Gesellschaft' in de *Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD: Deutschlands Zukunft gestalten*, 2013.

179 Onder meer in art. 19 lid 3 Gw en in art. 12 Abs. 1 GG. Zie ook artikel 15 van het EU-Handvest van de Grondrechten over de beroepskeuzevrijheid en de vrijheid om in elke lidstaat werk te zoeken en te werken.

180 Onder meer in art. 33 van het EU-Handvest van de Grondrechten.

181 Kocher et al. 2013, p. 72.

werknemer om omwille van mantelzorgactiviteiten de omvang van de participatie in betaalde arbeid naar eigen goeddunken/behoefte te kunnen bepalen, is onder meer afhankelijk van de infrastructuur van de verzorgingsstaat. De overheid kan voorwaarden creëren waardoor mensen hun eigen keuzes kunnen maken bij de verdeling van arbeid en zorg. Een primaire taak van de overheid in het licht van een rechtvaardige verdeling van zorgverantwoordelijkheid en gendergelijkheid is om burgers – zowel mannen als vrouwen – de ruimte te geven om voor hun naaste te zorgen, zonder overbelast te raken en met de mogelijkheid om duurzaam betaalde arbeid te kunnen blijven verrichten.<sup>182</sup> De vraag is in hoeverre de beschreven regelingen hieraan beantwoorden. Door toepassing van de volgende evaluatiecriteria kan deze vraag verkennend worden beantwoord: de eenvoud van de regeling; de voor- en nadelen voor werknemer-mantelzorgers enerzijds en werkgevers anderzijds, waarbij met name aandacht wordt besteed aan de verdeling van de kosten voor de werkgever, de werknemer en de staat en organisatorische aspecten. Tenslotte worden de regelingen geëvalueerd op de mate waarin ze respectievelijk arbeidsparticipatie, zorgparticipatie én gendergelijkheid bevorderen.

### ***8.1. Eenvoud van de regeling***

Vanuit het perspectief van de werknemer zijn de Nederlandse verlofregelingen vrij eenvoudig en overzichtelijk in vergelijking met de Duitse verlofregelingen. De situaties waarin recht op verlof bestaat zijn duidelijk omschreven, evenals de duur van het verlof. Ook bestaat duidelijkheid voor deeltijders, en de financiering – voor zover aanwezig – loopt via de werkgever. De Nederlandse regeling kent in tegenstelling tot de Duitse geen gedetailleerde beschrijving van de zorgbehoefte die aanwezig moet zijn wil er recht op verlof ontstaan. De Duitse wetgeving kent drie verlofregelingen die elkaar deels overlappen (de zorgtijdwet en de familiezorgtijdwet) en aanspraak van deeltijders op familiezorgverlof is moeilijk te realiseren omdat een minimum van 15 uur moet worden gewerkt. De Duitse regeling voor verlof van langere duur (zorgtijd en familiezorgtijd) kan in de praktijk tot complicaties leiden wanneer er sprake is van een vervanger en het verlof voortijdig eindigt. De Duitse regeling omtrent de ontslagbescherming is glashelder: de vrees voor ontslag is door het ontslagverbod tijdens het verlof gereduceerd, terwijl de Nederlandse verlofganger het moet doen met een aanmerkelijk minder vergaande bescherming: hij mag niet wegens zorgverlof worden ontslaan.

### ***8.2. Kosten van verlof***

De vergelijking van de Nederlandse en Duitse verlofregelingen laat zien dat de kosten voor de staat gering zijn, er is immers geen sprake van een uitkering die van

---

182 Beneken genaamd Kolmer 2007, p. 52.

staatswege wordt betaald aan de werknemer. In een tegemoetkoming in de kosten van de werkgever is evenmin voorzien. Voor zover Nederlandse regelingen recht geven op een (gedeeltelijke) loondoorbetalingsverplichting voor de duur van het calamiteitenverlof en het kortdurend zorgverlof komen de kosten ten laste van de werkgever. Deze kosten zijn echter relatief gering omdat het calamiteitenverlof slechts zeer kort duurt en het kortdurend zorgverlof ook een maximum van 10 dagen per jaar kent. De loondoorbetalingsplicht tijdens het kortdurend zorgverlof bedraagt slechts 70% van het loon en is gelimiteerd door een maximum. Overigens kunnen zelfs deze kosten sommige kleine werkgevers wel voor problemen stellen. De meeste kosten worden echter door de werknemer gedragen, in het bijzonder als het gaat om het onbetaalde langdurend verlof. Interessant is de regeling van de inkomensvoorziening tijdens het Duitse kortdurend werkverzuim die noch ten laste van de werknemer noch van de werkgever komt, maar betaald wordt door de verzekering van de zorgbehoevende en daarmee uit premieafdrachten van allen die verplicht verzekerd zijn voor de zorgverzekering (*Pflegeversicherung*). De inkomensvoorziening die in de andere twee Duitse verlofregelingen is getroffen wordt uiteindelijk door de werknemer zelf betaald. Hier biedt de staat een vangnet voor het geval de verlofganger niet in staat is om de kredietschuld terug te betalen.

### **8.3. *Werkgerelateerde organisatorische aspecten***

Onderzoek wijst uit dat in Nederland werkgerelateerde organisatorische aspecten vaker zijn genoemd als reden om geen verlof op te nemen dan financiële overwegingen (zie paragraaf 6.3.7). Nader onderzoek zou kunnen uitwijzen of het opvangen van de inkomensderving die langdurige zorgverlofgangers lijden ten gevolge van de Nederlandse regelingen mogelijk het gebruik van langdurend verlof zou doen toenemen. In een dergelijk onderzoek zouden meerder opties kunnen worden voorgelegd aan potentiële verlofgangers, waarvan sommige op het Duitse model zouden kunnen zijn geënt.

Opmerking verdient het feit dat de lange duur van de verlofregelingen tot gevolg heeft dat de werkgever waarschijnlijk eerder maatregelen zal moeten treffen om de afwezigheid van de verlofganger, op te vangen. Voortijdige beëindiging van het verlof kan gevolgen hebben niet alleen voor de werkgever, maar ook voor de vervanger, waarbij de laatste geconfronteerd kan worden met voortijdige beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst met een korte opzegtermijn.

De sterke en langdurige ontslagbescherming die een verlofganger in het Duitse recht geniet kan een werkgever voor moeilijkheden plaatsen, bijvoorbeeld indien de vereiste beroepsvaardigheden snel aan verandering onderhevig zijn en regelmatige bijscholing vereist is voor de functie van de verlofganger. De verlofganger die gedurende de familiezorgtijd gedurende twee jaar slechts 15 uur per week werkt kan dergelijke veranderingen mogelijk slechts met moeite bijhouden. Verder kan het realiseren van de benodigde bijscholing ingewikkeld

zijn gezien de geringe wekelijkse arbeidsduur. Voor gespecialiseerde functies kan het vinden van een geschikte vervanger een werkgever voor organisatorische moeilijkheden plaatsen.

Het kostenaspect is mogelijk niet het belangrijkste aspect dat het gebruik van verlofregelingen beïnvloedt. Culturele factoren, bijvoorbeeld de bedrijfscultuur, spelen beslist een rol. Hetzelfde geldt voor de positie van werknemers in een organisatie. Dit verklaart mogelijk de voorkeur van veel werknemers in Nederland voor het opnemen van ATV en vakantiedagen in plaats van verlof of voorafgaand of in combinatie met verlof.

#### **8.4. Arbeidsparticipatie**

De Nederlandse verlofregelingen – in het bijzonder het langdurend verlofsluiten aan bij het deeltijdmodel dat de Nederlandse arbeidsmarkt karakteriseert. Daarmee wordt de band met de arbeidsmarkt behouden en dat draagt wellicht bij aan de continuering van de arbeidsparticipatie. De lange duur van de Duitse verlofregelingen in geval van voltijds verlof (mogelijk op grond van de zorgtijdwet) kan vanuit het perspectief van de werknemer-mantelzorger betekenen dat de band met de arbeidsmarkt moeilijker kan worden vastgehouden, in het bijzonder wanneer de zorgtijd wordt gevolgd door de familiezorgtijd met een minimale arbeidsduur van slechts 15 uur per week. Aan de andere kant kan de ruime verlofregeling ook mogelijk uitval voorkomen. Ook hier zal het gebruik van de regelingen en onderzoek naar de arbeidsrelaties na afloop van het verlof duidelijkheid moeten verschaffen over de gevolgen van de lange verlofduur. Dergelijk onderzoek zou ook gegevens kunnen verschaffen over de mate waarin werkgevers vervangers van verlofgangers aanstellen. Op het eerste gezicht zou het meer voor de hand liggen dat de arbeidsparticipatie van verlofgangers door de Nederlandse regelingen minder wordt beïnvloed dan door de Duitse regelingen, waarbij moet worden aangetekend dat voor een werknemer-mantelzorger mogelijk verschillende redenen een rol kunnen spelen bij het besluit om al of niet op de arbeidsmarkt te (blijven) participeren (al of niet met een verminderde arbeidsduur) en/of (al dan niet tijdelijk) uit te treden. Zo blijkt uit onderzoek dat in Duitsland een zekere angst leeft voor nadelen in het werk als men aangeeft in verband met de zorg voor een naaste minder voor het werk beschikbaar te zijn.<sup>183</sup> Werkgelegenheid is een schaars goed geworden en daarom moet het spanningsveld zorg en werk ook in het licht van een meer of minder gespannen arbeidsmarkt worden gezien. Juist wanneer feitelijk de optie om niet te werken niet (meer) bestaat, is het belang van maatregelen die de combinatie van zorg en betaalde arbeid faciliteren groter.

---

183 S. Reuys et al. 2012, p. 22.

### 8.5. *Gendergelijkheid*

De vraag in hoeverre de regelingen (mantel)zorgparticipatie van werknemers – zowel mannen als vrouwen – bevorderen is moeilijk te beantwoorden, mede doordat de Duitse regelingen slechts recent zijn ingevoerd en het gebruik ervan nog heel erg gering is. Duidelijk is dat het gebruik van de Nederlandse verlofregelingen, die al veel langer ter beschikking staan van potentiële verlofgangers, gering is. Dit brengt ons op de vraag in hoeverre de beschreven verlofregelingen gendergelijkheid bevorderen. Duidelijk is geworden dat in Nederland vrouwen meer dan mannen arbeid en mantelzorg combineren. Mogelijk vormt het feit veel meer vrouwen dan mannen in Nederland in deeltijd werken een verklaring voor dit verschil. Wie in deeltijd werkt heeft immers al tijd om te zorgen buiten de overeengekomen arbeidsduur en combineert vaak al op deze wijze arbeid en zorg.

### 8.6. *Tot slot: Zorg- én arbeidsparticipatie*

Voor zowel de Nederlandse als de Duitse wetgever vormt het faciliteren van de combinatie van arbeid en zorg het belangrijkste doel van de hier beschreven verlofregelingen. Beide domeinen – zorg én arbeid – verdienen ondersteuning in combinatie met elkaar om verschillende redenen. Zo is de arbeidsparticipatie niet alleen van belang in verband met bijvoorbeeld het inkomen, de sociale contacten en de sociale status. Maar het kan ook een manier voor de verzorgende vormen om een zekere afstand te kunnen nemen van met name mantelzorgverantwoordelijkheden. Het (langdurig) verlenen van mantelzorg kan immers zwaar zijn. Maar zorg geeft ook vaak voldoening en kan voor de zorgbehoevende zeer welkom zijn. Daarbij moet worden opgemerkt dat er geen blauwdruk bestaat voor de combinatie van arbeid en zorg: wat voor de ene zorgbehoevende gewenst is, hoeft niet voor een ander te gelden. Hetzelfde geldt voor zorgverleners. Daarom is maatwerk vereist en een breed scala aan beschikbare mogelijkheden om arbeid en mantelzorg te kunnen combineren. Aanpassing van de arbeidstijden aan zorgverantwoordelijkheden en *vice versa* is dan één van de vereisten om werkzaamheden goed op elkaar te kunnen afstemmen. Dit betekent onder meer dat verlofmogelijkheden in samenhang met zeggenschap over arbeidstijden – ook wanneer verlof wordt opgenomen – moeten worden ontworpen. Dit aspect is tot nu toe door zowel de Nederlandse als de Duitse wetgever onderbelicht gebleven.

Nadenken over wat de werknemer-mantelzorger nodig heeft – zowel mannen als vrouwen – om arbeid en zorg te kunnen combineren vereist waarschijnlijk meer dan alleen verlofregelingen en ook op dit terrein is een rol weggelegd voor beleidsmakers, wetenschappers, maar ook voor de wetgever. De staat heeft daarbij een voorwaardenschepende functie. Rechtsvergelijking kan dan inspiratie bieden bij het bedenken van nieuw beleid en hopelijk draagt dit onderzoek daartoe bij.

## BIBLIOGRAFIE

Arbeid in Zorg en Welzijn 2014

Onderzoeksprogramma Arbeidsmarkt Zorg en Welzijn, *Arbeid in Zorg en Welzijn 2014: Integrerend Jaarrapport, Stand van zaken en vooruitblik voor de sector Zorg en de sector Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening, Jeugdzorg en Kinderopvang*, Zoetermeer: Panteia 2014.

Van Baars 2013

L. van Baars, 'Verzorgingsstaat nu geschiedenis? Vergeet het maar', *Trouw* 19 september 2013.

Barkow von Creyzt 2012

D. Barkow von Creyzt, 'Das Familienpflegezeitgesetz', *Deutsches Steuerrecht* 2012, afl. 4, p. 191-193.

Beneken genaamd Kolmer 2007

D. Beneken genaamd Kolmer, *Family care and care responsibility: the art of meeting each other* (proefschrift), Delft: Eburon 2007.

De Boer, Broese van Groenou & Keuzenkamp 2010

A. de Boer, M. Broese van Groenou en S. Keuzenkamp, 'Belasting van werkende mantelzorgers', *TSG* 2010, afl. 6, p. 313-319.

Bronsveld-de Groot 2013

M. Bronsveld-de Groot, 'Bijna 6 procent van volwassenen indicatie voor langdurige zorg', *CBS Webmagazine* 12 december 2013.

Brose 2012

W. Brose, 'Die sozialversicherungsrechtlichen Nebenwirkungen von Pflegezeit und Familienpflegezeit', *Neue Zeitschrift für Sozialrecht* 2012, afl. 13, p. 499-502.

Bruggink 2012

J.-W. Bruggink, '65-jarigen leven langer zonder beperkingen, maar meer met chronische ziekten', *CBS Webmagazine* 6 december 2012.

Burri & Aune 2013

S. Burri en H. Aune, *Sex Discrimination in Relation to Part-Time and Fixed-Term Work. The application of EU and national law in practice in 33 European countries*, European Commission 2013.

Destatis 2012

Destatis, *Alleinlebende in Deutschland: Ergebnisse des Mikrozensus 2011*, Wiesbaden: Statistisches Bundesamt 2012.



DGB-Index Gute Arbeit 2010

DGB-Index Gute Arbeit, *Der Report 2010: Wie die Beschäftigten die Arbeitswelt in Deutschland beurteilen*, Berlin: Institut DGB-Index Gute Arbeit 2010.

Van Duin 2011

C. van Duin, 'Een miljoen huishoudens meer in 2045', *CBS Webmagazine* 4 april 2011.

Eckert 2011

M. Eckert, 'Blick ins Arbeitsrecht', *Deutsches Steuerrecht* 2011, afl. 51/52, p. 2474-2479.

European Commission 2012

European Commission, *The 2012 Ageing Report: Economic and Budgetary Projections for the 27 EU Member States (2010-2060)*, Brussels: European Commission 2012.

Glatzel 2009

B. Glatzel, 'Fallen im Pflegezeitgesetz – für Arbeitnehmer und Arbeitgeber', *Neue Juristische Wöchenschrift* 2009, afl. 20, p. 1377-1379.

Glatzel 2012

B. Glatzel, 'Das neue Familienpflegezeitgesetz', *Neue Juristische Wöchenschrift* 2012, afl. 17, p. 1175-1180.

Göttling & Neumann 2012

W. Göttling en M. Neumann, 'Das neue Familienpflegezeitgesetz', *NZA* 2012, afl. 3, p. 119-127.

Hammen-Poldermans 2008

Hammen-Poldermans, *Wie dan leeft... wie dan zorgt*, Delft: Eburon 2008.

Heeger 2012

Heeger, *Inkomensbescherming bij levensloopactiviteiten* (diss. Universiteit Utrecht), Deventer: Kluwer 2012.

Heeger-Hertter 2014

S. Heeger-Hertter, 'Mantelzorg faciliteren door verlof. Een vergelijking van het Nederlandse recht met de Duitse Familiezorgtjdwet', *Tijdschrift voor Recht en Arbeid*, 2014/54, p. 17-20.

Hermans 2014

K.H. Hermans, *De WW en nieuwe sociale risico's* (diss. Universiteit Utrecht), Deventer: Kluwer 2015.

Joussen 2009

J. Joussen, 'Streitfragen aus dem Pflegezeitgesetz', *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2009, afl. 2, p. 69-74.

Kocher et al. 2013

E. Kocher et al., *Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie*, Baden-Baden: Nomos 2013.

Koopmans 2007

I. Koopmans, *De beheersing en verdeling van het zorgrisico*, Amsterdam: Aksant 2007.

Kösters 2007

L. Kösters, 'Levensloopregeling vooral voor hoger opgeleiden', *Sociaal-economische trends – CBS* 2007, afl. 2, p. 12-15.

De Meester & Keuzenkamp 2011

E. de Meester & S. Keuzenkamp, *Verlof vragen. De behoefte aan en het gebruik van verlofregelingen*, Den Haag: SCP 2011.

Notzon 2013

M. Notzon, 'Aktuelle Rechtsfragen zur Pflegezeit', *Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht* 2013, afl. 7, p. 136-138.

OECD 2012

OECD, *Health at a glance: Europe 2012*, OECD Publishing 2012.

Pilgertorfer & Forshaw 2008

M. Pilgertorfer en S. Forshaw, 'Transferred Discrimination in EU Law', *Industrial Law Journal* 2008, afl. 4, p. 384-393.

Preis & Nehring 2008

U. Preis en L. Nehring, 'Das Pflegezeitgesetz', *NZA* 2008, afl.13, p. 729-736.

Reuys et al. 2012

S. Reuys et al., *Pflegesensibele Arbeitszeiten: Perspektiven der Vereinbarkeit von Beruf und Pflege*, Berlin: Sigma 2012.

Roosendaal 2011

W.L. Roosendaal, *Werken privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

Roozendaal 2012

W.L. Roozendaal, 'Flexibel verlof en flexibel werken', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2012/26, p. 16-19.

Runde et al. 2009

P. Runde et al., *AOK-Trendbericht Pflege II – Entwicklungen in der häuslichen Pflege seit Einführung der Pflegeversicherung*, Hamburg: Universität Hamburg 2009.

Schiefer 2012

B. Schiefer, 'Urlaub, Pflegezeit, Teilzeitwunsch – Wie das Arbeitsrecht knappe Güter verteilt', *NZA-Beilage* 2012, afl. 4, p. 132-139.

SCP 2009

SCP, *Mantelzorg*, Den Haag: SCP 2009.

Simoes 2013

E. Simoes, *Pflege in der Familie und Armut (Presentatie 22ste Wetenschappelijke Colloquium van de Eberhard Karls Universität)*, Wiesbaden 2013, beschikbaar op: [destatis.de/DE/Methoden/Kolloquien/2013/Simoes.pdf? blob=publicationFile](http://destatis.de/DE/Methoden/Kolloquien/2013/Simoes.pdf?blob=publicationFile).

Souren 2008

M. Souren, 'Werkende mantelzorgers nemen iets vaker verlof op', *CBS Webmagazine* 3 november 2008.

Von Steinau-Steinrück en Mosch 2010

R. von Steinau-Steinrück en U. Mosch, 'Angehörigenpflege und Arbeitsrecht', *Neue Juristische Wöchenschrift NJW-Spezial* 2010, afl. 10, p. 178-179.

Stewart, Niccolai & Hoskyns 2011

A. Stewart, S. Niccolai en C. Hoskyns, 'Discrimination by Association: A Case of the Double Yes?', *Social and Legal Studies* 2011, afl. 2, p. 173-190.

Verbeek-Oudijk et al. 2014

D. Verbeek-Oudijk et al., *Who cares in Europe? A comparison of long-term care for the over-50s in sixteen European countries*, Den Haag: SCP 2014.

