

Uitbreiding omgangsrecht voor Nederlandse grootouders?

Inzichten vanuit de Verenigde Staten

Teun Geurts¹

Er is maatschappelijke en politieke discussie over grootouders die hun kleinkinderen niet zien omdat (één van) de ouders dit tegenhouden. Het recht zou voor hen tekort schieten en Nederland zou achterblijven bij ontwikkelingen in landen als België, Duitsland en Frankrijk. Potentieel relevante inzichten vanuit de Verenigde Staten, waar de afgelopen decennia veel ervaring is opgedaan met de uitbreiding en inperking van het omgangsrecht, ontbreken echter in de discussie. Deze bijdrage beoogt hierin te voorzien. De veranderingen in het Amerikaans omgangsrecht voor grootouders worden op hoofdlijnen beschreven, waarna wordt nagegaan wat de belangrijkste argumenten waren voor de uitbreiding en vervolgens de inperking ervan.

Sinds een aantal jaar speelt een maatschappelijke discussie over grootouders die weer of meer contact met hun kleinkinderen willen. Het recht zou voor hen tekort schieten. Met de initiatiefnota *Opgroeien met opa en oma* bereikte de discussie een politiek hoogtepunt.² De nota, die op 3 maart 2015 aan de Tweede Kamer werd aangeboden, omvatte het voorstel om op verschillende manieren de wettelijke positie van grootouders te versterken.³ Het Kabinet voelde echter weinig voor dit voorstel⁴ en de meeste fracties waren kritisch.⁵ Tijdens de notabespreking werden drie moties ingediend:⁶ één over de verlaging van de ontvankelijkheidsdrempel voor grootouders, één over het opnemen van grootouders in het ouderschapsplan, en één over een informatieregeling voor grootouders. Ze werden alle drie door de minister ontraden en in een latere stemming door de Tweede Kamer verworpen.⁷ Er bleek geen steun te zijn voor een sterkere positie voor grootouders. Toch is het idee niet van de politieke agenda. Integendeel.

In het kader van de bevindingen van de Staatscommissie Herijking ouderschap is in het regeerakkoord 2017 opgenomen dat er nader onderzoek zal komen naar de positie van grootouders waarbij het belang van het kind leidend zal zijn.⁸ De Minister voor Rechtsbescherming heeft dit plan inmiddels nader ingevuld en is voornemens de mogelijke betekenis van het expliciet wettelijk

vastleggen van een omgangsrecht tussen grootouders en kleinkinderen voor de positie van kinderen in scheidings-situaties te laten onderzoeken.⁹ Het idee van een omgangsrechtenuitbreiding voor grootouders zal hiermee opnieuw, en waarschijnlijk prominenter dan voorheen, op de politieke agenda terecht komen.

In de Nederlandse vakliteratuur wordt over het algemeen positief geschreven over het idee om de ontvankelijkheidsbepaling van een 'nauwe persoonlijke betrekking' (art. 1:377a BW) ten gunste van grootouders aan te passen.¹⁰ Op dit punt zou het recht voor grootouders tekort schieten en zou Nederland achterblijven op de ontwikkelingen in anderen landen.¹¹ Opvallend in deze literatuur is dat de ontwikkelingen in de Verenigde Staten vooralsnog buiten de analyse zijn gebleven. Dit terwijl in de Verenigde Staten een uitgebreide maatschappelijke en politieke discussie is gevoerd over (de betekenis van) de uitbreiding van het omgangsrecht. In deze bijdrage zal ik een aantal inzichten presenteren vanuit Amerikaans onderzoek naar deze ontwikkelingen door middel van kleinschalig literatuuronderzoek in een omvangrijke literatuurdatabase *Web of Science*. Voordat mijn bevindingen aan de orde komen, zal ik eerst de huidige mogelijkheden voor grootouders en het eerdere politieke debat over de uitbreiding van het recht kort beschrijven.

Voor Nederlandse grootouders hangt het recht op omgang dus af van feiten en omstandigheden

Wettelijke mogelijkheden tot omgang

Het Burgerlijk Wetboek biedt grootouders en kleinkinderen mogelijkheden om met elkaar contact te onderhouden (artikel 1:377a lid 2 en artikel 1:377g BW). Het staat er echter niet met zoveel woorden omschreven.¹² Het kind heeft recht op omgang met zijn ouders en degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat (art. 1:377a lid 1 BW). De ouder(s), én personen die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan, kunnen de rechter verzoeken om een omgangsregeling te treffen (art. 1:377a lid 2 BW). Deze 'nauwe persoonlijke betrekking' is een vertaling van het begrip 'family life' in artikel 8 EVRM over het eerbiedigen van het privé en familie-/gezinsleven.¹³

Het begrip 'family-life' is een ruim begrip. In tegenstelling tot het Nederlands, kent de Engelse taal geen afzonderlijke begrippen voor gezin en familie: diverse soorten familieverbanden kunnen worden geschaard onder de noemer 'family'. Soms worden er specifieke toevoegingen gebruikt, zoals 'nuclear' en 'extended', om meer duiding te geven. Het EHRM is van mening dat 'family life' ten minste de betrekkingen tussen naaste bloedverwanten zoals grootouders en kleinkinderen omvat, aangezien dergelijke familieleden een aanzienlijke rol in het gezinsleven kunnen spelen.¹⁴ Enerzijds kan hieruit worden afgeleid dat enkel het bestaan van deze familieband afdoende is voor het bestaan van 'family life'.¹⁵ Anderzijds laten uitspraken van de Nederlandse Hoge Raad zien dat steeds aan de hand van concrete omstandigheden en per geval moet worden beoordeeld of er inderdaad sprake is van family life.¹⁶ De Hoge Raad lijkt hiermee inhoudelijk te willen toetsen of de betreffende familieleden ook echt een aanzienlijke rol spelen in het gezinsleven. Voor Nederlandse grootouders hangt het recht op omgang dus af van feiten en omstandigheden.¹⁷ Hierbij is de biologische afstamming geen doorslaggevende factor.¹⁸ Ook stiefgrootouders, pleeggrootouders, en zogenoemde 'sociale' grootouders komen in aanmerking voor een omgangsregeling,

zolang de nauwe persoonlijk betrekking maar voldoende kan worden aangetoond.

