

**AFSPRAKEN MET BETREKKING TOT KINDEREN BIJ SCHEIDING VAN  
ONGEHUWDE/NIET-GEREGISTREERDE OUDERS**

**Een rechtsvergelijkend onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie**

Prof. mr. M.V. Antokolskaia

Mr. L.M. Coenraad

Vrije Universiteit Amsterdam

Amsterdam, september 2006

# **Afspraken met betrekking tot kinderen bij scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders**

**Een rechtsvergelijkend onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie**

Prof. mr. M.V. Antokolskaia

Mr. L.M. Coenraad

# INHOUDSOPGAVE

|                          |   |    |
|--------------------------|---|----|
| Nederlandse samenvatting | V   |    |
| Engelse samenvatting     | VIII  |    |
| <br>                     |   |    |
| 1                        | AANLEIDING TOT HET ONDERZOEK  | 1  |
| 1.1                      | Probleemstelling en onderzoeksvragen  | 2  |
| 1.2                      | Methodologische verantwoording  | 3  |
| <br>                     |   |    |
| 2                        | SELECTIE VAN RELEVANTE EUROPESE LANDEN  | 6  |
| 2.1                      | Afspraken omtrent kinderen bij echtscheiding in Europa  | 6  |
| 2.2                      | Afspraken omtrent kinderen bij het beëindigen van informele relaties in Europa  | 7  |
| <br>                     |   |    |
| 3                        | AFSPRAKEN OMTRENT KINDEREN BIJ HET VERBREKEN VAN EEN INFORMELE RELATIE<br>IN OOSTENRIJK, PORTUGAL, SLOVENIË EN SERVIË | 10 |
| 3.1                      | Inleiding   | 10 |
| <br>                     |   |    |
| 3.2                      | Oostenrijk  | 10 |
| 3.2.1                    | Overeenkomst over de hoofdverblijfplaats van een minderjarig kind   | 10 |
| 3.2.2                    | <i>Lex imperfecta</i>   | 12 |
| 3.2.3                    | Welke rol is de verplichte overeenkomst dan wel toebedeeld?   | 12 |
| <br>                     |   |    |
| 3.3                      | Portugal  | 13 |
| 3.3.1                    | Overeenkomst over het minderjarig kind  | 13 |
| 3.3.2                    | <i>Lex perfecta of lex imperfecta?</i>  | 15 |
| 3.3.3                    | Welke rol is de verplichte overeenkomst toebedeeld?   | 17 |
| <br>                     |   |    |
| 3.4                      | Slovenië  | 18 |
| 3.4.1                    | Gelijkwaardigheid tussen huwelijk en buiten-huwelijkse samenleving  | 18 |
| 3.4.2                    | Overeenkomst over de kinderen bij het verbreken van de relatie  | 18 |
| 3.4.3                    | <i>Lex imperfecta</i>   | 20 |
| 3.4.4                    | Welke rol is de verplichte overeenkomst dan wel toebedeeld?   | 21 |
| <br>                     |   |    |
| 3.5                      | Servië  | 21 |
| 3.5.1                    | Gelijkwaardigheid tussen huwelijk en buiten-huwelijkse samenleving  | 21 |

|       |  |    |
|-------|--|----|
| 3.5.2 | Overeenkomst over de kinderen bij het verbreken van de relatie   | 21 |
| 3.5.3 | <i>Lex imperfecta</i>  | 22 |
| 3.5.4 | Welke rol is de verplichte overeenkomst dan wel toebedeeld?      | 23 |
| 4.    | VERGELIJKENDE ANALYSE OP BASIS VAN DE ONDERZOEKSVRAGEN 2, 3 EN 4 | 24 |

## **Bijlagen**

|            |  |    |
|------------|--|----|
| Bijlage 1: | De informanten voor de vier geselecteerde landen | 31 |
| Bijlage 2: | Questionnaires en antwoorden                     | 32 |
| Bijlage 3: | Relevante wetteksten                             | 46 |
| Bijlage 4: | Lijst van geraadpleegde literatuur               | 50 |

## SAMENVATTING

Momenteel ligt bij de Tweede Kamer het regeringsvoorstel inzake bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding (Kamerstukken II 2004 - 2005, 30 145). Hierbij wordt onder meer voorgesteld dat het verzoekschrift tot echtscheiding of tot ontbinding van een geregistreerd partnerschap een **ouderschapsplan** moet bevatten. Voor de naar schatting 18.000 kinderen die betrokken zijn bij een scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders stelt het wetsvoorstel voornamelijk het ouderschapsplan echter niet verplicht.