De Vries & van der Mooren 2010

J. de Vries en F. van der Mooren, 'Mantelzorgers op de arbeidsmarkt', *Sociaal-economische trends – CBS* 2010, afl. 3, p. 49-58.

De Wolff 2002

D.J.B. de Wolff, *Wet arbeid en zorg*, Deventer: Kluwer 2002.



# Over de schouders van ouders: Een interne vergelijking van het Nederlandse overheidsbeleid ten aanzien van besnijdenis j/m

*Marjolein van den Brink & Jet Tigchelaar*

## 1. Besnijdenis van jongens en meisjes

De Nederlandse overheid heeft een heel andere visie op de aanvaardbaarheid van de besnijdenis van jongens dan op die van meisjes. Meisjesbesnijdenis, in welke vorm dan ook, wordt afgekeurd en er is expliciet beleid geformuleerd op zowel strafrechtelijk als privaatrechtelijk en vreemdelingenrechtelijk terrein. Het omgekeerde geldt voor jongensbesnijdenis. Dit verschil in benadering van besnijdenis van jongens en van meisjes doet zich ook op internationaal niveau voor. Het komt wellicht het meest pregnant naar voren in het beleid van de Wereldgezondheidsorganisatie (*World Health Organisation*, WHO). De WHO wijst alle vormen van ‘genitale verminking van vrouwen’ (*female genital mutilation*, *FGM*) onvoorwaardelijk af, als een schending van de mensenrechten van meisjes en vrouwen.<sup>1</sup> De praktijk weerspiegelt volgens de organisatie de diep verankerde ongelijkheid tussen mannen en vrouwen, zij dient geen enkel medisch belang en kan juist ernstige gezondheidsproblemen veroorzaken.<sup>2</sup> Besnijdenis van jongens en mannen wordt daarentegen door de organisatie aangemoedigd met het oog op hygiëne en andere voordelen voor de gezondheid, in het bijzonder een reductie in de overdracht van HIV/AIDS.<sup>3</sup>

---

1 World Health Assembly resolution on the elimination of female genital mutilation, 2008, WHA61.16. UNGA, 20 December 1993, A/RES/48/104.

2 WHO, *Female genital mutilation*, fact sheet, WHO/RHR/14.12, 2014; zie [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112328/1/WHO\\_RHR\\_14.12\\_eng.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112328/1/WHO_RHR_14.12_eng.pdf?ua=1) (laatst bezocht 27 januari 2015).

3 WHO, *Operational guidance for scaling up male circumcision services for HIV prevention*, World Health Organization and Joint United Nations Programme on HIV/AIDS, 2008; zie [www.who.int/hiv/pub/toolkits/Male\\_Circumcision.pdf](http://www.who.int/hiv/pub/toolkits/Male_Circumcision.pdf) (laatst bezocht 27 januari 2015).

Toch neemt de kritiek op jongensbesnijdenis de laatste jaren toe, zowel internationaal als nationaal.<sup>4</sup> In Nederland is debat ontstaan nadat de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) in 2010 haar standpunt publiceerde dat niet-therapeutische jongensbesnijdenis krachtig ontmoedigd zou moeten worden.<sup>5</sup> Het belangrijkste argument daarvoor is gelegen in de onnodige risico's die de ingreep meebrengt. In 2012 verhevigde het debat over de (on)wenselijkheid van jongensbesnijdenis toen de rechter in Keulen jongensbesnijdenis – uitgevoerd om (Joods) religieuze redenen – als mishandeling aanmerkte.<sup>6</sup> Daarop nam de Duitse wetgever een wet aan die religieuze besnijdenis van jongens expliciet toestaat, mits door professionals op zorgvuldige wijze uitgevoerd.<sup>7</sup>

De Nederlandse overheid houdt niettemin vooralsnog vast aan de toelaatbaarheid van jongensbesnijdenis en de afkeuring van meisjesbesnijdenis. Omdat het beleid van de Nederlandse overheid niet meer vanzelfsprekend is, is het interessant om het beleid van de Nederlandse overheid nader te bestuderen in het licht van het maatschappelijk debat.

## 2. Vraagstelling en afbakening

In deze bijdrage staat de vraag centraal hoe de verschillende onderdelen van de Nederlandse overheid het beleid ten aanzien van besnijdenissen van (minderjarige) kinderen vormgeven, hoe dit wordt gelegitimeerd en welke kanttekeningen daarbij kunnen worden geplaatst. Daarbij wordt bijzondere aandacht geschonken aan het verschil in benadering van jongens- en meisjesbesnijdenis.

- 
- 4 Zoals uit het voorgaande blijkt gaat de internationale discussie niet alleen over de religieuze dimensie ervan, maar ook over de veronderstelde medische voordelen. In deze discussie kan er een verschil in benadering tussen Europa en de V.S. worden herkend en heeft het eveneens een Afrikaanse dimensie doordat de Wereldgezondheidsorganisatie jongens- en mannenbesnijdenis promoot ter voorkoming van HIV/AIDS. Zie voor het verschil tussen Europa en de V.S., waar jaarlijks vele jongensbaby's vanwege veronderstelde medische voordelen preventief worden besneden: W. Dekkers, 'Routine (Non-religious) Neonatal Circumcision and Bodily Integrity: A Transatlantic Dialogue', *Kennedy Institute of Ethics Journal* 2009/19, Iss. 2, p. 125-146. Zie voor een overzicht van de internationale discussie ook M. van den Brink & J. Tigchelaar, 'Shaping Genitals, Shaping Perceptions. A Frame Analysis of Male and Female Circumcision', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012/30, Iss. 4, p. 431-459.
- 5 KNMG, *Niet-therapeutische circumcisie bij minderjarige jongens*, 2010. Te vinden op: <http://knmg.artsennet.nl> (laatst bezocht 27 januari 2015).
- 6 Landgericht Köln, 7 mei 2012, 151 Ns 169/11.
- 7 Op 12 december 2012 nam de Bondsraad het regeringswetsvoorstel aan over de *Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes* (BT-Drs 17/11295).

Om deze vraag te beantwoorden wordt, na een algemene schets van de besnijdenispraktijk (paragraaf 3), in paragraaf 4 uiteengezet wat het beleid van de overheid inhoudt.

Wetgeving, jurisprudentie en bestuurlijk beleid met betrekking tot besnijdenis van kinderen wordt per rechtsgebied (strafrecht, privaatrecht en vreemdelingenrecht) beschreven. Hieruit blijkt wat de overheid wil en wat daarvan terecht komt. In paragraaf 5, ten slotte, wordt nagegaan welke argumenten in de Nederlandse (rechtswetenschappelijke) literatuur worden aangedragen voor en tegen besnijdenis, en in hoeverre hiermee het overheidsbeleid wordt onderschreven, dan wel juist ter discussie wordt gesteld. Ook wordt bekeken welke alternatieve benaderingen worden voorgesteld.

Omdat deze bundel de vraag thematiseert wat de Staat wil, kan en mag wat betreft familierelaties, is ervoor gekozen om de manier waarop besnijdenis door de overheid wordt beoordeeld op drie rechtsgebieden in kaart te brengen, te weten strafrecht, personen- en familierecht en vreemdelingenrecht. Daar staat de verhouding tussen de staat en ouders centraal voor wat betreft de beslissingsbevoegdheid en beschermingsmacht ten aanzien van de besnijdenis van minderjarige kinderen. Buiten beschouwing blijven bijvoorbeeld rechtszaken waarin artsen aansprakelijk worden gesteld door ouders, evenals wetgeving waarin de vergoeding van ziektekosten in verband met besnijdenis wordt opgeheven, omdat daar andere relaties spelen dan die tussen overheid, ouders en kinderen.<sup>8</sup>

De overheid bestaat uit verschillende onderdelen. Dit blijkt in verband met besnijdenis uiterst relevant te zijn, zoals de Duitse ontwikkelingen aantonen, waar de rechter en wetgever afwijkende standpunten hebben ingenomen. Daarom is ervoor gekozen om voor de Nederlandse situatie ook onderscheid te maken tussen de verschillende onderdelen van de overheid. In paragraaf 4 wordt bijvoorbeeld nagegaan wat er terecht komt van wat de regering of een minister wil. Oordeelt de strafrechter over jongensbesnijdenis in de lijn met de visie van de minister en lukt het om meisjesbesnijdenis voor de strafrechter te brengen? Het overheidshandelen wordt aldus nader bekeken in termen van de trias politica: welk onderdeel van de overheid doet wat en hoe verhoudt zich dat tot elkaar?

Nadat het overheidsbeleid in kaart is gebracht, wordt onderzocht hoe vanzelfsprekend het is wat de overheid doet en wil. In hoeverre is de overheid bijvoorbeeld op basis van internationale afspraken verplicht te handelen zoals

---

8 Ook de verlofregelingen voor ambtenaren in verband met besnijdenis blijft bijvoorbeeld buiten schouwing en verder wordt er onder meer geen aandacht besteed aan het kort geding waarin een stichting eist dat een ziekenhuis religieuze besnijdenissen van jongens binnen twee maanden uitvoert. Zie Rb Amsterdam, 22 december 1994, ECLI:NL:RBAMS:1994:AH5070.

zij doet? Leidt een andere benadering van lichamelijke integriteit tot een andere afweging? Aan de hand van de discussie in de literatuur worden ook enkele kanttekeningen geplaatst bij het verschil in benadering van besnijdenis van jongens en meisjes, in het licht van wat de overheid wil en kan. Het internationale debat blijft buiten beschouwing, omdat daarin ook motieven voor en vormen van jongensbesnijdenis bediscussieerd worden die in Nederland niet of nauwelijks een rol spelen. Besproken wordt dus Nederlands rechtswetenschappelijk commentaar op religieuze en/of culturele jongens- en meisjesbesnijdenissen, zoals die in Nederland voorkomen.

De beschrijving en analyse laat het spanningsveld zien waarin de overheid opereert. De verschillende onderdelen van de overheid moeten gezamenlijk een balans zien te vinden tussen het beschermen van de opvoedingsvrijheid van ouders en de bescherming van kinderen tegen – onder meer – aantasting van hun lichamelijke integriteit. Daarbij wordt ook aandacht geschonken aan de mogelijkheid dat het overheidsbeleid wordt beïnvloed door tal van percepties en waarderingen, bijvoorbeeld over de (on)gelijkheid van mannen en vrouwen in de besnijdenis praktiserende gemeenschappen.

### **3. Terminologie en besnijdenispraktijk**

Voor het fenomeen besnijdenis worden zeer verschillende termen gebezigd. De meest gebruikte termen voor vrouwenbesnijdenis zijn verminking (*mutilation* of *FGM*; in het Nederlands: vrouwelijke genitale verminking of VGV) en snijden (*cutting*). Ten aanzien van mannen wordt nog steeds vooral ‘besnijden’ gebruikt, hoewel tegenstanders van de praktijk de negatief gekleurde terminologie voor vrouwenbesnijdenis meer en meer overnemen. Tegelijkertijd is er ook een tegenbeweging waarneembaar waar het gaat over de duiding van vrouwenbesnijdenis. Termen als *genital modification* (aanpassing) en *genital surgery* (chirurgie) worden nadrukkelijk naar voren gebracht om nuance in het debat over vrouwenbesnijdenis te brengen.<sup>9</sup> In deze bijdrage wordt de term ‘besnijdenis’

---

9 The Public Policy Advisory Network on Female Genital Surgeries in Africa, ‘Seven Things to Know about Female Genital Surgeries in Africa’, *Hastings Center Report* 2012/42, Iss. 6, p. 19-27. Zie ook: Van den Brink & Tigchelaar 2012, p. 431-459.



gehanteerd, in een poging daarmee het pejoratieve van ‘verminking’ of ‘snijden’ te vermijden.<sup>10</sup>

De WHO onderscheidt vier categorieën van vrouwenbesnijdenis, waarvan ‘infibulatie’ de meest ingrijpende vorm is, gevolgd door ‘excisie’, ‘clitoridectomy’ en waarvan de minst ingrijpende vormen onder de categorie ‘overig’ worden geschaard. Bij infibulatie wordt de vaginaopening vernauwd door alle uitwendige onderdelen (*vulva*) weg te snijden en dat vervolgens te laten dichtgroeien zodat alleen een kleine opening overblijft. Excisie is een vorm van vrouwenbesnijdenis waarbij de clitoris geheel of gedeeltelijk wordt verwijderd, evenals de kleine schaamlippen (*labia minora*) en soms ook de grote of buitenste schaamlippen (*labia majora*). Clitoridectomy verwijst naar het gedeeltelijk of geheel verwijderen van de clitoris, met als weinig voorkomende variant dat alleen de huid om de clitoris heen wordt verwijderd. De categorie ‘overig’ omvat alle andere ‘schadelijke procedures’ die worden uitgevoerd zonder medisch doel, waaronder prikken, piercing en insnijden. Hoewel cosmetische chirurgie aan de vagina (vaginaplastie) ook aan deze criteria voldoet, richt de WHO zich uitsluitend op ‘traditionele’ genitale ingrepen, hetgeen blijkt uit de focus op een aantal specifieke landen in Afrika en het Midden-Oosten.

Ook mannenbesnijdenis kent verschillende varianten, maar de meest voorkomende vorm van mannenbesnijdenis is het geheel of gedeeltelijk verwijderen van de voorhuid. Andere varianten – vooral initiatieriten – zijn zeer invasief, maar komen heel weinig voor en, voor zover bekend, niet in Nederland.<sup>11</sup>

Volgens schattingen van de WHO zijn wereldwijd ruim 125 miljoen vrouwen besneden, terwijl jaarlijks ongeveer 20 miljoen mannen worden besneden (20 tot 30% van alle mannen wereldwijd). In Nederland wonen naar schatting (2012)

10 Vgl. Pharos, *Handelingsprotocol Vrouwelijke Genitale Verminking bij minderjarigen. Uitleg en handvatten bij aanpak VGV voor AMK, RvdK en politie*, 2013, p. 10; zie [www.pharos.nl/documents/doc/handelingsprotocolupdatejuni2013.pdf](http://www.pharos.nl/documents/doc/handelingsprotocolupdatejuni2013.pdf) (laatst bezocht 27 januari 2015) waar er op wordt gewezen dat, met name voor mensen afkomstig uit landen waar meisjesbesnijdenis wordt gepraktiseerd, het gebruik van de term ‘verminking’ zozeer als een veroordeling kan overkomen dat een gesprek erover erg moeilijk wordt. Vgl. ook het Statement van African Women Are Free to Choose (AWA-FC), Washington DC, USA, van februari 2009, die het spreken over ‘mutilation’ ervaren als ‘*offensive, demeaning and an assault against our identities as women, our prerogatives to uphold our cultural definitions of womanhood including determining for ourselves what bodily integrity means to us African women from ethnic groups that practice female and male initiation as parallel and mutually constitutive processes in our societies*’; The Patriotic Vanguard, *Statement by African Women are free to choose (AWA-FC), Wahsington DC, USA*, 2009; zie [www.thepatrioticvanguard.com/article.php3?id\\_article=3752](http://www.thepatrioticvanguard.com/article.php3?id_article=3752) (laatst bezocht 27 januari 2015).

11 Zie bijv. D. DeLaet, ‘Framing male circumcision as a human rights issue? Contributions to the debate over the universality of human rights’, *Journal of Human Rights* 2009(8), Iss. 4, p. 411-412.

een kleine 30.000 vrouwen die besneden zijn. Het gebeurt zo'n veertig tot vijftig keer per jaar dat een in Nederland woonachtig meisje wordt besneden, soms in Nederland, soms in het buitenland.<sup>12</sup> De leeftijd ligt doorgaans ergens tussen de vier en vijftien jaar. Meisjesbesnijdenis wordt ingegeven door een combinatie van culturele, religieuze en sociale factoren.<sup>13</sup>

Anders dan in bijvoorbeeld de Verenigde Staten, waar uit overwegingen van hygiëne veel jongens worden besneden, worden jongens in Nederland voornamelijk om cultureel-religieuze (joodse en islamitische) redenen besneden. Joodse jongetjes worden volgens voorschrift op de achtste dag na hun geboorte besneden.<sup>14</sup> De leeftijd voor islamitische jongens varieert. Moslims zijn verdeeld over de vraag of besnijdenis een religieuze verplichting is. Wel wordt besnijdenis van jongens beschouwd als een na te leven voorbeeld en vrijwel alle islamitische mannen zijn besneden.<sup>15</sup> De besnijdenis van jongens wordt in Nederland nog maar recentelijk ter discussie gesteld. De besnijdenis van meisjes is in de jaren zeventig prominent op de agenda gezet en is daar sindsdien niet meer van verdwenen.

#### **4. Het overheidsbeleid: wat wil de overheid en wat komt ervan terecht?**

Ouders hebben de primaire verantwoordelijkheid voor de zorg en opvoeding van hun kinderen. De overheid speelt in beginsel slechts een secundaire rol: zij verleent bijstand als de ouders het om wat voor reden dan ook niet zonder hulp redden en zij grijpt alleen in wanneer een kind zodanig opgroeit dat zijn gezondheid – ernstig – wordt bedreigd (titel 14 boek 1 BW). Dat uitgangspunt ligt ook besloten in artikel 5 van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK, 1989), door Nederland geratificeerd in 1995. Zowel ouders als overheid zijn gehouden om steeds het belang van het kind in het oog te houden en daaraan zoveel mogelijk recht te doen.

---

12 M. Exterkate, *Female Genital Mutilation in the Netherlands. Prevalence, incidence and determinants*, Utrecht: Pharos, 2013, p. 5. Beschikbaar via: [www.pharos.nl/documents/doc/webshop/vrouwelijkegenitaleverminkinginnederland-finalreportfgminnl1.pdf](http://www.pharos.nl/documents/doc/webshop/vrouwelijkegenitaleverminkinginnederland-finalreportfgminnl1.pdf) (laatst bezocht 27 januari 2015). Zie ook: R. Kool, 'Strafbaarstelling en handhaving van meisjesbesnijdenis', *NJB* 2004(40), p. 2092.

13 Zie WHO, *Female genital mutilation*, Fact sheet No. 241 updated February 2014, Zie [www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/#](http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/#), (laatst bezocht 27 januari 2015); Zie ook W. Dekkers, C. Hoffer & J.P. Wils, *Besnijdenis, lichamelijke integriteit en multiculturalisme. Een empirische en normatief-ethische studie*, Budel: Uitgeverij Damon 2006, p. 129.

14 Zie verder: Dekkers, Hoffer & Wils 2006, p. 41-44. Het onderscheid tussen cultuur en religie is niet steeds scherp te maken. Seculiere joodse ouders zullen het culturele aspect benadrukken, terwijl religieuze joodse ouders beide motieven kunnen hebben.

15 Dekkers, Hoffer & Wils 2006, p. 45-46.

In deze paragraaf wordt onderzocht wat de overheid wil bereiken ten aanzien van jongens- en meisjesbesnijdenis en wat daarvan terecht komt. Eerst wordt ingegaan op de doelen die de regering, de minister en/of het parlement willen bereiken met wetgeving en bestuurlijk beleid. Vervolgens wordt nagegaan of, en zo ja hoe de rechter op een drietal terreinen wetgeving toepast en in hoeverre de wet wordt gehandhaafd door uitvoerende onderdelen van de overheid, zoals politie, Openbaar Ministerie, Jeugdzorg en Raad voor de Kinderbescherming. Onderzocht wordt dus, met andere woorden, wat de overheid wil, doet en kan met betrekking tot jongens- en meisjesbesnijdenis. Eerst wordt jongensbesnijdenis besproken en daarna meisjesbesnijdenis, gevolgd door een korte vergelijking.

#### **4.1. Jongensbesnijdenis: wat wil de minister?**

Jongensbesnijdenis werd lange tijd niet gezien als een problematische praktijk. De afgelopen tien jaar is een paar keer aan opeenvolgende ministers van volksgezondheid, welzijn en sport gevraagd of een wettelijk verbod op jongensbesnijdenis niet in de rede ligt, maar deze vragen zijn steeds vrijwel zonder discussie negatief beantwoord.<sup>16</sup>

Eén keer is er een kamervraag gesteld naar aanleiding van het standpunt van de Nederlandse Artsenorganisatie KNMG dat jongensbesnijdenis om andere dan medische redenen weliswaar niet verboden is – mits door een arts uitgevoerd – maar niettemin krachtig ontmoedigd zou moeten worden vanwege het risico op complicaties.<sup>17</sup> De minister meende echter dat als de ingreep correct wordt uitgevoerd, jongensbesnijdenis niet schadelijk is voor het lichamelijk en psychisch functioneren van het kind. Een verbod zou daarom een ongerechtvaardigde beperking van de godsdienstvrijheid betekenen van ouders die hun zoon vanwege religieuze redenen laten besnijden.<sup>18</sup>

Jongensbesnijdenis kwam ook aan de orde bij de parlementaire behandeling van artikel 1:247 lid 2 BW waarin is opgenomen dat ouders met gezag in de opvoeding geen geestelijk of lichamelijk geweld of enige andere vernederende behandeling

16 Zie: *Aanhangsel Handelingen II* 2004/05, 363 (Antwoord op kamervragen van Hirsi Ali (VVD)), *Kamerstukken II* 2005/06, 30316, nr. 6, p. 9 en *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, 406 (Antwoord op kamervragen van Wiegman-van Meppelen Scheppink (CU)).

17 KNMG, 2010. Besnijdenis wordt gezien als een medische handeling en als een zogenaamde voorbehouden handeling onder de Wet BIG, hetgeen betekent dat alle artsen bevoegd zijn om besnijdenissen uit te voeren. Zie ook de Brief van de minister aan de Tweede Kamer met antwoorden op kamervragen van het Kamerlid Sap (Groen Links) over het toezicht op besnijdenisklinieken (2009Z22412, ingezonden 24 november 2009).

18 *Aanhangsel Handeling II* 2011/12, 406 (Antwoord op kamervragen van Wiegman-Van Meppelen Scheppink (CU)).

toepassen.<sup>19</sup> Naar aanleiding van een vraag van de ChristenUnie of besnijdenis van baby's in de discussie over geweld door ouders in de opvoeding zou moeten worden betrokken, mede gelet op het recht op onaantastbaarheid van het lichaam van artikel 11 Grondwet, antwoordt de minister:<sup>20</sup>

‘Artikel 11 van de Grondwet geldt uiteraard ook voor kinderen en door kindermishandeling wordt de integriteit van het lichaam inderdaad geschonden. Het onderwerp besnijdenis (en dan met name van jongens) is echter van een geheel andere orde, hetgeen de leden van de fractie van de ChristenUnie zullen begrijpen. Er is geen enkele noodzaak of goede reden om dit onderwerp in verband te brengen met de reikwijdte van het wetsvoorstel.’

De minister vindt dus vooralsnog dat jongensbesnijdenis, mits behoorlijk wordt uitgevoerd, niet verboden mag worden. Het wordt niet als (kinder)mishandeling aangemerkt. De beperkte inbreuk op de lichamelijke integriteit valt binnen de godsdienst- en opvoedingsvrijheid van ouders. Omdat jongensbesnijdenis ook niet wordt aangemerkt als foltering, onmenselijke of vernederende behandeling in de zin van art. 3 EVRM, wordt er in de Vreemdelingencirculaire – anders dan voor meisjesbesnijdenis – niet voorzien in een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd voor een zoon (en zijn ouder) die bij uitzetting het reële risico loopt om te worden besneden.

#### **4.2. Jongensbesnijdenis: wat doet de rechter?**

##### *Strafrecht*

Zoals gezegd vindt de minister dat jongensbesnijdenis, mits vakkundig uitgevoerd, niet verboden moet worden. De strafrechter heeft in een enkel geval wel moeten oordelen of een vader die om religieuze redenen zijn twee zoontjes had laten besnijden, zich schuldig had gemaakt aan (zware) mishandeling (met voorbedachte rade). Het gerechtshof meende van niet en sprak de vader vrij, omdat hij geen opzet zou hebben gehad om zijn zoontjes te mishandelen. Daarbij oordeelde het hof – in de lijn van de minister – dat besnijdenis van al dan niet jonge mannen, mits oordeelkundig uitgevoerd niet kan worden gezien als (zware) mishandeling. Daarnaast vond het hof dat het feit dat de besnijdenis heeft plaatsgevonden zonder toestemming van de moeder die over de zoontjes het gezag uitoefende, daar niet

---

19 Wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek teneinde een bijdrage te leveren aan het voorkomen van het gebruik van geestelijk of lichamelijk geweld jegens of van enige andere vernederende behandeling van kinderen in de verzorging en opvoeding, *Stb.* 2007, 145.

20 *Kamerstukken II* 2005/06, 30316, 6, p. 9.

aan afdoet.<sup>21</sup> De Hoge Raad is het niet eens met de laatste overweging van het hof:<sup>22</sup>

‘Onder “mishandeling” in de zin van de art. 300-301 Sr moet worden verstaan het aan een ander toebrengen van lichamelijk letsel of pijn zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. Gelet hierop heeft het Hof door te overwegen dat niet ter zake doet “dat de besnijdenis heeft plaatsgevonden zonder toestemming van de moeder die over de zoontjes het gezag uitoefende”, een onjuiste betekenis toegekend aan (...) de uitdrukking “mishandeling” in art. 301 Sr.’

Het was in deze strafzaak dus cruciaal dat de vader de besnijdenis had laten uitvoeren zonder toestemming van de moeder die het eenhoofdige ouderlijk gezag had.<sup>23</sup> Toestemming van de ouder met gezag of de voogd kan als rechtvaardigingsgrond gelden alsook medische noodzaak. Het belang van toestemming is, volgens Advocaat-Generaal Silvis, wel groter bij een ingreep die niet medisch noodzakelijk is. Ook kan in zo’n geval minder snel worden aangenomen dat toestemming is gegeven dan wanneer er sprake is van medische noodzaak.<sup>24</sup> Besnijdenis zonder toestemming van de ouder die (eenhoofdige of gezamenlijke) gezag heeft is dus wederrechtelijk en levert om die redenen mishandeling op. Dit wordt niet anders als de besnijdenis uit culturele, religieuze of hygiënische motieven wordt gedaan. Niet ter zake is of de ouder meende het kind niet te benadelen, of dat jongensbesnijdenis ‘een van oudsher aanvaard karakter’ zou hebben.<sup>25</sup>

De rechter legt, sinds genoemde uitspraak van de Hoge Raad uit 2011, meer de nadruk op de toestemming van ouders met gezag dan de minister, maar komt tot het zelfde resultaat, namelijk dat jongensbesnijdenis, mits behoorlijk uitgevoerd en met toestemming van de ouders met gezag niet wederrechtelijk is.

21 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690 (r.o. 2.2.2).

22 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690 (r.o. 2.4.2).

23 Voor kinderen jonger dan twaalf jaar is voor medisch noodzakelijke handelingen (in beginsel) toestemming van de ouders nodig. Vergelijk art. 7:450 BW waarin de toestemmingsvereiste wordt geregeld voor kinderen ouder dan twaalf jaar. Overigens meldt A-G Silvis (voetnoot 22) dat de arts die de besnijdenis heeft verricht is berispt door de tuchtrechter omdat hij niet heeft onderzocht of de vader wel het ouderlijk gezag had. Silvis stelt verder dat ‘toestemming mag worden verondersteld voor – vanuit de patiënt bezien – niet-ingrijpende verrichtingen’. Kennelijk wordt besnijdenis als wel ingrijpend aangemerkt. HR 5 juli 2011 (Conclusie Advocaat-Generaal J. Silvis), ECLI:NL:PHR:2011:BQ6690.

24 HR 5 juli 2011 (Conclusie Advocaat-Generaal J. Silvis), ECLI:NL:PHR:2011:BQ6690, (ovw 22).

25 HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3538 (r.o. 2.3 en 2.4).

*Personen- en familierecht*

Jongensbesnijdenis valt dus in beginsel binnen de beslissingsbevoegdheid die ouders ontlenen aan het ouderlijk gezag.<sup>26</sup> Als ouders het niet eens kunnen worden over de besnijdenis van hun zoon, wordt soms de civiele rechter gevraagd om vervangende toestemming te verlenen volgens artikel 1:253a BW.<sup>27</sup> In deze gevallen moet de overheid de belangen van het kind als eerste overweging in acht nemen (art. 3 IVRK).

Uit twee rechtszaken blijkt hoe de rechter dit belang beoordeelt. In het kader van het verzoek van een moeder om vervangende toestemming van de rechter (art. 1:253a BW) voor besnijdenis van haar zoon verbindt de rechter aan het feit dat jongensbesnijdenis een onherstelbare fysieke ingreep is zonder medische noodzaak, de consequentie dat de rechter zich bij een beslissing over een dergelijke ingreep meer terughoudend dient op te stellen dan bij een beslissing van andere aard.<sup>28</sup> De rechter besluit om geen vervangende toestemming te geven.

In een andere rechtszaak wijst de rechter het verzoek van een moeder om haar ondertoezichtgestelde en uithuisgeplaatste zontje van twee jaar te laten besnijden af. Bureau Jeugdzorg was tegen de besnijdenis. De rechterlijke afwijzing was mede ingegeven door de omstandigheid dat de moeder de besnijdenis niet om religieuze redenen wilde, maar met het oog op hygiëne. De rechter overweegt dat besnijdenis om hygiënische redenen in Nederland niet gebruikelijk is. Voor zover er culturele (Antilliaanse) redenen zijn, weegt het zwaarder wat gebruikelijk is in de omgeving van het kind (Nederland en het pleeggezin) waar de toekomst van het jongetje ligt en waarin hij zou afwijken van de jongetjes om hem heen als hij zou worden besneden. Tenslotte, zo stelt de rechter, kan de jongen de ingreep altijd nog doen uitvoeren op een tijdstip waarop hij zich daar zelf een oordeel over kan vormen.<sup>29</sup>

26 Een vader die geen gezag had, maar wel het recht op informatie en consultatie, vroeg bij de rechter om de (met gezag belaste) moeder te verbieden hun twee zonen te besnijden. Hij werd niet-ontvankelijk verklaard: hij had geen medebeslissingsrecht. Zie Rb. Breda 9 juli 1996, *NJ* 1999/38.

27 A-G F.F. Langemeijer merkt op, waarschijnlijk vanwege onder meer naar aanleiding van het hierna te bespreken arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, dat de reikwijdte van art. 1: 253a BW groter is dan de 'opvoedkundige kwesties' waarover indertijd in de Memorie van Toelichting werd gesproken. Hij noemt geschillen over een traditionele besnijdenis of over vaccinaties. Zie HR 25 april 2008 (Conclusie Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer), ECLI:NL:PHR:2008:BC5901.

28 Hof 's-Hertogenbosch 26 november 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AF2955.

29 Rb. Zutphen 31 juli 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BB0833.

De context waarin het kind opgroeit en de mogelijkheid om op latere leeftijd zelf te beslissen vormt ook een belangrijke overweging in de zaak waarin de rechter om vervangende toestemming werd gevraagd.<sup>30</sup>

‘Er is hier sprake van een geschil tussen ouders met verschillende culturen. De man is weliswaar moslim, maar ook Nederlander die in Nederland leeft; de vrouw is Marokkaanse die na haar echtscheiding in Nederland is blijven wonen. Hoewel de besnijdenis van jongetjes van vijf jaar gebruikelijk is in de Islam, gebiedt het moslimgelof de besnijdenis op die leeftijd niet. De besnijdenis kan altijd nog later plaatsvinden, als [het kind] in staat is om zelf te beslissen. Verder is allerminst vast komen te staan dat [het kind] door het (voorlopig) achterwege blijven van de besnijdenis in een sociaal isolement komt te verkeren. [Het kind] is in Nederland geboren en heeft in ieder geval de Nederlandse nationaliteit. Hij is ingebed in de Nederlandse cultuur en gaat naar een openbare school. Gesteld noch gebleken is dat hij op school door de overwegend Turkse jongens die ook moslim zijn, er op aangekeken zal worden als hij niet besneden wordt. Zeker niet doorslaggevend mag de mening van de familie van de vrouw in Marokko zijn.’

Opvallend is dat het afwijken van de jongens om hem heen (op school) in deze zaak anders wordt gewaardeerd dan in de zaak van het Antilliaanse pleegjongetje. Bovendien lijkt de rechter het geschil tussen de ouders tot een cultureel geschil terug te brengen, terwijl er toch ook een religieus geschil is. Hoe dan ook: de Nederlandse context weegt zwaar naast het feit dat jongensbesnijdenis een onherstelbare fysieke ingreep zonder medische noodzaak is, die de jongen later zelf kan laten uitvoeren als hij een leeftijd heeft bereikt waarop hij daarover kan oordelen.

Hiermee legt de rechter opnieuw een ander accent dan de minister. Terwijl de laatste benadrukt dat jongensbesnijdenis geen negatieve gevolgen voor lichamelijk en psychisch functioneren heeft (en de beslissing daarom aan de ouders overlaat en een verbod afwijst), hecht de rechter in het geval de ouders van mening verschillen waarde aan het feit dat jongensbesnijdenis een onherstelbare fysieke ingreep is zonder medische noodzaak. Niettemin kan worden gesteld dat de rechter in de lijn van de minister oordeelt: jongensbesnijdenis valt onder de reikwijdte van het ouderlijk gezag en de rechter stelt zich terughoudend op als de ouders er onderling niet uitkomen.

---

30 Hof 's-Hertogenbosch 26 November 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AF2955, (r.o. 4.4). Het jongetje mocht dus niet worden besneden. Overigens meldt A-G Silvis in voetnoot 22 van zijn Conclusie bij de eerder besproken strafzaak ECLI:NL:PHR:2011:BQ6690, dat de moeder het kind toch in Marokko heeft laten besnijden.

*Vreemdelingenrecht*

De minister rept in de Vreemdelingencirculaire alleen over vrouwelijke genitale verminking; mannen of jongens worden niet genoemd.<sup>31</sup> Jongensbesnijdenis kan wel binnen de bescherming van artikel 3 EVRM en artikel 29 lid 1, aanhef en onder b, Vreemdelingenwet 2000 vallen. Dat blijkt uit de enige vreemdelingrechtelijke uitspraak over jongensbesnijdenis. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State oordeelt namelijk dat de rechtbank ten onrechte niet gemotiveerd heeft waarom de besnijdenis van de zoons van appellante niet kan worden gezien als een ernstige vorm van mishandeling of aantasting van het menselijk lichaam.<sup>32</sup>

**4.3. Meisjesbesnijdenis: wat willen de regering en het parlement?**

Met de komst van asielzoekers uit met name Somalië eind jaren tachtig, wordt meisjesbesnijdenis een Nederlandse kwestie.<sup>33</sup> Ongetwijfeld mede onder invloed van internationale discussies en resoluties, zoals die van de *World Health Assembly* in 1993 en andere documenten zoals de *UN Declaration on the Elimination of Violence Against Women*, komt besnijdenis van vrouwen en meisjes als onderwerp op de parlementaire agenda.<sup>34</sup> Na een korte verkenning, waarbij onder meer de toenmalige Emancipatieraad om advies werd gevraagd,<sup>35</sup> besluit het kabinet dat het gaat om een ernstige vorm van (kinder)mishandeling, die wordt bestreken door het Wetboek van Strafrecht (met name art. 300-304 Sr). Daaraan ligt de overtuiging ten grondslag dat meisjesbesnijdenis een vorm van geweld is, waarvoor geen zwaarwegend motief, dat wil zeggen godsdienstig voorschrift, bestaat. In de woorden van de minister van VWS:<sup>36</sup>

‘Vrouwelijke genitale verminking of meisjesbesnijdenis is een vorm van geweld die terug gaat tot eeuwenoude tradities van stammen. Er is gebleken noch gesteld dat vrouwelijke genitale verminking samenhangt met godsdienstige overtuiging.’

31 Vreemdelingencirculaire 2000 C2/3.2.3 en meer recent: Vreemdelingencirculaire 2013 C2/3.3.

32 ABRvS 23 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA6061.

33 Al in 1983 werd door Tweede Kamerlid Evenhuis-van Essen in de Vaste Commissie voor het Emancipatiebeleid aandacht gevraagd voor vrouwenbesnijdenis. Zij wees er op dat in een aantal andere Europese landen overwogen werd vrouwenbesnijdenis expliciet strafbaar te stellen en vroeg de staatssecretaris (van Emancipatiezaken) wat die dacht van een informatiecampagne, gericht op Afrikaanse gastarbeiders, tegen besnijdenis. UCV 11, 31 januari 1983, 11-39.

34 World Health Assembly resolution on the elimination of female genital mutilation, 2008, WHA61.16. UNGA, 20 December 1993, A/RES/48/104, in het bijzonder art. 2(a).

35 Emancipatieraad, *Besnijdenis van meisjes en vrouwen*, Den Haag: Emancipatieraad 1992.

36 Zie bijv. Brief van de minister van Volksgezondheid, welzijn en sport, 26 augustus 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 22 894 en 29 800 XVI, nr. 66, p. 1.



Alle varianten van meisjesbesnijdenis, ongeacht de ernst van de ingreep of de blijvendheid van de schade, worden afgewezen, ook het ‘symbolische prikje’ dat onder de lichtste vorm (‘overig’) volgens de classificatie van de WHO valt.<sup>37</sup> Dit absolute verbod is ongetwijfeld beïnvloed door de internationale stellingname van met name de WHO, die alle vormen van ‘genitale verminking van vrouwen’ onvoorwaardelijk afwijst als schending van de mensenrechten van meisjes en vrouwen.<sup>38</sup> De praktijk weerspiegelt volgens de organisatie de diep verankerde ongelijkheid tussen mannen en vrouwen, zij dient geen enkel medisch belang maar kan juist ernstige gezondheidsproblemen veroorzaken.<sup>39</sup>

In de context van het strafrecht maakt de wetgever wel een aantal keuzes. In 2005 brengt de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (hierna: RVZ)<sup>40</sup> op verzoek van het kabinet advies uit over de mogelijkheden om vrouwenbesnijdenis effectiever te bestrijden. Dat is aanleiding om opnieuw het geheel aan maatregelen om meisjesbesnijdenis uit te bannen te doordenken.

Het kabinet neemt het voorstel van de RVZ om een specifieke strafbaarstelling te introduceren niet over, omdat er geen extra effect van wordt verwacht, noch voor de opsporing, noch voor de bekendheid van de anti-besnijdenisnorm.<sup>41</sup> Meisjesbesnijdenis wordt wel ingevolge artikel 304 Sr als strafverzwarende omstandigheid aangemerkt van (zware) mishandeling (met voorbedachte rade), zoals strafbaar gesteld in de artikelen 300-303 Sr. Daarnaast worden enkele andere wijzigingsvoorstellen overgenomen. Op het terrein van het strafrecht gaat het met name om het vervallen van het dubbele nationaliteitsvereiste voor strafbaarstelling en om verlenging van de verjaring.<sup>42</sup> Beide wijzigingen beogen slachtoffers van besnijdenis meer kansen te geven om de hulp van de overheid

37 Regeringsstandpunt inzake meisjesbesnijdenis, brief van 16 maart 1993, kenmerk GGB/HIZ/931029.

38 World Health Assembly resolution on the elimination of female genital mutilation, 2008, WHA61.16, UNGA, 20 December 1993, A/RES/48/104.

39 WHO, *Female genital mutilation*, fact sheet, WHO/RHR/14.12, 2014; zie [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112328/1/WHO\\_RHR\\_14.12\\_eng.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112328/1/WHO_RHR_14.12_eng.pdf?ua=1) (laatst bezocht 27 januari 2015).

40 Zie voor het advies en voor het onderzoek dat daaraan ten grondslag ligt: Commissie Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verminking, *Bestrijding vrouwelijke genitale verminking; beleidsadvies, Advies uitgebracht door de Commissie Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verminking aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport*, Zoetermeer 2005 en Commissie Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verminking, *Bestrijding vrouwelijke genitale verminking; onderbouwing advies, Onderbouwing advies uitgebracht bij het advies Bestrijding vrouwelijke genitale verminking van de Commissie Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verminking*, Zoetermeer: 2005; zie [http://rvz.net/uploads/docs/Onderbouwing\\_advies.pdf](http://rvz.net/uploads/docs/Onderbouwing_advies.pdf) (laatst bezocht 27 januari 2015).