De doelstelling van dit onderzoek is het inwinnen van informatie uit het buitenland die ondersteuning kan bieden bij de discussie of iets dergelijks als een ouderschapsplan ook mogelijk en nuttig is in geval van uiteen gaan van ouders die noch gehuwd zijn noch in een geregistreerd partnerschap zijn verbonden en van informatie die nuttig kan zijn bij de uitwerking van een dergelijk idee.

Oostenrijk, Portugal, Servië en Slovenië zijn de enige landen in Europa die het maken van afspraken over de kinderen vereisen bij het verbreken van informele relaties. Het maken van deze afspraken is in deze landen een formele voorwaarde voor continuering van gezamenlijk gezag na scheiding.

Naar **Oostenrijks recht** is de overeenkomst over de hoofdverblijfplaats van het kind de enige afspraak die ouders bij het beëindigen van hun informele relatie omtrent hun minderjarige kinderen moeten maken (art. 167 lid 1 j° art. 177 lid 2 ABGB). Omdat informeel samenlevende ouders hun relatie in Oostenrijk ook op informele wijze kunnen beëindigen, zal de rechter doorgaans geen weet hebben van hun scheiding. Zolang de rechter niet op de hoogte is van het ontbreken van de overeenkomst, loopt het gezamenlijk gezag na scheiding gewoon door, ongeacht of de ouders daadwerkelijk de vereiste overeenkomst hebben gemaakt. De Oostenrijkse wetgever gedooft deze vorm van automatische voortzetting van gezamenlijk gezag.

De verplichting tot het sluiten van de overeenkomst is in deze gedoogperiode een *lex imperfecta*. Hiermee wordt bedoeld dat alle rechtshandelingen die door de gescheiden ouders in deze periode van voortgezet ouderschap zijn verricht, hun geldigheid behouden en deze niet met terugwerkende kracht verliezen.

Indien aan de rechter naderhand - bijvoorbeeld bij gerezen problemen tussen de ouders over het voortgezet ouderschap - mocht blijken dat ouders er niet in zijn geslaagd de vereiste overeenkomst over de hoofdverblijfplaats van het kind te maken, zal de rechter aan een van beide ouders het eenhoofdig gezag toekennen. Anders dan in Nederland is de verplichte overeenkomst daarmee een formele voorwaarde voor voortzetting van gezamenlijk gezag na scheiding, hoewel de wetgever, bij gebrek aan controlemogelijkheden, automatische voortzetting van gezamenlijk gezag zonder overeenkomst gedooft.

Naar **Portugees recht** moeten ouders in geval van het verbreken van hun informele relatie een overeenkomst maken over de hoofdverblijfplaats van het kind, omgang en kinderalimentatie (art. 1912 j° 1905 van het Portugees BW). Net als in Oostenrijk is deze overeenkomst, formeel gezien, een voorwaarde voor voortgezet gezamenlijk gezag. De scheiding vindt echter op informele wijze plaats en daarom zal de rechter in de praktijk daarvan doorgaans geen weet hebben en kan het gezamenlijk gezag derhalve na scheiding gewoon doorlopen, terwijl de daarvoor formeel vereiste overeenkomst ontbreekt. Ook hier is weer sprake van gedogen.

De vraag rijst of de rechtshandelingen, verricht in de gedoogperiode door de ouder(s) die naderhand niet door de rechter met het gezag is (zijn) belast, rechtsgeldig zijn verricht en deze geldigheid ook behouden, of dat zij deze geldigheid met terugwerkende kracht verliezen.

Het antwoord op deze vraag is helaas niet met zekerheid te geven, nu zelfs de voor dit onderzoek geconsulteerde Portugese informanten, zij het met de nodige voorzichtigheid, lijken te willen suggereren dat de geldigheid van deze rechtshandelingen ‘may be questioned’.

Indien de rechter naderhand ontdekt dat de vereiste overeenkomst ontbreekt, leidt dit er, net als in Oostenrijk, (zo mogelijk na het beproeven van mediation) toe dat de rechter het eenhoofdig gezag toewijst aan een van beide ouders, of, in uitzonderlijke gevallen, aan een derde of aan een heropvoedings- of welzijnsinstituut.