41 Bijlage bij kabinetsstandpunt RVZ-advies bestrijding vrouwelijke genitale verminking, 26 augustus 2005, p. 3.

42 *Kamerstukken II* 2004/05, 22894, 66 en bijlage 1; *Stb.* 2006, 11, *Stb.* 2009, 245 en *Stb.* 2013, 484.

middels het strafrecht in te roepen. Met het verlengen van de verjaringstermijn, die pas begint te lopen wanneer het slachtoffer 18 jaar wordt, hoopt de wetgever ook de aangiftebereidheid te vergroten.<sup>43</sup> In 2013 is de rechtsmacht met betrekking tot besnijdenis verder uitgebreid door verruiming van het passief nationaliteitsbeginsel: daders zijn ongeacht nationaliteit of woonplaats strafbaar wanneer het slachtoffer de Nederlandse nationaliteit heeft of in Nederland woonachtig is.<sup>44</sup>

Terughoudender is het kabinet waar het gaat om de door de RVZ voorgestelde uitbreiding van opsporingsmogelijkheden, in het bijzonder een verplichte periodieke lichamelijke controle door een arts, en een meldplicht voor het Advies en Meldpunt Kindermishandeling (AMK, per 1 januari 2015 opgegaan in Veilig Thuis).<sup>45</sup> Beide voorstellen zijn ingegeven met het oog op preventie, in het tweede voorstel met name met het oog op eventuele andere, nog niet besneden dochters in een gezin. Het kabinet wijst een verplichte fysieke controle om verschillende redenen van de hand: verwacht wordt dat een dergelijke verplichting in strijd zal zijn met nationale en internationale regels die de lichamelijke integriteit beschermen. Daarom zal aldus verkregen bewijs onwettig worden verklaard. Bovendien kan een dergelijke verplichting vermijdingsgedrag in de hand werken (ouders brengen hun kind niet meer naar jeugdzorg) hetgeen de risico's voor kinderen vergroot in plaats van kleiner maakt. Een verplichte periodieke keuring voor alle meisjes zou disproportioneel zijn gezien het geringe aantal meisjes dat jaarlijks risico loopt te worden besneden. Verplichte controle voor een specifieke risicogroep acht het kabinet weinig zinvol, omdat de gezinnen waarin de dochters het risico lopen te worden besneden, doorgaans niet bekend zijn als 'probleemgezin', zoals bijvoorbeeld bij gezinnen waar sprake is van 'gewone' mishandeling. Hoewel het kabinet meent dat aangifte door het AMK bij een vermoeden van (dreigende) besnijdenis doorgaans wenselijk is, wijst het kabinet een algemene plicht af, omdat het van belang wordt geacht dat het AMK steeds de ruimte heeft om per geval een afweging te maken die het belang van het kind zo goed mogelijk dient. Wel kiest het kabinet voor de invoering van een verplichte meldcode.

De Wet verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling is inmiddels in 2013 in werking getreden.<sup>46</sup> Deze wet verplicht organisaties in het veld die te maken kunnen krijgen met kindermishandeling, waaronder meisjesbesnijdenis,

43 *Kamerstukken II* 2004/05, 22 894, 66.

44 Wet van 7 maart 2013 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht BES met het oog op de verruiming van de mogelijkheden tot strafrechtelijke aanpak van huwelijksdwang, polygamie en vrouwelijke genitale verminking, *Stb.* 2013, 95.

45 Rijksoverheid: Veilig Thuis, advies en meldpunt huiselijk geweld en kindermishandeling; [www.vooreenveiligthuis.nl](http://www.vooreenveiligthuis.nl) (laatst bezocht 27 januari 2015).

46 De Wet verplichte meldcode maakt onderdeel uit van het Actieplan 'Kinderen Veilig', november 2011.

een meldcode op te stellen.<sup>47</sup> De meldcode is een handleiding voor professionals in het veld, die houvast biedt bij de besluitvorming over hoe te handelen. Bijzonder is dat voor meisjesbesnijdenis op een aantal punten afwijkende stappen worden voorgeschreven, zoals het standaard betrekken van bijvoorbeeld het Meldpunt Kindermishandeling.<sup>48</sup> De reden voor deze afwijkingen op het protocol is gelegen in het feit dat besnijdenis, anders dan doorgaans bij mishandeling, door degenen die het praktiseren wordt beschouwd als in het belang van het kind. Dit wezenlijke verschil vraagt om een andere benadering van de ouders of verzorgers. De Wet verplichte meldcode omvat nadrukkelijk géén meldplicht.

Het kabinet zet om al deze redenen, naast versteviging van de norm, vooral in op preventie, door voorlichting en samenwerking met doelgroepen. Eén organisatie wordt als nationaal kennis- en informatiepunt aangewezen (Pharos).<sup>49</sup>

Meisjesbesnijdenis of het concrete risico daarvan kan echter ook aanleiding zijn voor een kindbeschermingsmaatregel. Het wordt immers aangemerkt als kindermishandeling (art. 1 sub p Wet op de Jeugdzorg) en valt tevens als lichamelijk geweld buiten de omvang van het ouderlijk gezag van artikel 1:247 lid 2 BW.

Ook op het terrein van het vreemdelingenrecht worden maatregelen genomen. Deze zijn eveneens vooral gericht op voorlichting en preventie. In maart 2011 wordt de ‘Verklaring tegen meisjesbesnijdenis’ naar Frans voorbeeld ingevoerd. In de verklaring wordt uiteengezet dat en waarom besnijdenis in Nederland verboden is en beoogt aldus ouders die naar het land van herkomst reizen te beschermen tegen sociale druk aldaar om hun dochters te laten besnijden.<sup>50</sup> De voorlichting over het Nederlandse standpunt inzake besnijdenis wordt ook verder breed uitgedragen, bijvoorbeeld middels een brochure van het ministerie van Buitenlandse Zaken,<sup>51</sup> en door er expliciet aandacht aan te besteden bij

47 Voor een voorbeeld zie b.v. de ‘Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling en aangepaste ambtsinstructie voor leerplichtambtenaren’ van de gemeente ’s-Hertogenbosch, *Gemeenteblad*, nr. 7581, 14 februari 2014, waar in verschillende bepalingen expliciet wordt verwezen naar ‘genitale verminking’.

48 Pharos, *Handelingsprotocol Vrouwelijke Genitale Verminking bij minderjarigen. Uitleg en handvatten bij aanpak VGV voor AMK, RvdK en politie*, 2013, p. 8; zie [www.pharos.nl/documents/doc/handelingsprotocolupdatejuni2013.pdf](http://www.pharos.nl/documents/doc/handelingsprotocolupdatejuni2013.pdf) (laatst bezocht 27 januari 2015). Vgl. ook de talloze gemeentelijke meldcodes en ambtsinstructies, bijv. *Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling en aangepaste ambtsinstructie voor leerplichtambtenaren*, Gemeente ’s-Hertogenbosch, *Gemeenteblad*, nr. 7581, 14 februari 2014, p. 2.

49 Pharos: expertisecentrum voor gezondheidsverschillen, zie [www.pharos.nl](http://www.pharos.nl) (laatst bezocht 27 januari 2015).

50 Ministeries van VWS en V&J, *Verklaring tegen meisjesbesnijdenis*, Den Haag, maart 2011.

51 Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Meisjesbesnijdenis is strafbaar in Nederland*, Den Haag, mei 2010.

inburgeringscursussen.<sup>52</sup> Vrouwen die asiel aanvragen in Nederland omdat zij gevlucht zijn uit vrees voor besnijdenis, of die in Nederland zijn geboren en vrezen om bij gedwongen terugkeer een reëel risico te lopen te worden besneden, kunnen een tijdelijke verblijfsvergunning krijgen als hun vrees gegrond wordt bevonden.<sup>53</sup> Hiermee wordt beoogd bescherming te bieden tegen schending van artikel 3 EVRM, dat foltering, onmenselijke en vernederende behandeling verbiedt. Sinds 2003 is het mogelijk om, in geval van twijfel over de gegrondheid van de vrees voor besnijdenis, een medische verklaring te overleggen waaruit blijkt dat de vrouw niet is besneden. Dit is vooral van belang voor meisjes en vrouwen vanaf vijftien jaar, omdat die doorgaans al zijn besneden.<sup>54</sup> Van een verplichting om zo'n verklaring te overleggen is afgezien. Mensen die zich schuldig hebben gemaakt aan besnijdenis krijgen géén asiel.

Het is duidelijk wat de overheid wil met meisjesbesnijdenis: zij tolereert geen enkele vorm van meisjesbesnijdenis en stelt dat zij het verschijnsel in Nederland wil uitbannen. De strafwet is verduidelijkt – meisjesbesnijdenis wordt als strafverzwarende omstandigheid aangemerkt bij (zware) mishandeling – en behoorlijk aangescherpt. Gehoopt wordt dat de Wet verplichte meldcode kindermishandeling en huiselijk geweld zal leiden tot meer strafrechtelijk en familierechtelijk ingrijpen. In de Vreemdelingenwet 2000 en -circulaire is voorzien in bescherming als er een reëel risico bestaat op meisjesbesnijdenis in het land van herkomst en tenslotte zijn er allerlei preventieve beleidsmaatregelen die bedoeld zijn om invloed uit te oefenen op leden van de culturele groepen waarin een verhoogd risico bestaat op meisjesbesnijdenis.

#### **4.4. Meisjesbesnijdenis: wat doet de rechter?**

##### *Strafrecht*

Ondanks de aanscherpingen in het Wetboek van strafrecht, zijn er vooralsnog geen veroordelingen voor ‘vrouwelijke genitale verminking’ gevolgd. Voor zover het beleid dus gericht is op versterking van de norm, komt deze niet van de rechter. Eenmaal werd bewezen geacht dat een vijfjarig meisje genitaal was verminkt door middel van een scherp voorwerp, maar er was

---

52 *Kamerstukken II* 2005/06, 22894,101, Brief van de minister van Volksgezondheid, welzijn en sport met de eerste jaarlijkse voortgangsrapportage Vrouwelijke genitale verminking (VGV) – Preventiebeleid voor de volksgezondheid.

53 Vreemdelingencirculaire 2013, Deel C-2/3.3, art. 29 lid 1, aanhef en onder b, Vreemdelingenwet 2000.

54 Genitale verminking: wijziging hoofdstuk C1/4.3, Vreemdelingencirculaire 2000, Tussentijds Bericht Vreemdelingencirculaire TBV 2003/48, *Stscrt.* 14 november 2003, nr. 221, p. 13.

onvoldoende wettig en overtuigend bewijs dat de verdachte dat had gedaan.<sup>55</sup> Frankrijk is het enige Europese land waar wel strafvervolgingen zijn ingesteld die ook tot een veroordeling hebben geleid. Dat wordt geweten aan een bijzondere combinatie van factoren, te weten de bereidheid tot signalering en melding door medici en hulpverlening en de acties van belangenorganisaties die zich als civiele partij in een strafproces kunnen voegen.<sup>56</sup> Dat is in Nederland niet mogelijk. De Wet verplichte meldcode kindermishandeling en huiselijk geweld heeft niet geleid tot meer strafrechtelijk (en privaatrechtelijk) ingrijpen.

### *Personen- en familierecht*

Omdat het beleid inzake meisjesbesnijdenis vooral op preventie en samenwerking met de doelgroepen is gericht, ligt het voor de hand dat de familierechter er weinig aan te pas komt. Toch heeft de rechter een enkele keer geoordeeld over een ondertoezichtstelling (art. 1:254 BW) en een ontheffing van het ouderlijk gezag (art. 1:266-267 BW). Voor ondertoezichtstelling zal concreet moeten worden aangetoond dat de zedelijke en geestelijke belangen van het meisje ernstig worden bedreigd en dat andere middelen niet (zullen) helpen. De rechter oordeelde dat daarvoor niet voldoende is dat gevreesd wordt dat een jong meisje besneden zal worden omdat de oudere dochter op jonge leeftijd ook is besneden.<sup>57</sup> Voor ontheffing is vereist dat de ouders onmachtig of ongeschikt moeten zijn om hun dochter op te voeden. In één rechtszaak was de ernstige traumatisering van een meisje als gevolg van mishandelingen, seksueel misbruik en besnijdenis reden voor ontheffing uit het ouderlijk gezag.<sup>58</sup>

### *Vreemdelingenrecht*

Volgens de Vreemdelingencirculaire kunnen ouder en kind een tijdelijke verblijfsvergunning krijgen als er bij terugkeer een reëel risico op genitale verminking bestaat (a) en de autoriteiten van het land van herkomst geen bescherming kunnen of willen bieden aan personen die zich verzetten tegen een dreigende genitale verminking (b) én er bovendien geen vestigingsalternatief in

55 Hier wreekte zich dat er alleen een verklaring lag van een zeer jong slachtoffer, waarmee behoedzaam moet worden omgegaan. Hof Amsterdam, 23 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO8531.

56 R.S.B. Kool et al., *Vrouwelijke genitale verminking in juridisch perspectief. (Rechtsvergelijkend) onderzoek naar de juridische mogelijkheden ter voorkoming en bestrijding van vrouwelijke genitale verminking*, Achtergrondstudie bij het advies 'Bestrijding vrouwelijke genitale verminking' van de Commissie Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verminking, Zoetermeer: 2005, p. 134-135.

57 Hof Leeuwarden 28 september 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN9718. In deze zaak waren verder geen indicaties voor een concreet risico en waren ook enkele contra-indicaties: het meisje was inmiddels aanmerkelijk ouder dan toen haar oudere zus werd besneden en de vader verklaart tegen meisjesbesnijdenis te zijn en geen invloed te hebben gehad op de besnijdenis van zijn oudere dochter.

58 Hof Leeuwarden 8 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW 7340.

het land van herkomst aanwezig wordt geacht (c).<sup>59</sup> In de jurisprudentie gaat het vaak om de vraag of de vreemdeling voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er is voldaan aan deze – of aanvullende voorwaarden – uit de Vreemdelingencirculaire dan wel of de Nederlandse overheid de verwerping van het beroep voldoende heeft gemotiveerd.<sup>60</sup> De rechter eist dat het bestuur in ieder geval serieus onderzoekt of er een reëel risico is. De Rechtbank 's-Gravenhage zegt het als volgt:<sup>61</sup>

‘Bescherming op grond van artikel 3 van het EVRM dient te geschieden aan de hand van een full scrutiny. FGM valt als zodanig onder een risico als bedoeld in artikel 3 van het EVRM. De rechtbank stelt vast dat in casu nog veel onduidelijkheid bestaat over FGM in Tsjaad. Eiseres (de vreemdeling, VdB & T) heeft door stukken te overleggen een begin van bewijs geleverd dat sprake is van een dergelijk risico. Gelet op de ernst en aard van het te schenden recht kon verweerder niet volstaan met de enkele overweging dat de in beroep overgelegde verklaring van de voorzitter van de Tsjadische Liga voor de Rechten van de Mens is gebaseerd op informatie uit “onafhankelijke bronnen” zonder enig inzicht te verschaffen in welke bronnen dat zijn en op grond waarvan die bronnen als onafhankelijk te beschouwen zijn. In dat verband klemt te meer dat er geen algemeen ambtsbericht van Tsjaad beschikbaar is, hetgeen voor risico en rekening van verweerder dient te blijven.’

Daarnaast zal de Nederlandse bestuurlijke overheid moeten onderzoeken of de autoriteiten in het land van herkomst in het algemeen bescherming bieden aan personen die geen besnijdenis willen. Ingeval de Nederlandse overheid meent dat dit het geval is, is het aan de vreemdeling om aannemelijk te maken dat het vragen van bescherming voor haar gevaarlijk of bij voorbaat (of gebleken) zinloos is.<sup>62</sup>

59 Vreemdelingencirculaire 2000 C2/3.2.3. resp. Vreemdelingencirculaire 2013 C2/3.3.

60 Ook speelt in veel procedures de kwestie op welk moment de vrees voor besnijdenis van een dochter moest worden aangevoerd. Kan het de vreemdeling tegengeworpen worden dat het niet bij de eerste aanvraag voor een verblijfsvergunning is gedaan of is het een nieuw feit in een nieuwe procedure? Zie: ECLI:NL:RBSGR:2002:AE9270, ECLI:NL:RVS:2002:AE1165, ECLI:NL:RVS:2008:BD5503, ECLI:NL:RVS:2010:BO8049 resp. ECLI:NL:RVS:2002:AE8410, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG4023, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG5798 en ECLI:NL:RBSGR:2011:BU8355.

61 Rb. 's-Gravenhage 1 april 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC9095.

62 In de jurisprudentie wordt deze bewijslastverdeling nader geconcretiseerd. Zo kan het niet verboden zijn van vrouwenbesnijdenis in het land van herkomst een indicatie zijn dat het inroepen van bescherming zinloos is, maar een strafbaarstelling of feitelijke inspanningen van de overheid zijn onvoldoende om het tegendeel aan te nemen, want als de maatschappelijke steun ontbreekt, kan dat erop wijzen dat de autoriteiten onvoldoende steun kunnen bieden. Zie: ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9017 (Nigeria), ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ2325 (Egypte) en ECLI:NL:RBSGR:2012:BW3713 (Egypte).

Uit de tientallen zaken waarin een ouder een beroep doet op de relevante bepaling uit de Vreemdelingencirculaire blijkt dat vooral Afrikaanse moeders vrezen voor besnijdenis van hun minderjarige dochter bij terugkeer. Zij raken verwickeld in de bewijslastverdeling die samenhangt met de omstandigheid dat de beschermingsplicht van de Nederlandse staat pas ontstaat als de moeder voldoende aannemelijk kan maken dat zij die bescherming niet zelf kan bieden of met behulp van de staat van herkomst niet kan realiseren.

De Nederlandse bestuurlijke overheid lijkt de plicht tot bescherming niet graag op zich te willen nemen. Soms tikt de vreemdelingenrechter het bestuur dan flink op de vingers. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de volgende rechterlijke overweging waarin de rechter de verweerder (de Nederlandse staat) onredelijk beleid verwijt:<sup>63</sup>

‘Zoals door deze rechtbank en nevenzittingsplaats eerder is overwogen bij uitspraak van 7 september 2004 (LJN: AR5501) is de ratio van verweerders beleid terzake van genitale verminking dat met name jonge kinderen hieraan niet worden blootgesteld en dat daartegen bescherming wordt geboden. De ouder van het kind krijgt vervolgens eveneens bescherming. De uitwerking van verweerders beleid zou zijn dat verweerder eiseres een verblijfsvergunning zou onthouden omdat haar dochter de Nederlandse nationaliteit heeft, terwijl zij deze vergunning mogelijk wel zou krijgen indien haar dochter de Egyptische nationaliteit zou hebben. Verweerder heeft geen nadere motivering gegeven voor dit onderscheid naar nationaliteit. De rechtbank is dan ook van oordeel dat verweerders standpunt terzake niet is gebaseerd op een redelijk beleid. Gelet daarop kan het door verweerder gestelde vereiste, dat de aanvraag mede namens de dochter moet zijn ingediend, evenmin als een redelijk vereiste worden aangemerkt.’

Uit de jurisprudentie komt dus het beeld naar voren dat de rechter vindt dat het bestuur niet steeds zorgvuldig onderzoekt of verantwoordt of aan de voorwaarden van de Vreemdelingencirculaire wordt voldaan.

#### ***4.5. Vergelijking jongens- en meisjesbesnijdenis***

Uit de voorgaande bespreking van wat de overheid wil, doet en kan op de diverse rechtsgebieden, blijkt dat de overheid anders reageert op jongensbesnijdenis dan op meisjesbesnijdenis. Vooralsnog is de bestuurlijke cq. wetgevende overheid bij monde van de minister van mening dat jongensbesnijdenis, mits behoorlijk uitgevoerd, vanwege het ontbreken van schadelijke gevolgen voor het kind binnen de godsdienstige opvoedingsvrijheid van de ouder(s) valt. De overheid vindt dat zij in beginsel niet strafrechtelijk mag ingrijpen; jongensmishandeling

63 Rb. 's-Gravenhage 9 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ2325.

kan in beginsel niet als mishandeling worden gekwalificeerd en valt onder de reikwijdte van het ouderlijk gezag.

De rechter sanctioneert deze benadering van jongensbesnijdenis als gezagskwestie. Zij komt er aan te pas als er geen toestemming van (bei)de ouder(s) met gezag is. De inbreuk op de lichamelijke integriteit van het kind wordt dan in het strafrecht een probleem. Bij gebrek aan ouderlijke toestemming geeft de civiele rechter niet snel een vervangende toestemming, en lijkt de beslissing aan het kind op oudere leeftijd over te willen laten. Van belang bij deze afweging is het ontbreken van een medische noodzaak, de onherstelbaarheid van de fysieke ingreep, de Nederlandse culturele context en de individuele autonomie van het kind. Vervangende toestemming zal wel worden gegeven als het kind anders in een sociaal isolement terecht komt. In het vreemdelingenrecht speelt jongensbesnijdenis eigenlijk geen rol.

Hier staat tegenover dat de overheid geen enkele vorm van meisjesbesnijdenis tolereert en het verschijnsel in Nederland wil uitbannen. De wetgever heeft de ontoelaatbaarheid in de strafwet verduidelijkt en behoorlijk aangescherpt, maar omdat het onwenselijk of onmogelijk is om zo'n 'intieme' kwestie als meisjesbesnijdenis effectief op te sporen, blijft strafrechtelijke handhaving of de toepassing van kindbeschermingsmaatregelen door bestuurlijke en rechterlijke instanties goeddeels achterwege.

Er wordt meer ingezet op het voorkomen van meisjesbesnijdenis door instanties als jeugdzorg en het meldpunt kindermishandeling. Voor zover preventie echter kan meebrengen dat een buitenlandse ouder met kind in Nederland zo nodig een verblijfsvergunning krijgt, gaat de bestuurlijke overheid, volgens de rechter, niet altijd zorgvuldig en redelijk te werk.

Het grootste verschil in de overheidsbenadering van jongens- en meisjesbesnijdenis is dus gelegen in het uitgangspunt dat de beslissing van ouders om hun zonen te besnijden in beginsel getolereerd moet worden, terwijl de beslissing van ouders om hun dochters te besnijden onder alle omstandigheden onaanvaardbaar wordt geacht.

Dit brengt met zich mee dat in geval van jongensbesnijdenis de verhouding tussen ouders en overheid pas in beeld komt als er iets met die beslissing aan de hand is. Dan is vooral de *rechter* aan zet op het terrein van strafrecht en familierecht. In geval van meisjesbesnijdenis wordt sterk ingezet op de norm dat meisjesbesnijdenis volstrekt ontoelaatbaar is. De *wetgever* heeft voortvarend normen gesteld op het terrein van het strafrecht, maar het zwaartepunt van de uitvoering van het beleid ligt bij de *bestuurlijke* instanties binnen het jeugd(beschermings)recht. De *rechter* buigt zich echter het vaakst over de aannemelijkheid van een reëel risico op meisjesbesnijdenis in het kader van het vreemdelingenrecht.



De belangrijkste reden voor het verschil in overheidsbenadering van jongens- en meisjesbesnijdenis is het verschil in schadelijkheid van de ingreep voor het kind, alsmede de onderliggende vrouwonvriendelijke opvattingen bij meisjesbesnijdenis. Dat leidt ertoe dat sommige argumenten bij jongensbesnijdenis relevant worden geacht, maar bij meisjesbesnijdenis niet. Zo speelt godsdienstvrijheid bij jongensbesnijdenis wel een rol, maar wordt dat bij meisjesbesnijdenis ontkend, en waar sociaal isolement van een onbesneden jongetje een punt van overweging kan zijn, is dat bij meisjesbesnijdenis niet het geval.

Toch worden de laatste tijd enkele kanttekeningen geplaatst bij het verschil in benadering van jongens- en meisjesbesnijdenis. Zo wordt bijvoorbeeld gesteld dat jongensbesnijdenis niet zo onschadelijk is als velen denken, en hoewel meisjesbesnijdenis zeer ernstige fysieke en psychische schade kan toebrengen, gaat het wat ver om ook de lichtste vorm ook als zeer schadelijk en vrouwonvriendelijk aan te merken.

## 5. Hoe vanzelfsprekend is het beleid van de overheid?

Hiervoor is het standpunt van de overheid uiteengezet ten aanzien van ouders die hun kinderen al dan niet willen laten besnijden en de wijze waarop de overheid dit vorm geeft in wetgeving, rechtspraak en bestuurlijk beleid. Verondersteld mag worden dat wat de overheid wil en doet ten minste gedeeltelijk bepaald wordt door wat zij *mag* dan wel *moet* doen. Bij jongensbesnijdenis wordt steeds vaker de vraag opgeworpen of de overheid niet verder zou moeten gaan in de bescherming van de lichamelijke integriteit van de jongen en bij meisjesbesnijdenis wordt een enkele keer de vraag gesteld of de overheid niet te ver ingrijpt in de culturele vrijheid van de ouders van het meisje. Deze vragen laten zien dat er meerdere conflicterende morele waarden en juridische beginselen een rol spelen, waarbij er niet steeds sprake is van een hiërarchie in waarden en beginselen. Daardoor is het niet altijd onmiddellijk duidelijk is wat de overheid mag of moet doen.<sup>64</sup>

Hoewel er nog steeds vrij grote maatschappelijke consensus is over wat de overheid mag of moet doen met betrekking tot besnijdenis van minderjarige kinderen, wordt in de rechtswetenschappelijke literatuur de legitimiteit van het overheidsoptreden met betrekking tot de beslissingsvrijheid van ouders soms voorzichtig ter discussie gesteld. Dit geldt niet zozeer voor het vreemdelingenrecht, maar wel voor de normstelling in het strafrecht en in het verlengde daarvan voor het personen- en familierecht.

Hieronder wordt deze discussie in de Nederlandse rechtswetenschappelijke literatuur kort weergegeven en geanalyseerd teneinde een duidelijker beeld te

64 Zie S. Wahedi, 'De wederrechtelijkheid van jongensbesnijdenis; een ethische uitdaging voor het strafrecht?', *NJB* 2012, afl. 44/45, p. 3104.

krijgen hoe het handelen van de overheid normatief kan worden beoordeeld. Eerst wordt voor jongensbesnijdenis weergegeven welke argumenten in de literatuur worden aangedragen voor het niet ingrijpen van de overheid, gevolgd door argumenten die dit ter discussie stellen (paragraaf 5.1). Daarna worden de argumenten besproken die in de literatuur worden genoemd om het bestrijden van meisjesbesnijdenis door de overheid te bepleiten, gevolgd door kritische kanttekeningen van een auteur die vraagtekens zet bij de bestrijding van alle vormen van meisjesbesnijdenis (paragraaf 5.2). Tenslotte wordt de discussie over jongens- en meisjesbesnijdenis vergeleken en geanalyseerd (paragraaf 5.3).

### **5.1. Jongensbesnijdenis: discussie in de literatuur**

#### *Argumenten voor handhaving van de ouderlijke vrijheid*

Argumenten die de vrijheid van ouders om hun zonen te besnijden in relatie tot de overheid bepleiten, zijn doorgaans gebaseerd op noties van godsdienstvrijheid en in het verlengde daarvan de ouderlijke opvoedvrijheid enerzijds en lichamelijke integriteit van het kind anderzijds.

#### *Godsdienstvrijheid en opvoedvrijheid*

Niemand ontkent dat besnijdenis van jongens, zoals in Nederland gepraktiseerd, binnen de reikwijdte van godsdienstvrijheid valt, zoals verwoord in onder meer artikel 6 van de Grondwet, artikel 9 van het EVRM en artikel 18 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR). Het is een ritueel dat binnen de joodse en islamitische godsdienstige traditie in sterkere of minder sterkere mate als verplichting wordt ervaren. Het nakomen van een religieus voorschrift valt binnen de reikwijdte van de godsdienstvrijheid. In de literatuur heeft men steeds de godsdienstvrijheid van de ouders op het oog. Voor zover er aandacht is voor de godsdienstvrijheid van het jonge kind, wordt gesteld dat die samenvalt met die van de ouders.<sup>65</sup> Ouders hebben op grond van diverse mensenrechtelijke bepalingen het recht om hun kinderen godsdienstig op te voeden.<sup>66</sup>

Uiteraard hebben ouders ook los van hun godsdienstige overtuiging de vrijheid om hun kinderen naar eigen inzicht op te voeden. Het recht op respect voor het privé- en gezinsleven waarborgt die opvoedvrijheid (vgl. art. 10 GW, art. 8 EVRM en art. 23 lid 1 IVBPR). Dit impliceert dat ouders namens hun kind mogen beslissen, als deze een leeftijd heeft waarop hij zelf niet kan beslissen.

De godsdienstvrijheid (of opvoedvrijheid) van ouders is echter niet onbeperkt. Een inbreuk op de godsdienstvrijheid kan gerechtvaardigd zijn (volgens

---

65 M. de Blois, 'Jongensbesnijdenis en het recht', *Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht* 2012, afl. 6, p. 67.

66 Dit staat met zoveel woorden in art. 18 lid 4 IVBP en art. 14 lid 2 IVRK.

art. 9 EVRM), mits voorzien bij de wet en noodzakelijk in een democratische samenleving ter bescherming van onder meer de gezondheid of de rechten of vrijheden van anderen. Er moet in geval er algemene belangen of rechten of vrijheden van anderen botsen met de godsdienstvrijheid of opvoedvrijheid een afweging worden gemaakt welk recht of belang zwaarder telt.

### *Lichamelijke integriteit*

In de literatuur wordt in dit verband soms gewezen op de lichamelijke en psychische risico's van jongensbesnijdenis. Deze gezondheidsrisico's zijn niet heel groot, maar wel aanwezig, zo blijkt uit diverse publicaties van medici.<sup>67</sup> Anderzijds wordt ook wel gesteld dat besnijdenis belangrijke medische voordelen zou hebben.<sup>68</sup> Dit staat echter geenszins vast. Het lijkt erop dat degenen die ertoe neigen de vrijheid van ouders inzake jongensbesnijdenis te verdedigen, de risico's doorgaans als niet ernstig inschatten. De inbreuk op het recht op de lichamelijke integriteit van een jongen die een rechtvaardiging zou kunnen vormen voor een beperking van de godsdienstvrijheid of opvoedvrijheid van de ouders, weegt door die inschatting dat de risico's niet ernstig zijn, minder zwaar.

Het recht op lichamelijke integriteit wordt vermeld in artikel 11 Grondwet. Deze bepaling is juridisch gezien echter weinig afgebakend. Beers meent dan ook dat 'niet onmiddellijk duidelijk [is] wat de precieze normatieve betekenis is voor de regulering' van bijvoorbeeld jongensbesnijdenis.<sup>69</sup> Een verwijzing naar artikel 11 Grondwet heeft dan ook vooral waarde als moreel argument. Het morele argument gaat uit van persoonlijke (individuele) autonomie als notie van lichamelijke integriteit en van menselijke waardigheid.

In de verdere afweging tussen godsdienstvrijheid en opvoedvrijheid van de ouders enerzijds en de lichamelijke integriteit van het jonge kind wordt aan de instemming van *beide* ouders met de besnijdenis belang gehecht ter vervanging van de uitoefening van persoonlijke autonomie van de jonge jongen. De Blois werpt als enige de vraag op hoe de eis van toestemming van beide ouders zich verhoudt tot de godsdienstvrijheid van de vader die in de joodse traditie de exclusieve verplichting heeft om zijn mannelijke nakomelingen te besnijden.<sup>70</sup> Hiermee lijkt De Blois te suggereren dat de vader die tegen de wil van de moeder ingaat niet strafbaar zou mogen zijn, en dat de rechter bij onenigheid tussen de ouders, de wens van de vader om wel te besnijden zwaarder moet laten wegen dan die van de moeder. De strafrechter heeft zich nog niet uitgelaten over betekenis van de exclusieve verplichting van een joodse vader om zijn zoon te besnijden voor

67 Zie hiervoor: KNMG, 2010.

68 De Blois 2012, p. 69.

69 B.C. van Beers, *Artikel 11 – Onaantastbaarheid van het lichaam* (paragraaf 3), [www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?register=11](http://www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?register=11) (laatst bezocht 27 januari 2015).

70 De Blois 2012, p. 63.

de toestemming van de moeder. Wel vond de strafrechter in 2014 de religieuze verplichting van een islamitische vader (zonder gezag) niet relevant, omdat de moeder (met gezag) geen toestemming voor de besnijdenis had gegeven.<sup>71</sup> Nieuwenhuis meent dat (beide) ouders in geval van jongensbesnijdenis namens hun kind mogen beslissen, omdat het kennelijk niet tegen de wil van het kind is. Hij wijst erop dat de meeste volwassen mannen niet klagen over hun besnijdenis op jongere leeftijd.<sup>72</sup> Dit komt neer op een instemming van het kind achteraf.

Naast persoonlijke autonomie als uitdrukking van menselijke waardigheid die achter de notie van een persoonsgerichte benadering van lichamelijke integriteit ligt, worden door enkele auteurs ook andere benaderingen van lichamelijke integriteit onderkend. Deze alternatieve benaderingen van lichamelijke integriteit verlaten het idee van individuele keuze. Het kan daarbij gaan om ‘een oorspronkelijker betekenis van menselijke waardigheid, een nagalm van het latijn: *dignitas*, rang, eer, aanzien’.<sup>73</sup> Een lichamelijke markering geeft in dat geval erkenning door de (geloofs)gemeenschap. Hiernaast kan de zogenaamde ‘lichaamsbenadering van lichamelijke integriteit’ worden genoemd, die niet uitgaat van verplichtingen van anderen jegens het eigen lichaam, maar om eigen verplichtingen ten opzichte van het eigen lichaam.<sup>74</sup> Veel joodse mannen vinden besnijdenis geen individuele keuze, maar een gebod van God en veel Islamitische mannen vinden het een vorm van zorg voor lichamelijke gezondheid en een teken van de religieuze overtuiging. Besnijdenis wordt door hen niet ervaren als een aantasting van het lichaam en kan zelfs gezien worden als een perfectionering van het lichaam, volgens religieus-esthetische standaarden.<sup>75</sup> Volgens deze opvatting is jongensbesnijdenis in het geheel geen inbreuk op lichamelijke integriteit en is dat dus ook geen argument om de godsdienstvrijheid van de ouders te beperken.

Vooral de godsdienstvrijheid en in mindere mate de opvoedvrijheid van ouders blijkt in de literatuur een sterk argument om in de verhouding tussen overheid en ouders, aan ouders de vrijheid te laten hun zoon te besnijden. De inbreuk op de gezondheid en lichamelijke integriteit wordt niet zwaarwegend genoeg bevonden om de godsdienstvrijheid en/of opvoedvrijheid van de ouders door een overheidsverbod te beperken. Hooguit wordt een beperking door de overheid

---

71 HR 9 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3538.

72 J.H. Nieuwenhuis, ‘Multicultureel recht: hoe is het mogelijk?’ In: W. van der Burg, C.J.M. Schuyt & J.H. Nieuwenhuis (Eds.), *Multiculturaliteit en recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 138), Deventer: Kluwer 2008, p. 157. Gezien de protestbewegingen van besneden volwassen mannen in de Verenigde Staten (de ‘foreskin restoration movements’), lijkt hier wat op af te dingen. Zie deel 6 in G. Denniston, F. Hodges & M.F. Milos (eds.), *Male and Female Circumcision. Medical, legal and ethical considerations in Pediatric Practice*, Boston: Springer 1999.

73 Nieuwenhuis 2008, p. 154.

74 Dekkers, Hoffer & Wils, 2006, p. 166-167 en Van Beers (paragraaf 4).

75 Dekkers, Hoffer & Wils, 2006, p. 159-177.

aanvaard om de zorgvuldige uitvoering van jongensbesnijdenis te verzekeren. In het verlengde hiervan wordt een verbod ook afgewezen vanwege de vrees dat besnijdenis zal worden uitgevoerd door medisch niet gekwalificeerde personen in omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat er vaker en ernstigere complicaties optreden dan nu het geval is en daarmee niet in het belang van het kind is.<sup>76</sup>

*Argumenten tegen handhaving van de ouderlijke vrijheid*

Niet iedereen gaat mee in bovenstaande redeneringen. Argumenten tegen handhaving van de ouderlijke vrijheid om jongens te besnijden, verwijzen steevast naar de ongerechtvaardigde inbreuk op de lichamelijke integriteit van het kind. Hierdoor verschuift de aandacht van de vraag of de overheid *mag* ingrijpen in de godsdienst c.q. opvoedvrijheid van de ouders naar de vraag of de overheid *moet* ingrijpen ter bescherming van de lichamelijke integriteit van het kind.

Lichamelijke integriteit wordt ook hier op verschillende manieren opgevat. Allereerst wordt de notie van lichamelijke integriteit begrepen als (afweer) recht om te worden gevrijwaard van inbreuken op het lichaam door anderen. Deze inbreuk wordt als ongerechtvaardigd beoordeeld als een ingreep medisch niet noodzakelijk is en pijn en lijden bij het kind veroorzaakt, dan wel risico's op complicaties geeft. Besnijdenis vanwege niet medische redenen wordt dan ontoelaatbaar geacht, ongeacht culturele of religieuze redenen om te besnijden en ongeacht de mate en duur van het lijden. Deze ruime opvatting van lichamelijke integriteit maakt een vergelijking met meisjesbesnijdenis mogelijk. Jongens- en meisjesbesnijdenis worden immers gelijke gevallen als er niet gelet wordt op de soort niet-medische redenen van de besnijdenis en de ernst van het lijden. In beide gevallen kan er dan worden gesproken van traditionele praktijken die schadelijk zijn voor de gezondheid (art. 24 lid 3 IVRK).<sup>77</sup>

Daarnaast wordt lichamelijke integriteit wel opgevat als de vrijheid van kinderen om zelf te beslissen over ingrepen in of aan hun lichaam. Dit komt neer op een notie van zelfbeschikking die verder gaat dan het (afweer)recht om te worden gevrijwaard van inbreuken op het lichaam door anderen en die voorbij gaat aan de mogelijkheid dat ouders vervangende toestemming kunnen geven. Volgens Limborgh is het hierbij van belang dat 'de beslissing van de ouders (...) vergaande en blijvende gevolgen heeft op enkele belangrijke vrijheden van hun zonen'.<sup>78</sup> In deze overweging blijkt de onherstelbaarheid en het gewicht van de vrijheden die in het geding zijn belangrijke elementen in de argumentatie. Behalve de vrijheid

76 KNMG 2010, p. 4 en De Kinderombudsman, *Jongensbesnijdenis alleen onder strikte voorwaarden*, 2014, [www.dekinderombudsman.nl](http://www.dekinderombudsman.nl) (laatst bezocht 27 januari 2015).

77 J. Smith, 'Male circumcision and the Rights of the Child', in: M. Bulterman, A. Hendriks & J. Smith (eds.), *To Baehr in Our Minds: Essays on Human Rights from the Heart of the Netherlands*, Utrecht: SIM 1998, p. 498.

78 W.M. Limborgh, *Culturele vrijheid en het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 177.

om zelf over ingrepen aan het eigen lichaam te beslissen kan hier worden gedacht aan de vrijheid van jongens om te beslissen over hun lidmaatschap van culturele en religieuze groepen en al dan niet een symbool van zo'n groep te dragen. Cliteur meent dat hiermee het recht op godsdienstvrijheid van het kind, meer specifiek het recht op apostasie wordt aangetast en stuurt aan op een verbod.<sup>79</sup> Limborgh meent dat de keuze voor besnijdenis overgelaten zou moeten worden aan jongens op latere leeftijd, met eventueel een symbolische besnijdenis op jongere leeftijd.<sup>80</sup>

## 5.2. *Meisjesbesnijdenis: discussie in de literatuur*

*Argumenten voor handhaving van het verbod op elke vorm van meisjesbesnijdenis*  
In de literatuur waarin het standpunt wordt verdedigd dat het verbod op alle vormen van meisjesbesnijdenis moet worden gehandhaafd, verloopt de argumentatie ongeveer als volgt: allerlei mensenrechten van meisjes worden door besnijdenis geschonden, die schending is zo ernstig dat daar geen rechtvaardiging voor is op basis van godsdienstvrijheid of culturele identiteit en de overheid heeft de (internationaalrechtelijke) substantiële *verplichting* om meisjes effectief te beschermen, inclusief het nemen van redelijke preventieve maatregelen tegen besnijdenis als ernstige schending van hun mensenrechten.<sup>81</sup>

De internationale mensenrechten van meisjes die in dit verband worden genoemd zijn: het recht om gevrijwaard te worden van foltering, onmenselijke of vernederende behandelingen, het recht op lichamelijke integriteit, het recht op gezondheid mede in verband met schadelijke traditionele gebruiken dan wel sociale en culturele gebruiken die de minderwaardigheid van vrouwen bevestigen en het non-discriminatiegebod.<sup>82</sup>

Een uitzondering op het verbieden van meisjesbesnijdenis voor een symbolische vorm van meisjesbesnijdenis wordt op grond van normatieve, praktische en/of strategische argumenten afgewezen. De normatieve argumenten doen een beroep op de lichamelijke en seksuele integriteit van het meisje (een sneetje of een prikje blijft een fysieke aantasting in strijd met het afweerrecht op lichamelijke

79 P. Cliteur, 'Morele en immorele religieus gelegitimeerde praktijken in het gezondheidsrecht', in: *Ethiek en gezondheidsrecht*, Preadvisie uitgebracht voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2014, p. 96, zoals aangehaald in: M. Westerduin, Y. Jansen en K. Neutel, 'Jongensbesnijdenis tussen religie, recht en geschiedenis', *Filosofie & Praktijk* 2014/35, afl. 3, p. 41.