Naar **Sloveens recht** moeten informeel samenwonende ouders die hun relatie verbreken een overeenkomst maken over het gezag, de opvoeding, kinderalimentatie, omgang, de hoofdverblijfplaats van het kind en de wijze waarop voor het kind bestemde goederen (bijvoorbeeld post) en informatie aan het kind zullen worden overgedragen (art. 105 MFRA). In Slovenië zijn duurzame informele relaties met het huwelijk juridisch gelijk gesteld. Toch geschiedt, net als in Oostenrijk en Portugal, het verbreken van informele relaties op informele wijze. Formeel gezien is de overeenkomst van art. 105 MFRA derhalve vereist voor voortgezet gezamenlijk gezag, maar *de facto* loopt de gezagstoestand van voor de scheiding gewoon automatisch door. De bevoegde autoriteiten vernemen de verbreking van de informele samenleving dikwijls pas als problemen tussen de ouders ontstaan zijn en ze zich tot de rechter of het *center for social work* wenden. Hierbij sluit aan dat ook in Slovenië de bepaling van art. 105 MFRA ten aanzien van informeel samenlevenden een *lex imperfecta* is, in die zin dat het niet voorziet in sancties in geval van schending daarvan.

Hoewel de naleving van de plicht een overeenkomst te sluiten in geval van het verbreken van een informele relatie niet te controleren is, schrijft de MFRA dit toch ook in dit geval voor ter voorkoming van discriminatie tussen kinderen die binnen dan wel buiten huwelijk zijn geboren. De verplichting strekt derhalve ter bevordering van verdere gelijkstelling van huwelijkse en buiten-huwelijkse relaties.

Ook in **Servië** zijn duurzame informele relaties met het huwelijk juridisch gelijkgesteld. Naar Servisch recht moeten informeel samenwonende ouders die hun relatie verbreken ook een overeenkomst maken over de toekomstige uitoefening van het gezamenlijk gezag. De omvang van een dergelijke overeenkomst is echter veel beperkter dan in Slovenië. Net als in Oostenrijk is het enig verplichte punt waarover overeenstemming moet bestaan de hoofdverblijfplaats van het kind (art. 76 (2) FA).

Hoewel de overeenkomst weliswaar een formeel vereiste voor het voortzetten van het gezamenlijk gezag is, kan de gezamenlijke gezagstoestand van vóór de scheiding na de scheiding *de facto* derhalve gewoon automatisch doorlopen, zonder de vereiste overeenkomst. De samenwonende partners kunnen hun relatie namelijk beëindigen zonder enige overheidsinstantie daarover te informeren. Net als in de overige drie door ons onderzochte landen, gedooft ook de Servische wetgever deze vorm van voortgezet gezag zonder de daarvoor vereiste overeenkomst. Ook in Servië is de regeling van art. 75-76 FA een *lex imperfecta*, omdat de wet niet voorziet in sancties in geval van schending daarvan gedurende de gedoogperiode.

Als de rechter naderhand echter ontdekt dat de ouders geen overeenkomst hebben kunnen bereiken, of de voorgestelde overeenkomst door de rechtbank is verworpen, wordt het gezag door de rechtbank aan een van de ouders toegekend.

Net als in Slovenië is de eis tot het sluiten van een overeenkomst aangaande de kinderen een uitvloeisel van de gelijkstelling van huwelijk en buitenhuwelijkse samenleving.

**Concluderend:** verspreid over de vier onderzochte landen, zijn vier belangrijke redenen aan te wijzen voor de invoering van een verplichting tot het sluiten van de overeenkomst over kinderen in het geval van het verbreken van informele relaties:

- a) Voorwaarde voor voortzetting van het gezamenlijk gezag na scheiding (alle vier de landen)
- b) Het streven naar volledig gelijke behandeling van de binnen en buiten huwelijk geboren kinderen (Slovenië en Servië).
- c) Verdere gelijkstelling van het huwelijk en de buiten-huwelijkse relatie als instituten (Slovenië en Servië).
- d) Bevordering van een goede verstandshouding tussen de partners (alle vier de landen).

Met betrekking tot de omvang van de vereiste overeenkomst vallen de vier onderzochte landen in twee groepen uiteen. In Portugal en Slovenië is een tamelijk omvangrijke overeenkomst vereist, vergelijkbaar met het in Nederland voorgestelde ouderschapsplan. In Oostenrijk en Servië is daarentegen slechts het bereiken van overeenstemming over de gewone verblijfplaats van het kind verplicht.