80 Limborgh 2011, p. 172-177.

81 Zie bijvoorbeeld voor de uitwerking van overheidsverplichtingen: R. Kool, 'The Dutch Approach to Female Genital Mutilation in View of the ECHR: The Time for Change Has Come', *Utrecht Law Review* 2010/6, Iss. 1, p. 51-61.

82 Zie bijvoorbeeld R.S.B. Kool et al. 2005, p. 18 en W. Thomassen, R. Holtmaat en A. van Duin, 'Het toelaten van symbolische meisjesbesnijdenis: een slecht teken', *NJB* 2009, afl. 5, p. 317-319. Hierbij wordt verwezen naar algemene mensenrechtenverdragen (m.n. art. 3 en 8 EVRM resp. art. 2 en 7 IVBPR, art. 12 IVESCR), het Vrouwenverdrag (m.n. art. 1 en 5) en het Kinderrechtenverdrag (m.n. art. 24 lid 1 en 3).

integriteit) en op het bevestigen van een negatief beeld van vrouwen (óók in geval van een zogenaamd symbolische besnijdenis) die niet als autonome individuen kunnen beslissen over hun leven, inclusief hun seksualiteit. Praktische en strategische argumenten liggen in de sfeer van de aantasting van de helderheid van de norm (waar ligt de grens tussen ‘symbolische’ en ‘echte’ besnijdenis), waardoor de verbodsnorm – ook voor de fysiek meer ingrijpende vormen – zijn gezag kan verliezen.<sup>83</sup>

*Argumenten tegen handhaving van het verbod op elke vorm van meisjesbesnijdenis*  
Niet iedereen is ervan overtuigd dat elke vorm van meisjesbesnijdenis ontoelaatbaar is. Zo heeft Limborgh een pleidooi gehouden om de lichtste vorm toe te staan.<sup>84</sup> Zijn argumentatie komt op het volgende neer. Culturele vrijheid vormt een sterk argument voor het tolereren van alle vormen van meisjesbesnijdenis, want culturele vrijheid is belangrijk voor het menselijk welzijn. Er zijn echter ook sterke tegenargumenten die liggen in de aantasting van het vermogen van meisjes om een goede gezondheid te genieten, te genieten van seks en om onnodige pijn te vermijden. Daarom is er een afweging nodig. Die afweging valt ten gunste van de vrijheden van meisjes uit in geval van de drie ernstigste vormen van meisjesbesnijdenis. Bij deze drie vormen worden meisjes blijvend en diepgaand aangetast in hun vrijheden. Bij de lichtste (symbolische) meisjesbesnijdenis is er geen blijvende en ernstige aantasting van haar gezondheid en wordt haar slechts kortstondig pijn toegebracht. Wel is in dit geval haar zelfbeslissingsrecht en lichamelijke integriteit aangetast en zou het vanuit de vrijheid van meisjes te prefereren zijn dat zij later beslist. Toch vindt Limborgh het toelaatbaar als ouders de vrijheid krijgen om te beslissen voor het jonge meisje, omdat het een lichte ingreep is en het meisje later zelf nog een keuze heeft tot welke culturele groep ze wil behoren.<sup>85</sup>

83 Thomassen, Holtmaat en Van Duin 2009, p. 317-319, M. van Berkum, M. Exterkate en Z. Naleie, ‘Meisjesbesnijdenis dient nooit te worden getolereerd!’, *NJB* 2009, p. 319-320, K. Bleeker, ‘Reactie op het artikel van Wouter Limborgh: ‘Dient meisjesbesnijdenis op culturele gronden te worden getolereerd? *NJB* 2008, 1970’, *NJB* 2009, p. 321, W. van den Burg, ‘Culturele diversiteit en de democratische rechtsstaat’, Preadvies *Multiculturaliteit en Recht*, (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, 1) Deventer: Kluwer 2008, p. 50.

84 W. Limborgh, ‘Dient meisjesbesnijdenis op culturele gronden te worden getolereerd?’ *NJB* 2008, p. 2514-2520 en Limborgh 2011, p. 166-172.

85 Op 14 januari 2015 heeft een Britse rechter in de zaak *B and G (Children) (No 2) [2015] EWFC 3*, Case No: LJ13C00295) r.o. 72-73, geoordeeld dat de lichtste vorm van meisjesbesnijdenis fysiek even schadelijk kan zijn als jongensbesnijdenis, maar dat vanwege twee verschillen met jongensbesnijdenis, namelijk de godsdienstige grondslag en de (weliswaar omstreden) medische of hygiënische voordelen van jongensbesnijdenis, de lichtste vorm van meisjesbesnijdenis volgens het familierecht niet onder ‘reasonable parenting’ valt en jongensbesnijdenis wel.

### **5.3. De discussie geanalyseerd**

In de rechtswetenschappelijke discussie over jongens- en meisjesbesnijdenis speelt het recht op lichamelijke integriteit een prominente rol en krijgt deze verschillende betekenissen. Er kunnen in dit verband drie betekenissen worden onderscheiden die richtinggevend zijn voor de vraag wat de overheid mag of moet doen. Ten eerste geldt dat naarmate lichamelijke integriteit meer de betekenis krijgt van individuele beslissingsmacht van het kind, ongeacht de mate van aantasting van het lichaam, zowel jongens- als meisjesbesnijdenis problematischer wordt. In de tweede plaats geldt dat, besnijdenis van zowel jongens als meisjes als minder problematisch wordt beschouwd, naarmate lichamelijke integriteit meer relationeel wordt ingevuld. Dat wil zeggen wanneer het wordt beschouwd als onderdeel van een godsdienstige of culturele opvoeding waarbij ouders geacht worden de instemming van het kind te kunnen vervangen, mits de aantasting van het lichaam beperkt is. Als, ten derde, lichamelijke integriteit echter begrepen wordt als het recht om te worden gevrijwaard van foltering, onmenselijke of vernederende behandeling, dan is besnijdenis van meisjes per definitie een probleem.

Ten aanzien van jongensbesnijdenis volgen de minister en de strafrechter de tweede betekenis. De familierechter die moet oordelen wanneer ouders er onderling niet uitkomen, ontleent zijn toetsingscriteria aan de eerste en de tweede benadering. De familierechter hecht immers waarde aan de persoonlijke autonomie van het kind bij een beslissing die onomkeerbaar is (de eerste betekenis), alsmede aan de culturele omgeving waarin het kind opgroeit en het risico om daarin sociaal geïsoleerd te raken (de tweede benadering). In geval van meisjesbesnijdenis past het overheidsbeleid in de eerste en derde betekenis. De eerste betekenis leidt ertoe dat alle vormen van meisjesbesnijdenis ontoelaatbaar worden geacht door de wetgever. De derde betekenis is prominent aanwezig in het vreemdelingenrecht en de strafwet.

Het recht op lichamelijke integriteit is niet het enige recht dat – in diverse betekenissen – een rol speelt in de discussie hoe de overheid moet reageren op jongens- en meisjesbesnijdenis. Bij jongensbesnijdenis speelt de godsdienstvrijheid een belangrijke rol. Voor zover de godsdienstvrijheid van het kind geen zelfstandige betekenis krijgt, maar opgaat in de godsdienstvrijheid alsmede de opvoedvrijheid van de ouders, wordt de beslissing van de ouders om hun kind te besnijden gerespecteerd.

Voor zover godsdienstvrijheid van het kind wel een zelfstandige betekenis krijgt in relatie tot de onherstelbare lichamelijke markering als lid van een religieus-culturele groep, wordt besnijdenis lastiger te beoordelen, omdat de individuele keuze van het kind met de sociale inbedding van het kind conflicteert. De overheid laat het daarom aan de gezaghebbende ouders over die beide toestemming



moeten geven, maar als zij er niet uitkomen, laat de familierechter zowel de onherstelbaarheid als de sociale context meewegen ter beoordeling van het belang van het kind in de concrete omstandigheden.

Bij meisjesbesnijdenis speelt de zwakker beschermde culturele vrijheid van ouders een marginale rol. Alleen Limborgh meent dat het toelaatbaar is om de lichtste vorm van meisjesbesnijdenis aan de ouders over te laten, omdat een sneetje of prikje slechts een lichte ingreep is en het meisje ook de keuze behoudt tot welke culturele groep ze later wil behoren. Voor het overige wordt, in lijn met het overheidsbeleid, de culturele vrijheid van de ouders ontkend en besnijdenis als schadelijk cultureel gebruik aangemerkt, die het recht op gezondheid en het recht op gelijkwaardige behandeling van het meisje aantast. Voor zover de schadelijkheid voor de lichtste variant niet is vol te houden, worden pragmatische dan wel strategische argumenten aangevoerd.

Uit de analyse van deze discussie in de rechtswetenschappelijke literatuur blijkt dat de vraag wat de overheid mag of moet ten aanzien van besnijdenis sterk afhankelijk is van de betekenissen die aan de lichamelijke integriteit van het kind wordt toegekend. Dit betekent dat de overheid enige beleidsvrijheid heeft, zolang besnijdenis niet als foltering, onmenselijke of vernederende behandeling kan worden aangemerkt. Juist dat karakter van meisjesbesnijdenis staat ter discussie in geval van de lichtste vorm. Daarmee staat de *normatieve* legitimiteit van het overheidsbeleid dat alle vormen van meisjesbesnijdenis verbiedt onder druk, ondanks de vele internationale normen die een absoluut verbod voorstaan. Dit betekent ook dat de invulling die de overheid geeft aan zijn beleidsvrijheid ten aanzien van jongensbesnijdenis misschien wel legitiem, maar niet vanzelfsprekend is.

De verschillende betekenissen van lichamelijke integriteit duiden daar al op en daarbij komt dat ook andere morele waarden en fundamentele rechten een rol spelen. Het lijkt erop dat de interpretaties en de afwegingen die hierbij worden gemaakt, gekleurd worden door waarderingen. Die waarderingen gaan over verwachtingen ten aanzien van de overheid, vertrouwen in ouderlijke beslissingen, het belang van culturele, religieuze en seculiere praktijken, de betekenis van identiteit van individuen en (minderheids- en meerderheids)groepen, maar ook van individuele vrijheid, visies op de kwetsbaarheid van kinderen, beelden van jongens en meisjes, mannen en vrouwen. De legitimiteit van het overheidsbeleid hangt hierdoor uiteindelijk af van de zorgvuldigheid waarmee deze waarderingen worden afgewogen.

## BIBLIOGRAFIE

Van Berkum, Exterkate & Naleie 2009

M. van Berkum, M. Exterkate en Z. Naleie, 'Meisjesbesnijdenis dient nooit te worden getolereerd!', *NJB* 2009, p. 319-320.

De Blois 2012

M. de Blois, 'Jongensbesnijdenis en het recht', *Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht* 2012, afl. 6, p. 51-71.

Van den Brink & Tigchelaar 2012

M. van den Brink en J. Tigchelaar, 'Shaping Genitals, Shaping Perceptions. A Frame Analysis of Male and Female Circumcision', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012/30, afl. 4, p. 431-459.

Van den Burg 2008

W. van den Burg, 'Culturele diversiteit en de democratische rechtsstaat', Preadvis *Multiculturaliteit en Recht*, (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, 1) Deventer: Kluwer 2008.

Dekkers, Hoffer & Wils 2006

W. Dekkers, C. Hoffer en J.P. Wils, *Besnijdenis, lichamelijke integriteit en multiculturalisme. Een empirische en normatief-ethische studie*, Budel: Uitgeverij Damon 2006.

Dekkers 2009

W. Dekkers, 'Routine (Non-religious) Neonatal Circumcision and Bodily Integrity: A Transatlantic Dialogue', *Kennedy Institute of Ethics Journal* 2009/19, Iss. 2, p. 125-146.

DeLaet 2009

D. DeLaet, 'Framing male circumcision as a human rights issue? Contributions to the debate over the universality of human rights', *Journal of Human Rights* 2009(8), Iss. 4, p. 405-426.

Denniston, Hodges & Milos 1999

G. Denniston, F. Hodges en M.F. Milos (eds.), *Male and Female Circumcision. Medical, legal and ethical considerations in Pediatric Practice*, Boston: Springer 1999.

Emancipatieraad 1992

Emancipatieraad, *Besnijdenis van meisjes en vrouwen*, Den Haag: Emancipatieraad 1992.

Kool 2004

R. Kool, 'Strafbaarstelling en handhaving van meisjesbesnijdenis', *NJB* 2004(40), p. 2092-2095.

Kool et al. 2005

R.S.B. Kool et al., *Vrouwelijke genitale verminking in juridisch perspectief. (Rechtsvergelijkend) onderzoek naar de juridische mogelijkheden ter voorkoming en bestrijding van vrouwelijke genitale verminking*, Achtergrondstudie bij het advies 'Bestrijding vrouwelijke genitale verminking' van de Commissie Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verminking, Zoetermeer: 2005.

Kool 2010

R. Kool, 'The Dutch Approach to Female Genital Mutilation in View of the ECHR: The Time for Change Has Come', *Utrecht Law Review* 2010/6, Iss. 1, p. 51-61.

Limborgh 2008

W. Limborgh, 'Dient meisjesbesnijdenis op culturele gronden te worden getolereerd?' *NJB* 2008, p. 2514-2520.

Limborgh 2011

W.M. Limborgh, *Culturele vrijheid en het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

Nieuwenhuis 2008

J.H. Nieuwenhuis, 'Multicultureel recht: hoe is het mogelijk?' In: W. van der Burg, C.J.M. Schuyt & J.H. Nieuwenhuis (Eds.), *Multiculturaliteit en recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, 138), Deventer: Kluwer 2008.

Smith 1998

J. Smith, 'Male circumcision and the Rights of the Child', in: M. Bulterman, A. Hendriks & J. Smith (eds.), *To Baehr in Our Minds: Essays on Human Rights from the Heart of the Netherlands*, Utrecht: SIM 1998.

Thomassen, Holtmaat & van Duin 2009

W. Thomassen, R. Holtmaat en A. van Duin, 'Het toelaten van symbolische meisjesbesnijdenis: een slecht teken', *NJB* 2009, afl. 5, p. 317-319.

Wahedi 2012

S. Wahedi, 'De wederrechtelijkheid van jongensbesnijdenis; een ethische uitdaging voor het strafrecht?', *NJB* 2012, afl. 44/45, p. 3097-3105.

Westerduin, Jansen & Neutel 2014

M. Westerduin, Y. Jansen en K. Neutel, 'Jongensbesnijdenis tussen religie, recht en geschiedenis', *Filosofie & Praktijk*, 2014/35, afl. 3, p. 35-55.



# Verlag van de UCERF expertmeeting 'Familielaties: wat wil, wat kan, wat mag de staat'

*Rozemarijn van Spaendonck, Wychand Kraaij & Jim van Emden*

## 1. Inleiding

De verhouding tussen privaat en publiek staat op scherp wanneer het gaat om het ingrijpen van de Staat in familielaties. Dit blijkt wel uit de bijdragen in deze bundel die deze verhouding proberen te analyseren aan de hand van vier verschillende thema's. De actualiteit van deze problematiek was ook merkbaar tijdens de zogenaamde expertmeeting georganiseerd door de Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF) op 2 september 2014 waarop de bijdragen in deze bundel werden besproken. Deze bijeenkomst had het karakter van een open 'peer review session'. Dit hield in dat er per bijdrage twee referenten waren uitgenodigd om vanuit hun expertise commentaar te geven op de eerste versie van de bijdrage. Vervolgens konden de auteurs reageren op het commentaar en ontstond er een discussie tussen de referenten, auteurs en andere aanwezigen.

De volgende referenten waren bij de bijeenkomst aanwezig. Voor 'De factongelijkheid van mannen en vrouwen, arbeid en zorg mede in relatie tot het alimentatiestelsel' waren prof. dr. Joop Schippers, hoogleraar arbeidseconomie (UU) en mr. Jetty Gerritse, familierechter bij de Rechtbank Midden-Nederland referenten. Prof. mr. dr. Willemijn Roozendaal, bijzonder hoogleraar sociale zekerheidsrecht (VU) en dr. Ivy Koopmans, senior beleidsmedewerker bij de Sociaal Economische Raad waren referenten voor de bijdrage 'Zorg voor de werknemer-mantelzorger: Een vergelijking van het Europese, Duitse en Nederlandse recht'. Mr. dr. Renée Kool, universitair hoofddocent strafrecht (UU) en dr. Wim Dekkers, medisch-ethicus afdeling IQ healthcare, Radboudumc, waren aanwezig als referenten voor de bijdrage 'Over de schouders van ouders: besnijdenis van kinderen j/m en overheidshandelen'. Tot slot waren dr. mr. Bald de Vries, universitair docent rechtstheorie (UU) en prof. dr. Lieke Coenraad, hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Conflictoplossing (VU), referenten voor de bijdrage 'Regulering van ouderschap na scheiding – nieuw recht en nieuwe mentalité de gouvernement'.

De transcripties van de expertmeeting en de bijdragen in deze bundel vormen de basis voor dit verslag. De auteurs van deze bijdrage hebben meerdere malen met elkaar alsook met de voorzitter van de expertmeeting, prof. dr. Katharina Boele-Woelki, om de tafel gezeten om de hoofdpunten van de referenten samen te vatten en, waar mogelijk, met elkaar in verbinding te brengen. Vervolgens

hebben de auteurs en referenten de mogelijkheid gekregen om op deze bijdrage commentaar te leveren.

Deze bijdrage is gestructureerd aan de hand van de drie vragen die ook de titel van deze bundel vormen: ‘wat wil de Staat, wat kan de Staat en wat mag de Staat?’. Bij ‘wat wil de Staat’ wordt gekeken naar de doelstellingen die de Staat voor ogen heeft bij het ingrijpen in familierelaties. Wat wil zij bereiken? Bij de vraag ‘wat kan de Staat’ worden de instrumenten geanalyseerd die de Staat daarbij voorhanden heeft. Welke maatregelen worden door de Staat genomen of welke handelingen worden verricht om een bepaald doel te bereiken? Tot slot staan de grenzen van overheidsingrijpen centraal bij de vraag ‘wat mag de Staat?’. Hoe ver mag de overheid ingrijpen in familierelaties en hoe wordt dit gelegitimeerd? In hoeverre is overheidsingrijpen wenselijk?

## **2. Wat wil de Staat?**

De eerste centrale vraag is welke doelen de Staat voor ogen heeft bij het ingrijpen in familierelaties. Immers, de Staat moet verantwoorden waarom ingrijpen in het private domein noodzakelijk is. Tijdens de expertmeeting kwamen twee tendensen naar voren die in tegenovergestelde richtingen wijzen. Enerzijds wordt er meer nadruk gelegd op de eigen verantwoordelijkheid van de burger. Anderzijds wordt er steeds verder ingegrepen in het private domein om burgers in staat te stellen die verantwoordelijkheid te nemen en om bepaalde kwetsbare groepen te beschermen. Bij dit laatste lijkt de wens om in te grijpen in het private domein ook te zijn ingegeven door mensenrechtelijke overwegingen, zoals de gelijkheid tussen man en vrouw en het belang van het kind. Deze tendensen worden in deze paragraaf nader bekeken.