In geen van de vier landen is de vereiste overeenkomst een voorwaarde voor de scheiding. Wel is de overeenkomst in alle vier onderzochte landen een formele voorwaarde voor voortgezet gezamenlijk gezag. Nu vanwege het informele karakter van de scheiding mogelijkheden tot controle van naleving van deze voorwaarde ontbreken, kan het gezamenlijk gezag in de praktijk gewoon doorlopen, zonder de vereiste overeenkomst. Alle wetgevers gedogen deze situatie. In Oostenrijk en Slovenië is dit gedoogbeleid openlijk erkend. De houding in Portugal is, voor zover wij daarachter konden komen, meer aarzelend, maar komt in de praktijk op hetzelfde neer. In Servië is nog bijna geen ervaring opgedaan met de toepassing van de pas in 2005 in werking getreden regels.

Het ontbreken van wettelijke sancties op het niet-naleven van de verplichting om de bedoelde overeenkomst te maken, maakt de wettelijke regeling bovendien in alle vier de onderzochte landen tot een *lex imperfecta*.

Tegelijkertijd is tijdens het onderzoek naar voren gekomen, dat de verplichting tot het sluiten van de bedoelde overeenkomst niet een volledig dode letter is. In Oostenrijk was de wetgever zich er wel degelijk van bewust dat de rechter in de praktijk geen weet zal hebben van een informele scheiding en dat de rechter daardoor geen controle kan uitoefenen op naleving van de plicht tot het overleggen van een overeenkomst. Toch koos de Oostenrijkse wetgever voor invoering van die verplichting, aangezien zij een rol gaat spelen, indien de gescheiden ouders naderhand problemen omtrent de uitoefening van het gezag krijgen en een van beide ouders zich alsnog tot de rechter wendt. En in Slovenië blijken ouders soms vrijwillig de vereiste overeenkomst ter goedkeuring aan de rechter voor te leggen, om zo meer rechtszekerheid te krijgen.

## ABSTRACT

There is currently a Governmental Bill of the Act *On Promoting Continuation of Parentage after Divorce and Responsible Divorce* before the Second Chamber of the Dutch Parliament (Kamerstukken II 2004 - 2005, 30 145). Among other things, this Bill states that every divorce or registered partnership dissolution petition should include a **parental plan**. As of now, this Bill contains no parental plan requirement for the approximately 18.000 children whose unmarried or unregistered parents are currently involved in the termination of their relationships.

The purpose of this research is to provide comparative information for use in further discussions concerning whether the introduction of parental plan requirement is also feasible and workable in of informal relationship terminations between the parents.

Austria, Portugal, Serbia and Slovenia appear to be the only European countries currently requiring arrangements to be made with regard to children involved in the termination of informal relationships. Such arrangements are a formal precondition for the continuation of joint parental responsibility after the termination of the relationships in these countries.

According to **Austrian law**, when informal relationships end, agreement on a child's residence is the only compulsory arrangement the parents are required to make with regard to their children, (art. 167 lid 1 j° art. 177 lid 2 ABGB). Because informal relationships can be ended informally in Austria, in most cases a judge would have no knowledge of such a termination. As long as a judge is not aware that the parents have failed to make a required arrangement regarding their children, the joint parental responsibility will simply continue on as it was, irrespective of whether the parents have, in fact, made such an arrangement. The Austrian legislature openly tolerates this form of automatic continuation of joint parental responsibility.

The requirement of making an arrangement with regard to children during this intermediary period is a *lex imperfecta*; therefore, all legal acts performed by the separated parents during this period are considered valid.

The judge can, of course, later discover that the parents have failed to reach a required agreement with regard to their child's residence. This can happen, for instance, if the parents would have disputes later concerning the exercise of joint parental responsibility. In this case the judge would bestow sole parental responsibility upon one of the parents. Differing from The Netherlands, compulsory agreement regarding children is a formal requirement for continuation of joint parental responsibility in cases involving termination of parental relationships in Austria. However, the lack of the possibility to execute control over the making of such agreements compels the legislature to tolerate *de facto* automatic continuation of joint parental responsibility when the required arrangements have not been made.

According to **Portuguese law**, informally cohabiting parents whose relationships end are required to make arrangements with regard to their child's residence, contact with the non-residential parent and child maintenance (art. 1912 j° 1905 van het Portugees BW). As in Austria, such an agreement is a formal requirement for the continuation of joint parental responsibility. As the termination of informal relationships is an informal matter, in practice a judge would almost never learn about it. In these cases, the joint parental responsibility simply *de facto* continues, without the legal requirement of making arrangement regarding children having been met. This situation can also be qualified as the toleration policy.



A question which arises is whether the legal acts performed by parents during this period of uncertainty retain their validity. There is, alas, no certain answer to this question. Our Portuguese respondents cautiously suggested that such acts later ‘may be questioned’.