### ***2.1. Meer verantwoordelijkheid voor burgers***

Een tendens die zich op veel terreinen van het maatschappelijk leven manifesteert, is dat de verantwoordelijkheid van de burger meer op de voorgrond komt te staan. De Staat stelt zich terughoudender op bij de uitvoering van maatschappelijke taken en stimuleert burgers daarbij om zelf de ontstane leemtes te vullen. Bij dit gedachtegoed past dan ook een term zoals ‘participatiesamenleving’. Het leggen van meer nadruk op de verantwoordelijkheid van de burger lijkt met name te zijn ingegeven door financiële motieven. Het op orde brengen van de rijksbegroting is één van de speerpunten van het kabinet Rutte II. Door minder diensten aan te bieden als overheid en meer taken neer te leggen bij de burgers kan er worden bezuinigd. Dit speelt bijvoorbeeld duidelijk bij het organiseren van de mantelzorg, maar ook het ouderschapsplan na scheiding is, naast het depolariseringsmotief, mede ingegeven door een financieel motief volgens referent Coenraad. Het merendeel van de civielrechtelijke procedures is familierechtelijk van aard, dus

door het aantal van deze zaken te verminderen doordat partijen de gevolgen van hun scheiding zelf regelen, kan er bezuinigd worden op de rechtspraak.

Een voorbeeld van het verschuiven van de verantwoordelijkheid is het debat omtrent het organiseren van de mantelzorg. Dit onderwerp heeft veel aandacht gekregen, bijvoorbeeld op de Arbeid-en-Zorgtop in november 2013 en bij de herziening van de AWBZ. Om het hoofd te bieden aan de groeiende zorgbehoefte wordt meer nadruk gelegd op de informele zorg. Er wordt sterker een beroep gedaan op burgers om zelf voor hun familie en naasten zorgen, terwijl dat voorheen vooral de taak van professionele zorgverleners was.<sup>1</sup> Dit is dus een voorbeeld van de terugtrekende overheid.

Ook in het kader van echtscheiding wordt de verantwoordelijkheid van ex-partners onderstreept. Als ouders met minderjarige kinderen gaan scheiden, moeten zij sinds 2009 een ouderschapsplan opstellen, waarin een regeling wordt getroffen voor de verzorging en opvoeding van hun kinderen. De doelstelling van de wetgever bij de invoering van het ouderschapsplan was en is dat ouders zelf over de zorgverdeling beslissen, hetgeen leidt tot minder werk voor de overheid. De eerste evaluatie toont aan dat dit niet het geval is.<sup>2</sup>

Het stelsel voor partneralimentatie zou ook gezien kunnen worden als een voorbeeld van het leggen van verantwoordelijkheid bij burgers om voor elkaar te zorgen. Partners zullen eerst bij elkaar moeten aankloppen als zij in financiële nood verkeren na de scheiding voordat zij een beroep op de overheid kunnen doen. Referent Schippers stelde daarentegen dat het typisch is dat de overheid hier een voorziening heeft voor burgers die niet voor financiële zekerheid hebben gezorgd voor het geval dat hun relatie ten einde loopt. Het is ook denkbaar dat burgers in een dergelijk geval zelf op de blaren moeten zitten.

Een reden voor de afwijkende houding van de Staat kan zijn dat burgers bij het aangaan van een huwelijk te optimistisch zijn en zich te weinig bewust zijn van de negatieve (vermogensrechtelijke) gevolgen van een echtscheiding en dat daarom een vangnet wordt gecreëerd. Een andere reden is dat het beëindigen van een huwelijk een gezamenlijke keuze is. Het is niet de Staat die zegt dat de burger er zelf voor moet zorgen dat hij economisch zelfstandig is. Met die gedachte in het achterhoofd ligt het niet in de rede dat de ene ex-partner tegen de ander zou kunnen zeggen dat het zijn verantwoordelijkheid is om zelf in zijn levensonderhoud te voorzien.

---

1 Referent Koopmans.

2 M.J. ter Voets en T. Geurts, *De Evaluatie Ouderschapsplan: een eerste verkenning*, Den Haag: WODC 2013.

## **2.2. Paradox: meer verantwoordelijkheid voor burgers én meer ingrijpen**

Bovenvermelde voorbeelden tonen aan dat de overheid zich op bepaalde terreinen uit het publieke domein terugtrekt en de verantwoordelijkheid van de burger meer op de voorgrond komt te staan. Een paradoxale tendens is echter waarneembaar aangezien de overheid zich soms juist meer met het privé-domein van burgers gaat bemoeien om die verantwoordelijkheid te geven. De overheid treft namelijk ook voorzieningen om burgers in staat te stellen die overgehevelde verantwoordelijkheden naar behoren te vervullen. Hoewel de middelen hiervoor zullen worden besproken in de paragraaf ‘Wat kan de Staat?’, is het goed om al op deze plek op te merken dat meer verantwoordelijkheid voor de burgers dus niet noodzakelijkerwijs minder betrokkenheid van de overheid hoeft op te leveren.

Dit speelt bijvoorbeeld ten aanzien van mantelzorg. Het kan voor burgers problematisch zijn om zowel in het werkzame leven te participeren als beschikbaar te zijn voor het verlenen van (mantel)zorg. Met de Wet arbeid en zorg probeert de Staat gestalte te geven aan de wens om deze combinatie gemakkelijker te maken. In deze wet zijn verschillende verlofregelingen ondergebracht, waaronder het calamiteitenverlof, het kortdurend zorgverlof en het langdurig zorgverlof. Deze verlofregelingen beogen de burger in staat te stellen om de noodzakelijke zorg te verlenen en tegelijkertijd te participeren op de arbeidsmarkt.

Soms gaat de overheid verder dan het creëren van vrijblijvende voorzieningen, maar oefent zij ook druk uit op burgers om verantwoordelijkheid ten opzichte van familierelaties te nemen. Een voorbeeld van regulering als drukmiddel is het verplichte ouderschapsplan. Ouders kunnen alleen maar scheiden als zij een plan hebben opgesteld ten aanzien van de verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen. Ook het alimentatiestelsel kan vanuit dit perspectief als drukmiddel worden gezien, omdat partners verplicht worden voor elkaar te zorgen.

## **2.3. De bescherming van kwetsbare groepen**

De overheid treedt soms ook op in familierelaties om kwetsbare groepen te beschermen en ongewenst gedrag binnen familierelaties tegen te gaan. Dit past ook binnen haar verplichting zoals deze voortvloeit uit mensenrechtenverdragen (zie paragraaf 4 ‘Wat mag de Staat?’). Tijdens de expertmeeting kwamen met name de positie van vrouwen en de bescherming van de belangen van het kind aan de orde.

Ten aanzien van de positie van vrouwen streeft de Staat naar een gelijkheid van man en vrouw. Bij de discussie over partneralimentatie gaat het met name om de vraag of het huidige alimentatiestelsel dat gestoeld is op het traditionele kostwinnersmodel (man werkt, vrouw is thuis en zorgt voor de kinderen) nog



wel past bij het huidige anderhalfverdienersmodel (man en/of vrouw werken in deeltijd). Hoewel de arbeidsparticipatie van vrouwen toeneemt en het verschil in inkomen tussen mannen en vrouwen afneemt, is er echter van een werkelijke gelijkheid nog geen sprake. Vanwege deze *de facto* ongelijkheid in inkomen zou een systeem voor partneralimentatie moeten blijven bestaan.<sup>3</sup>

Bij de regulering van ouderschap na echtscheiding speelt de gelijkheid tussen man en vrouw een belangrijke rol ten aanzien van de verdeling van zorgtaken. Waar het vroeger gebruikelijk was dat één ouder het gezag had (meestal de moeder), is tegenwoordig gezamenlijk gezag de norm. De keerzijde van deze benadering is echter dat beide partners meer rechten en verplichtingen krijgen, die weer een voedingsbodem vormen voor menig juridische procedure. Toch zoekt de overheid de gewenste bezuinigingen van de rechtspraak niet in het beperken van rechten, maar juist in het dwingen van partijen er samen uit te komen.<sup>4</sup>

Het stimuleren van gelijkheid tussen man en vrouw speelt ook een rol in de problematiek omtrent jongens- en meisjesbesnijdenis. Waar jongensbesnijdenis een geaccepteerde religieuze praktijk is, wordt meisjesbesnijdenis gezien als een schadelijke culturele praktijk waarbij vrouwen onderdrukt worden door mannen. Met het uitbannen van meisjesbesnijdenis verdwijnt dus ook een vorm van vrouwenonderdrukking en dit wordt gezien als een stap naar gelijkheid tussen mannen en vrouwen.<sup>5</sup>

Tot slot mogen nieuwe regelingen niet als onbedoeld bijeffect hebben dat er ongelijkheid tussen mannen en vrouwen ontstaat. Momenteel verlenen mannen als vrouwen bijna evenveel mantelzorg. Het uitbreiden van de mogelijkheden van mantelzorg mag niet onbedoeld tot gevolg hebben dat meer vrouwen mantelzorg verlenen nadat de kinderen het huis uit zijn. Hiermee moeten beleidmakers rekening houden.<sup>6</sup>

Daarnaast is het behartigen van het belang van het kind een belangrijke reden waarom de overheid ingrijpt in familierelaties. Voor het welzijn en de ontwikkeling van kinderen is het van groot belang dat de scheiding van hun ouders met zo min mogelijk conflicten wordt afgewikkeld. De overheid probeert ervoor te zorgen dat de belangen van de kinderen goed worden behartigd doordat een ouderschapsplan is vereist, doordat het kind wordt gehoord dan wel dat een bijzondere curator wordt benoemd. Overigens is het maar de vraag of het daadwerkelijk betrokken raken bij de scheidingsprocedure wel in het belang van het kind is. Verder is het belangrijk dat kinderen hun leven zoveel mogelijk ongestoord kunnen vervolgen.

---

3 Spreker Janneke Plantenga.

4 Referent Coenraad, met een verwijzing naar de bijdrage van referent De Vries.

5 Referent Kool. Zie ook bijdrage Van den Brink en Tigchelaar.

6 Referent Koopmans.

In de praktijk valt dit tegen. Het zijn bijvoorbeeld vaak de kinderen die na een echtscheiding wisselend bij een van beide ouders verblijven. Het zou wellicht meer in het belang van het kind zijn als het kind niet telkens zou hoeven te wisselen van huis, maar de ouders dat zouden doen.<sup>7</sup>

Bij jongens- en meisjesbesnijdenis is het belang van het kind van fundamentele betekenis. Kinderen kunnen zich nog niet verzetten tegen deze vorm van aantasting van hun lichaam. De schadelijkheid van de besnijdenis bepaalt ook in hoge mate in hoeverre de overheid ingrijpt. Ten aanzien van meisjesbesnijdenis is een streng beleid opgezet om dit te voorkomen, terwijl jongensbesnijdenis geaccepteerd wordt. De vraag is natuurlijk wel of jongens niet ook een belang hebben om zelf op latere leeftijd te beoordelen of zij besneden willen worden.

### **3. Wat kan de Staat?**

In de vorige paragraaf werd aandacht besteed aan de – soms paradoxale – doelstellingen van de Staat. De vervolgvraag is hoe de Staat deze doelen probeert te bereiken. Deze vraag is gebaseerd op de aanname dat de samenleving maakbaar is, waar in paragraaf 3.1. aandacht aan wordt besteed. Vervolgens worden in de paragrafen 3.2 tot en met 3.4 verschillende instrumenten zowel juridisch als niet-juridisch besproken, inclusief de mogelijke knelpunten in termen van belangen en wensen van rechtssubjecten.

#### ***3.1. De maakbaarheid van de samenleving***

In het kader van regulering wordt verondersteld dat de samenleving maakbaar is. Het heeft immers weinig zin voor de Staat om maatregelen te nemen om bepaalde doelen te bereiken als relaties of interacties tussen burgers zich toch niet zouden laten sturen. Dit kwam naar voren in de reactie van De Vries op de regulering van ouderschap na echtscheiding. Hij stelt dat ‘governmentality’, een term geïntroduceerd door Foucault om aan te duiden wat de Staat wil, hoe hij de samenleving ziet en wil inrichten, bij deze problematiek tegen zijn grenzen aanloopt. Via instituten zoals het huwelijk probeert de Staat vormen van controle uit te oefenen om zijn burgers te conditioneren in een bepaalde manier van leven, maar de onderliggende relatie onttrekt zich aan deze regulering. Sociale relaties krijgen vorm door communicatie en coördinatie over belangen en wederzijdse verwachtingen. Zo kan consensus ontstaan over hoe we samenleven en dat kan vertaald worden naar rechtsregels. Wanneer de liefde echter bekoelt en partners uit elkaar gaan, wordt het communiceren en coördineren van belangen moeilijker. Een beroep op eigen verantwoordelijkheid, zoals in de Wet bevordering voortgezet ouderschap is dan niet langer mogelijk. Sterker nog, een dergelijke wet genereert volgens De Vries problemen waarbij hij verwijst naar de aangehaalde

<sup>7</sup> Referent Schippers.

jurisprudentie in de bijdrage ‘Regulering van ouderschap na scheiding – nieuw recht en nieuwe mentalité de gouvernement’. Er zijn twee alternatieven mogelijk: de Staat kan direct ingrijpen over de hoofden van ouders heen of toegeven dat in bepaalde gevallen conflicten niet te reguleren zijn. Ook dan concludeert De Vries dat er altijd verliezers zullen zijn.

Hoewel De Vries zijn betoog toespitste op de scheidingsproblematiek, is het natuurlijk goed denkbaar dat ook de andere (familie-)relaties tussen burgers zich niet laten reguleren. Dat de complexiteit van menselijke relaties de Staat in elk geval parten speelt bij het uitzetten van beleid, zal ook blijken in het vervolg van deze bijdrage. Desalniettemin zal er in de volgende paragrafen worden uitgegaan dat de samenleving tot op zekere hoogte maakbaar is bij de bespreking van de instrumenten die de Staat kan inzetten.

### **3.2. Wetgeving**

Wetgeving is een belangrijk instrument van de overheid om het algemene kader uit te zetten, waarbij de wetgever zich moet oriënteren op het Europees en internationaal juridisch kader (zie paragraaf 4). Het is dan ook niet verwonderlijk dat bij alle onderwerpen wetgeving aan de orde is gekomen. Met wetgeving beoogt de overheid zijn doelstellingen te verwezenlijken (zie paragraaf 2), waarbij rekening wordt gehouden met (de realisatie van) de belangen en wensen van rechtssubjecten. Dit is niet eenvoudig, aangezien de samenleving complex en dynamisch is, terwijl wetgeving toch een zeker statisch karakter heeft. De vraag is dus in hoeverre de wetgever rekening kan houden met de veranderende samenleving.

Belangrijke veranderingen die terugkomen in de bijdragen zijn de man-vrouwverhouding, de verhouding tussen werk en privé en de multiculturele samenleving. De man-vrouw verhouding speelt onder andere bij de bijdrage over het alimentatiestelsel. Daar bleek dat de arbeidsparticipatie van vrouwen sterk is toegenomen – hoewel de verschillen tussen man en vrouw alsnog aanzienlijk zijn – en dat deze veranderende socio-economische werkelijkheid impact heeft op de vormgeving van het partneralimentatiesysteem. Op twee manieren kan hier mee omgegaan worden. Enerzijds kan er gesteld worden dat de huidige ontwikkelingen niet tot een aanpassing openen, aangezien er nog steeds aanzienlijke verschillen zijn in de arbeidsverdeling tussen mannen en vrouwen. In combinatie met het belang van onbetaalde arbeid is het goed te verdedigen dat de partner die deze taak op zich neemt wordt beschermd tegen de negatieve consequenties in termen van inkomen en carrière. Anderzijds kan gesteld worden dat deze de facto ongelijkheid niet een partneralimentatie van maximaal 12 jaar rechtvaardigt, omdat deze regelgeving een rol kan spelen in de besteding van deze verschillen. Veranderende rolpatronen in man-vrouwverhoudingen en verschillende interpretaties van het

gelijkheidsbegrip hebben tot gevolg dat wensen en behoeftes geherdefinieerd moeten worden teneinde tot een contemporain alimentatiestelsel te komen.

De verhouding tussen werk en familieleven komt tot uitdrukking bij mantelzorg. Ook hier treden de complicaties op bij het duiden van de belangen en wensen van rechtssubjecten. Bij het stimuleren van mantelzorg wordt er vaak impliciet vanuit gegaan dat de werknemer-mantelzorger deze mantelzorg ook daadwerkelijk wenst te verlenen, terwijl het goed mogelijk is dat zij juist meer tijd wensen te besteden aan carrière en gezin.<sup>8</sup> Het is niet alleen de vraag of de werknemer mantelzorg wenst te verlenen, maar ook of de zorgvrager zit te wachten op zorgverlening door iemand uit de naaste omgeving.<sup>9</sup> In een samenleving die sterk geïndividualiseerd is, is het zeer de vraag of het past dat er zo'n beroep op de naaste omgeving wordt gedaan.

Tot slot verandert ook de maatschappelijke houding ten opzichte van culturele en religieuze uitingen, zoals besnijdenis. Het reguleren van dit fenomeen vraagt veel kennis van de diverse verschijningsvormen en functies, maar die ontbreekt nog wel eens. Neemt men het waarborgen van de godsdienstvrijheid voor ouders als vertrekpunt, dan is een terughoudende opstelling van de overheid – in het belang van de ouders – geboden. Daarentegen zal waarschijnlijk een inmengende rol voor de overheid zijn neergelegd als men de lichamelijke integriteit van het kind als vertrekpunt neemt. Referent Dekkers benadrukt dat de notie lichamelijke integriteit als zodanig op meerdere manieren geïnterpreteerd kan worden. In de medische wereld wordt de, op zelfbeschikking geënte, persoonsgerichte visie op lichamelijke integriteit onderscheiden van de lichaamsgerichte visie – waarbij lichamelijke integriteit als zelfstandig moreel principe wordt gezien. Een complicerende factor is bovendien dat de notie van lichamenlijk integriteit en de daaruit voortvloeiende persoonlijke autonomie in religieuze kringen vaak niet gedeeld wordt. Besnijdenis wordt dan niet ervaren als een aantasting van de lichamelijke integriteit, maar als een gebod van God en soms zelfs als een perfectionering van het lichaam.

### ***3.3. Rechtspraak en bestuurlijke maatregelen***

Wetgeving voorziet in algemene regels en is slechts in bepaalde mate in staat om maatwerk te leveren. De samenleving wordt steeds complexer en daarom wordt de behoefte aan maatwerk groter. Om aan die behoefte tegemoet te komen, spelen bestuurlijke maatregelen en rechtspraak een steeds belangrijker rol bij het realiseren van de doelen die de Staat nastreeft. Wetgeving voorziet namelijk in algemene regels, maar de toepassing en nadere inkleuring van die algemene regels op het concrete geval vindt plaats op het niveau van het bestuur of de rechtspraak.

---

8 Spreker Van den Brink.

9 Referent Schippers.

De mogelijkheid om maatwerk te leveren bestaat echter niet in alle gevallen. Rechters zijn op dit moment bijvoorbeeld niet bevoegd om de wettelijke alimentatietermijn ambtshalve te limiteren. Op grond van het bepaalde in artikel 1:157 lid 3 Burgerlijk Wetboek kan de rechter alleen op verzoek van een van de partijen overgaan tot limitering van de wettelijke maximale alimentatietermijn. Het probleem hierbij is dat zelden wordt gevraagd om de maximale alimentatietermijn te verkorten. Dit betekent dat de rechter niet tot limitering kan overgaan, ook al zouden daar in een concreet geval redenen voor zijn. De mogelijkheid van de rechter om maatwerk te leveren, is sterk afhankelijk van hetgeen partijen verzoeken. Dit kan gezien worden als een gebrek in de wet, omdat er veel concrete gevallen zijn waarbij limitering voor de hand zou liggen.<sup>10</sup> Met het oog op het streven naar een grotere verantwoordelijkheid voor de burger om zelf in zijn levensonderhoud te voorzien zou een ambtshalve bevoegdheid van de rechter om tot limitering van de wettelijke alimentatietermijn te mogen overgaan voor de hand liggen. De rechter kan meer dan de wetgever denkt. Er klinkt dan ook een sterke oproep aan de wetgever om de rechter de mogelijkheid tot ambtshalve limitering toe te kennen.<sup>11</sup>

Een terrein waarop steeds duidelijker wordt dat het bestuur een belangrijkere rol zal gaan spelen, is het terrein van de mantelzorg. Mantelzorg is meer en meer een beleidsmatig relevant onderwerp, wat onder andere blijkt uit de Arbeid-en-zorgtop.<sup>12</sup> De laatste jaren doet zich een trend voor waarbij verantwoordelijkheden en taken op het gebied van de gezondheidszorg worden overgeheveld (van de centrale overheid) naar gemeenten. Dit komt onder andere tot uitdrukking in de overheveling van grote delen van zorg en ondersteuning van de AWBZ en diens opvolger, de Wet langdurige zorg naar de WMO en de Zorgverzekeringswet.<sup>13</sup> Gemeenten (bestuur) zijn verantwoordelijk voor de uitvoering van de WMO. De achterliggende gedachte is dat gemeenten dichter bij de burger staan en dus beter in staat zijn om maatwerk te leveren.

Hierbij moet wel worden opgemerkt dat andere landen nog veel verder gaan in het leggen van verantwoordelijkheid bij de burger. Zo geldt in Duitsland de regeling inzake *Elternunterhalt*.<sup>14</sup> Kinderen zijn verplicht om in het levensonderhoud van hun ouders te voorzien op basis van wettelijk afgedwongen solidariteit tussen generaties. Pas als alle mogelijkheden bij de kinderen uitgeput zijn, neemt de Staat de kosten voor de zorg voor de ouders voor zijn rekening.<sup>15</sup> Wat wel opmerkelijk is, is dat er in Duitsland juist sprake is van een steeds grotere nadruk op formele zorg.

10 Referent Gerritse.

11 Referent Coenraad.

12 Referent Roozendaal.

13 Referent Koopmans.

14 §§ 1601, 1602 (1) van het Duitse Bürgerliche Gesetzbuch.

15 Reactie in discussie van Roozendaal.

Wat betreft jongens- en meisjesbesnijdenis spelen verschillende ‘onderdelen’ van de Staat een rol: wetgever, rechter en bestuur. De Staat spreekt op dit terrein niet met één mond. Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van een voorbeeld. Veel moeders doen een beroep op de vrees voor besnijdenis van hun dochter bij een terugkeer naar het land van herkomst. De IND voert een restrictief beleid en accepteert niet snel de aannemelijkheid van het risico op meisjesbesnijdenis. De IND (bestuur) is echter door de rechter tot de orde geroepen.<sup>16</sup> Verder is het van belang om op te merken dat de Vreemdelingencirculaire harde publiekrechtelijke normen bevat, maar dat de uitvoering gekenschetst kan worden als meer terughoudend. Er wordt hoog ingezet, maar vervolgens is de publiekrechtelijke handhaving veel minder hard. Deze trend doet zich in heel Europa voor. Dat is ook logisch, want in het politieke discours kunnen harde normen worden uiteengezet, maar de publiekrechtelijke handhaving is uiteindelijk minder hard in verband met de interventie in de levenssfeer van ouders.<sup>17</sup>

Als het gaat om de regulering van ouderschap na echtscheiding, kan wel gezegd worden dat er geen ander terrein is dat tijdens de bijdragen aan de orde is gesteld waarop zo duidelijk naar voren komt dat naast wetgeving de rechtspraak een zeer belangrijke rol speelt. Het grootste deel van de civiele zaken (2/3) zijn namelijk familiezaken.<sup>18</sup> In Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek staan tal van mogelijkheden voor burgers om hun gelijk te halen bij de rechter, bijvoorbeeld beslissingen aangaande gezag, aangaande verblijf en met betrekking tot alimentatie. Vervolgens bestaat de mogelijkheid om wijzingen te vragen, staan hoger beroep en cassatie open en is een gang naar Straatsburg mogelijk. Er zijn dus legio mogelijkheden om aan de rechter een conflict voor te leggen.<sup>19</sup>

Dit neemt niet weg dat een groot aantal conflicten met betrekking tot echtscheidingen niet bij de rechter komt. De nadruk op de eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot echtscheidingen en de wens dat partijen er samen uitkomen, wordt steeds groter. Dit komt onder andere tot uitdrukking in financiële prikkels, zoals de verhoging van griffierechten in familiezaken en een voorstel voor hogere tarieven in appel en cassatie. Mediation zou een alternatief kunnen zijn, maar hierbij zij opgemerkt dat niet alle mensen in staat zijn of bereid zijn hun problemen via mediation op te lossen.<sup>20</sup> Het is ook belangrijk om echtscheidingen minder juridisch te bekijken<sup>21</sup> en de rol van het recht te relativieren.<sup>22</sup>

---

16 Spreker Van den Brink.

17 Referent Kool.

18 Referent Coenraad.

19 Referent Coenraad.

20 Referent Coenraad.

21 Reactie in discussie van Verhagen.

22 Spreker Van Rossum.

### 3.4. *Niet-juridische instrumenten*

Zoals in de vorige paragraaf al bleek, is het belangrijk om de rol van het recht te relativeren. Ook niet-juridische instrumenten spelen een rol bij het realiseren van de doelen die de Staat voor ogen heeft met het ingrijpen in familierelaties.

#### *Voorlichting en preventie*

Het belang van voorlichting als instrument voor de Staat om haar doelen te realiseren, mag niet worden onderschat. Scheiden brengt bijvoorbeeld hoge kosten met zich mee. Mensen zijn zich daar niet altijd van bewust.<sup>23</sup> Veel mensen zijn zich sowieso niet bewust van negatieve gevolgen van het huwelijk. Voorlichting heeft ook een preventief element in zich in die zin dat mensen zich eerder zullen bedenken als zij op de negatieve gevolgen van een echtscheiding zullen worden gewezen. Voorlichting en preventie zouden een grotere rol moeten spelen.<sup>24</sup>

Ook is meer voorlichting nodig over het gelijkwaardig ouderschap. Veel mensen hebben de perceptie dat dit betekent dat elke ouder 50% van de zorgtaken op zich neemt, maar het betekent veel meer dat de zorg voor het kind doorloopt zoals dit tijdens het huwelijk was. Het is van belang om ouders erop te wijzen dat zij niet hoeven in te zetten op de helft, maar zich erop moeten richten dat het leven van hun kind(eren) zo ongestoord mogelijk verder kan gaan.<sup>25</sup> Mensen moeten zich immers wel bewust zijn van de inhoud van juridische normen, willen zij aan hun verantwoordelijkheden inhoud kunnen geven.

Met betrekking tot mantelzorg is het opmerkelijk dat van de wettelijk geregelde verlofvormen weinig gebruik wordt gemaakt. Van de 443.000 mensen die mantelzorgtaken uitvoeren, maken er slechts 38.000 gebruik van deze verlofvormen. Het is mogelijk dat dit ermee te maken heeft dat mantelzorgers hun werkgever niet lastig willen vallen met hun privé-situatie en zich niet jegens hem willen verantwoorden om zodoende een stigmatiserend effect te voorkomen.<sup>26</sup> Het is echter ook denkbaar dat veel werknemers die mantelzorg verlenen niet op de hoogte zijn van de verschillende mogelijkheden en regelingen. Het duurt vaak enige tijd voordat mensen weten dat er een regeling is en er formeel gebruik van willen maken. Naarmate regelingen bekender worden, wordt het gebruik ook groter.<sup>27</sup> Voorlichting zou hierbij een belangrijk middel zijn om deze bekendheid te vergroten.

In het kader van besnijdenis is voor voorlichting ook een rol weggelegd. Jongensbesnijdenis is op grond van de Wet BIG immers een voorbehouden

23 Referent Gerritse.

24 Referent Schippers.

25 Referent Gerritse.

26 Referent Roozendaal.

27 Reactie in de discussie van Van Rossum.

handeling. Alleen artsen mogen de behandeling uitvoeren. Ouders die de wens hebben om hun kind te laten besnijden komen dus vaak bij een arts terecht.<sup>28</sup> Die arts kan aan ouders vragen wat hun motieven zijn, hen adviseren, hen wijzen op de eventuele gevaren en alternatieven met hen bespreken.

#### *De rol van het beeldvorming en de media*

Tot slot is het belangrijk de rol van de media en beeldvorming in ogenschouw te nemen bij het bespreken van de instrumenten die de Staat kan inzetten bij het realiseren van zijn doel met het ingrijpen in familierelaties. Wetgeving, rechtspraak en bestuur staan nu eenmaal niet op zichzelf, maar functioneren in een maatschappelijke context.

Dit manifesteert zich in duidelijke mate bij jongens- en meisjesbesnijdenis. Door media heerst in sterke mate het beeld dat meisjesbesnijdenis per definitie slecht is en jongensbesnijdenis aanvaardbaar. Jongensbesnijdenis wordt getolereerd vanwege de godsdienstvrijheid van ouders. Het uitgangspunt is dat ouders doen wat het beste is voor hun kind, ook in het kader van hun religieuze opvattingen. Meisjesbesnijdenis daarentegen wordt niet aanvaardbaar geacht in verband met de aantasting van de lichamelijke integriteit.<sup>29</sup> Opvallend is dat het discours ten aanzien van meisjesbesnijdenis vrij paternalistisch is. De overheid weet wat het beste is voor haar burgers en zet dit standpunt harder aan dan gehandhaafd kan worden in de praktijk.<sup>30</sup>

Toch kan de beeldvorming niet stroken met de realiteit. Zo weten weinig Europeanen dat 50% van de Amerikaanse jongens besneden wordt om veelal preventief-medische redenen.<sup>31</sup> Daarnaast houdt het zeer negatieve beeld van meisjesbesnijdenis een open debat over de minst ingrijpende vorm van meisjesbesnijdenis tegen, die gelet op de ernst van de ingreep vergelijkbaar is met jongensbesnijdenis.<sup>32</sup>

## **4. Wat mag de Staat?**

Na de bespreking van de doelstellingen van de Staat en de instrumenten die de Staat hiervoor tot zijn beschikking heeft, blijft de vraag over hoe ver de Staat mag gaan bij het ingrijpen in familierelaties. De term ‘mogen’ refereert in deze bijdrage aan zowel de grenzen die worden gesteld in internationaal en Europees kader, als aan de normatieve vraag in hoeverre ingrijpen wenselijk is.

---

28 Referent Dekkers.

29 Spreker Van den Brink.

30 Referent Kool.

31 Referent Dekkers.

32 Referent Kool.



#### **4.1. Juridische grenzen**

Het ingrijpen van de Nederlandse overheid wordt begrensd door het Europees en internationaal juridische kader. In de eerste plaats vloeit hieruit het mensenrechtelijk kader voort dat bepalend is voor overheidsingrijpen. Hierbij moet gedacht worden aan de eerbiediging van het privéleven (art. 8 EVRM), hetgeen een belangrijke beperking vormt voor het ingrijpen door de overheid in familierelaties. Dit uitgangspunt staat op gespannen voet met andere bepalingen in mensenrechtenverdragen die juist vragen om een actieve overheid. Zo werd tijdens de expertmeeting het IVRK een aantal keer genoemd wanneer het aankwam op het ingrijpen door de overheid in familierelaties om de belangen van het kind te beschermen. Er moet wel bedacht worden dat het Europees en internationaal kader niet bij alle thema's in deze bundel een even grote rol speelt. Bij het thema besnijdenis hebben buitenlandse ontwikkelingen grote invloed op het nationale beleid en vond de referent Dekker een bijdrage over dit onderwerp eigenlijk niet compleet zonder een bespreking van het internationale kader. Bij mantelzorg wees referent Roozendaal juist op het ontbreken van Europees recht op dit gebied. Zij stelde de vraag of hier Europese regels voor zouden moeten komen, omdat er geen grondslag is voor de Europese wetgever om dergelijke regelingen te maken. Volgens haar zou het op de weg van werkgevers liggen om dit onderwerp op te pakken, net zoals toentertijd met regels omtrent ouderschapsverlof is gebeurd. Helaas is het momenteel nog niet erg in het belang van werkgevers om zich met dit onderwerp bezig te houden en daarom is het onwaarschijnlijk dat dit op korte termijn gebeurt.

#### **4.2. Wenselijkheid van overheidsingrijpen**

Hoewel de wenselijkheid van het overheidsingrijpen in familielevens wellicht de meest interessante vraag is, viel het de auteurs van dit verslag op dat hierover weinig gesproken is op de expertmeeting. De discussies gingen voornamelijk over de analyse van de maatschappelijke problemen die de Staat probeert te adresseren, en de mogelijkheden en beperkingen van het instrumentarium van de Staat. De fundamentele vraag of overheidsingrijpen wenselijk is, bleef daardoor liggen. Misschien kan hieruit geconcludeerd worden dat voor de aanwezigen overheidsingrijpen de aangewezen weg is. Dat er een rol voor de overheid is weggelegd, lijkt dus geen onderwerp van discussie, maar wel hoe die rol wordt ingevuld.

Hierbij is de doelstelling van het ingrijpen natuurlijk van groot belang. Het publieke belang dat met het ingrijpen wordt gediend moet worden afgewogen tegen de inbreuk op het privéleven van burgers. Ook aan deze afweging is tijdens de expertmeeting weinig aandacht besteed. De Staat moet in elk geval zorgen dat de problemen die hij probeert aan te pakken niet verergerd worden door het ingrijpen of er onbedoelde neveneffecten optreden.

Referenten De Vries en Coenraad verwezen in dat kader naar het conflictgenererend vermogen van het recht. De wettelijke verplichting voor gescheiden ouders om gezamenlijk een ouderschapsplan op te stellen veroorzaakt alleen maar meer conflicten als partners niet meer met elkaar door een deur kunnen na het eindigen van de relatie. Nu zowel partners als kinderen meer rechten hebben verworven en deze met elkaar kunnen botsen, neemt het aantal conflicten en dus ook het aantal juridische procedures toe. De wetgever biedt allerlei mogelijkheden om deze procedures in gang te zetten waardoor de scheidingsproblematiek uiteindelijk verhevigd wordt. De oplossing hiervoor zou kunnen zijn om het mes te zetten in de rechten en procedurele mogelijkheden waardoor uiteindelijk het aantal conflicten zou kunnen afnemen.

## **5. Conclusie**

In deze bijdrage zijn de belangrijkste punten van de referenten tijdens de UCERF-expertmeeting bij elkaar gebracht aan de hand van de vragen: wat wil de Staat, wat kan de Staat en wat mag de Staat bij het ingrijpen in familierelaties? Hierop werden kortgezegd de volgende antwoorden gevonden: de Staat wil meer verantwoordelijkheid aan burgers geven maar grijpt anderzijds ook steeds vaker in, mede ingegeven door de bescherming van de kwetsbare groepen. Hiervoor gebruikt hij een combinatie van zowel juridische als niet-juridische instrumenten. Problematisch bij wetgeving is dat het moeilijk is de belangen en wensen van de rechtssubjecten vast te stellen. Een grotere rol voor de rechter en het bestuur is misschien om die reden weggelegd. Preventieve maatregelen en het aanwenden van media zijn andere manieren waarop de Staat gedrag probeert te sturen. De vraag hoe ver de Staat hierin mag gaan, is tijdens de expertmeeting weinig aan de orde gekomen. Het Europees en internationaal kader biedt enige begrenzing, maar van een fundamentele beschouwing van het 'mogen' van de Staat is het op de expertmeeting niet gekomen. Dit biedt wellicht een aanknopingspunt voor toekomstige onderzoek.

## DEELNEMERS EXPERTMEETING

2 september 2014

Boele-Woelki, Katharina	Hoogleraar internationaal en vergelijkend privaatrecht, UCERF, Universiteit Utrecht k.boele@uu.nl
Brink van den, Marjolein	Universitair docent mensenrechten, gender en rechtstheorie UCERF, Universiteit Utrecht M.vandenBrink@uu.nl
Burri, Susanne	Universitair hoofddocent rechtstheorie UCERF, Universiteit Utrecht s.burri@uu.nl
Coenraad, Lieke	Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het familierecht en het procesrecht, Vrije Universiteit Amsterdam l.coenraad@vu.nl
Dekkers, Wim	Medisch-ethicus afdeling IQ healthcare, Radboudumc wim.dekkers@radboudumc.nl
Emden van, Jim	Student Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht J.vanEmden@uu.nl
Gerritse, Jetty	Rechter bij Rechtbank Midden-Nederland H.Gerritse@rechtspraak.nl
Gray, Jacqueline	Aio UCERF, Universiteit Utrecht j.t.gray@uu.nl
Heeger-Hertter, Susanne	Universitair docent sociaal recht UCERF, Universiteit Utrecht s.heeger@uu.nl
Huijjer, Joost	Aio UCERF, Universiteit Utrecht J.I.Huijjer@uu.nl
Jeppesen-de Boer, Christina	Universitair docent familierecht en rechtsvergelijking UCERF, Universiteit Utrecht C.G.Jeppesen@uu.nl
Jonker, Merel	Universitair docent familierecht UCERF, Universiteit Utrecht m.jonker@uu.nl
Kool, Renée	Senior onderzoeker UCALL, Universiteit Utrecht R.S.B.Kool@uu.nl
Koopmans, Ivy	Senior beleidsmedewerker bij de Sociaal-Economische Raad i.koopmans@ser.nl
Kraaij, Wychand	Student Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht wychandkraaij@live.nl

Kraus, Sabine	Beleidsmedewerker Ministerie van OCW, Directie Emancipatie s.v.kraus@minocw.nl
Nikolina, Natalie	Aio UCERF, Universiteit Utrecht N.V.Nikolina@uu.nl
Plantenga, Janneke	Hoogleraar economie van de welvaartstaat, Universiteit Utrecht J.Plantenga@uu.nl
Reuss, Philipp	Post doc Ludwig-Maximilians-Universität in München Philipp.reuss@jura.uni-muenchen.de
Roozendaal, Willemijn	Universitair hoofddocent in het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht en bijzonder hoogleraar socialezekerheidsrecht, Vrije Universiteit Amsterdam w.l.roozendaal@vu.nl
Rossum van, Wibo	Universitair docent rechtssociologie Montaigne Centrum, UCERF, Universiteit Utrecht w.vanrossum@uu.nl
Schippers, Joop	Hoogleraar arbeidseconomie, Universiteit Utrecht J.J.Schippers@uu.nl
Spaendonck van, Rozemarijn	Student Legal Research Master, Universiteit Utrecht R.W.vanSpaendonck@uu.nl
Tigchelaar, Jet	Universitair docent rechtstheorie UCERF, Universiteit Utrecht H.Tigchelaar@uu.nl
Verhagen, Evelien	Aio UCERF, Universiteit Utrecht E.M.J.M.C.Verhagen@uu.nl
Vries de, Bald	Universitair docent rechtstheorie, Universiteit Utrecht u.devries@uu.nl
Wierda, Eelco	Beleidsmedewerker Ministerie van OCW e.wierda@minocw.nl

## REEDS VERSCHENEN IN DE REEKS FAMILIE & RECHT

- Deel 1 Katharina Boele-Woelki, Ian Curry-Sumner en Wendy Schrama, *De juridische status van polygame huwelijken in rechtsvergelijkend perspectief*, 2010
- Deel 2 Masha Antokolskaia, Bart Breederveld, Liesbeth Hulst, Wilbert Kolkman, Frits Salomons en Leon Verstappen, *Koude uitsluiting*, 2011
- Deel 3 Merel Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg. Een rechtsvergelijking tussen Nederland, Noorwegen en Zweden*, 2011
- Deel 4 Katharina Boele-Woelki, Ian Curry-Sumner, Wendy Schrama en Machteld Vonk, *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen*, 2012
- Deel 5 Katharina Boele-Woelki en Frederik Swennen, *Vergelijkenderwijs. Actuele ontwikkelingen in het Belgische en Nederlandse familierecht*, 2012
- Deel 6 Masha Antokolskaia en Bart Breederveld, *Partner- en kinderalimentatie: knelpunten en voorstellen voor verbetering*, 2013
- Deel 7 J.H.M. ter Haar, *Minderjarigen en (de zorg voor hun) vermogen*, 2013
- Deel 8 [niet verschenen]
- Deel 9 Naomi Spalter, *Grondslagen van partneralimentatie*, 2013
- Deel 10 M.V. Antokolskaia, W.M. Schrama, K.R.S.D. Boele-Woelki, C.C.J.H. Bijleveld, C.G. Jeppesen de Boer en G. van Rossum, *Meeroudergezag: een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders?*, 2014
- Deel 11 Ronald Brinkman, *Het fideicommiss in de notariële praktijk*, 2014
- Deel 12 Marjolein van den Brink en Jet Tigchelaar, *M/V en verder: Seksregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders*, 2014
- Deel 13 Katharina Boele-Woelki en Susanne Burri (red.), *De rol van de staat in familierelaties: meer of minder?*, 2015
- Deel 14 Marit Tomassen, *Het verplichte ouderschapsplan: regeling en werking*, 2015