If the judge later discovers that no arrangements with regard to children have been made and mediation fails to help the parents to come to an agreement, the judge, in the same fashion as in Austria, would grant sole parental custody to one of the parents. In exceptional cases parental responsibility can be granted to a third person or an institution.

According to **Slovenian law**, informally cohabiting parents who are separating are required to make an arrangement with regard to parental responsibility, education of the child, child maintenance, contact, child residence and providing the child with information (art. 105 MFRA). Durable cohabitation in Slovenia is legally equated with marriage. However, as in Austria and Portugal, ending an informal cohabitation takes place in an informal fashion. Formally speaking, the agreement prescribed by art. 105 MFRA is a formal requirement for the continuation of joint parental responsibility. However, in fact the same parental responsibility situation that had existed before the termination of the relationships simply continues. The competent authorities discover such terminations only if the parents themselves later ask the judge or the *Center for Social Work* to resolve their problems. Therefore it is possible to conclude that in Slovenia the requirements of the art. 105 MFRA with regard of cohabiting couples is also a *lex imperfecta*. The violation of this requirement is generally sanctionless.

Although it is not possible to control whether the informally terminating cohabitants fulfil the requirement to make an arrangement with regard to their children, the rationale behind this requirement is to avoid legal discrimination between marital and extramarital children. The requirement in question also serves to further equalise marriage and durable cohabitation.

Durable cohabitation according to **Serbian law** is also equated to marriage. Parents ending an informal cohabitation are required to make an agreement with regard to the future execution of their parental responsibility. The scope of such agreement is more limited than in Slovenia. As in Austria, the only compulsory item is the arrangement regarding the child’s residence (art. 76 (2) FA).

However, such an agreement is a formal requirement for continuation of joint parental responsibility; in fact the situation with parental responsibility before the termination of the relationships *de facto* simply goes on, even in the absence of the required agreement. This has, again, to do with the fact that the informal cohabitants are free to end their relationships without taking any formal steps. As in the three countries discussed above, the Serbian legislature tolerates this form of continuation of joint parental responsibility. Therefore, in Serbia the provisions of art. 75-76 FA are also *lex imperfecta* without any sanctions.

If the judge later learns that the parents have not reach an agreement, or their agreement was not approved by a judge, one of the parents would be charged with sole parental responsibility.

As with Slovenia, the requirement of making an arrangement regarding the children is one of the effects of legally equalising informal cohabitation with marriage.

**Conclusion:** the study of the four aforementioned countries allows delineating four important reasons for requiring an agreement with regard to children if the children’s parents are ending an informal cohabitation:

- e) Precondition for continuation of joint parental responsibility after the separation of the parents (all four countries);
- f) Avoidance of legal discrimination between marital and extramarital children (Slovenia and Serbia);
- g) Further equalisation of marriage and durable cohabitation (Slovenia and Serbia);
- h) Facilitation of good communication between the separated parents (all four countries).

With regard to the scope of the agreement, two groups can be distinguished among the four countries. In Portugal and Slovenia the scope of the agreement is considerable, and can be compared with the scope of the parental plan proposed in The Netherlands. In contrast, in Austria and Serbia the scope of the agreement is exclusively limited to child residence.

None of the four countries considers such an agreement a precondition for the termination of the informal relationships. On the contrary, in all four countries such an agreement is a formal precondition for the continuation of joint parental responsibility. However, due to the informal nature of ending an informal relationship, there is no possibility of being able to control the fulfilment of this requirement. Therefore, joint parental responsibility in fact simply continues after the parents separate, even if no agreement was ever concluded. The legislatures of all four countries tolerate this situation. In Austria and Slovenia this tolerant policy is openly acknowledged. The attitude in Portugal is more hesitant, but in practice it boils down to the same result. In Serbia there is as yet almost no experience with the application of the new law enacted in 2005. The absence of legal sanctions for non-fulfilment of the requirement to make an agreement makes the law of all four countries into a *lex imperfecta*.

At the same time, the conducted study has revealed that the obligation to make an agreement is not entirely a dead letter. The Austrian legislature was perfectly aware that in practice a judge would have no means to discover the termination of informal relationships between parents, and would therefore not be able to control the fulfilment of the requirement to make an agreement with regard to the children of such a relationship. Nonetheless, the Austrian legislature has chosen to introduce such a requirement because it is expected to play an important part if the parents later run into problems with the execution of their parental responsibility and have to ask the judge to resolve them. In Slovenia there is evidence that the parents sometimes submit the required agreement to judicial control upon on their own motion in order to acquire more legal certainty.