Het initiatiefwetsvoorstel

Het politieke debat over een expliciet omgangsrecht voor grootouders begint met een paar Kamerleden die signalen opvangen over grootouders die hun kleinkinderen niet meer kunnen zien.¹⁹ Vooral na een scheiding zouden sommige grootouders het contact met de kleinkinderen helemaal verliezen.²⁰ De gevolgen kunnen 'voor de betreffende grootouders hartverscheurend zijn'.²¹ Voor enkele grootouders is het gemis zo groot, dat ze zelfs naar de rechter stappen.²²

Een en ander resulteerde in een initiatiefnota waarin wordt gepleit voor uitbreiding van het omgangsrecht voor grootouders.²³ Hoewel hierin wordt benadrukt dat het belang van het kind zonder meer voorop zou moeten staan in het toekennen van omgang met kleinkinderen, wordt dit tegelijkertijd als vrij vanzelfsprekend neergezet: 'Over het algemeen kan gesteld worden dat het ook in het belang van kleinkinderen is om omgang met hun grootouders te hebben, onder meer om zo hun herkomst beter te leren kennen'.²⁴ De initiatiefnemers motiveerden hun wetsvoorstel daarmee vooral vanuit de noden van de oudere generatie, zo constateerden verschillende fracties tijdens de bespreking van de nota.²⁵

Het voorstel bleek mede door deze benaderingswijze weinig vruchtbaar. De regeringspartijen spraken voor het initiatief weliswaar hun sympathie uit, maar vonden ook dat het voorstel te veel uitging van grootouderbelangen en te weinig rekening met het kind hield.²⁶ Ook de Kinderombudsman had zo zijn twijfels bij het plan en vond, net als de ouderenbond ANBO, dat een omgangsregeling voor grootouders door de rechter getoetst moet worden.²⁷

In zijn reactie op het voorstel wees de Minister van Veiligheid en Justitie met name op het uitgangspunt van de overheid dat de verantwoordelijkheid voor de kinderen bij de ouders ligt.²⁸ Opvoedbekwame en gezagdragende ouders mogen zelf bepalen of zij omgang tussen het kind en derden mogelijk maken. Daarnaast wees hij op mogelijke risico's van uitbreiding van dit recht voor de kleinkinderen. Zeker in de context van een complexe scheiding, waar deze problematiek zich waarschijnlijk het vaakst manifesteert, is het volgens de minister van belang dat 'het aantal partijen dat aan het kind kan "trekken", beperkt blijft'.²⁹ Het kabinet Rutte II koos mede daarom

Auteur

1. Dr. T. Geurts is wetenschappelijk onderzoeker bij de afdeling Rechtsbestel, wetgeving en internationale- en vreemdelingenangelegenheden van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatie Centrum (WODC). Hij schrijft dit artikel op persoonlijke titel.

Noten

1. Kamerstukken II 2014/15, 34168, 1.
2. Kamerstukken II 2014/15, 34168, 2.
3. Kamerstukken II 2015/16, 34168, 4.
4. Kamerstukken II 2015/16, 34168, 9.

6. Idem.

7. Idem; *Handelingen II* 2015/16, 83, item 9, p. 1.
8. Regeerakkoord 2017: 'Vertrouwen in de toekomst'. Het zal tevens worden bezien in samenhang tot de actie-agenda van het platform *Scheiden zonder Schade*, 2018.
9. Kamerstukken II 2017/18, 33836, 24.
10. Koens, *FJR* 2013/78; P. Vlaardingerbroek *EB* 2013/23; Van der Linden, *EB* 2015/67, afl. 7/8, p. 144-146; A. Heida, *EB* 2016/63, afl. 7/8, p. 137-139; Pieters, *FJR* 2017/64, afl. 11, p. 297-303.
11. Idem.

12. Van der Linden, *EB* 2015/67, afl. 7/8, p. 144-146.
13. A. Heida, *EB* 2006/43.
14. EHRM 13 juni 1979, *NJ* 1980/462 (*Marckx*).
15. Koens, *FJR* 2013/78.
16. Van der Linden, *EB* 2015/67, afl. 7/8, p. 144-146.
17. P. Vlaardingerbroek, *EB* 2013/23, p. 2.
18. HR 22 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4966.
19. Kamerstukken II 2014/15, 34168, 2.
20. Kamerstukken II 2014/15, 34168, 2, p. 1.

21. Idem.

22. Pieters, *FJR* 2017/64, afl. 11, p. 297-303.
23. Kamerstukken II 2014/15, 34168, 1.
24. Kamerstukken II 2014/15, 34168, 2, p. 2.
25. Kamerstukken II 2015/16, 34168, 9.
26. Idem.
27. NOS 5 mrt 2016, <https://nos.nl/artikel/2022470-omgangsregeling-kleinkinderen-geen-automatisme.html>.
28. Kamerstukken II 2015/16, 34168, 4.
29. Kamerstukken II 2015/16, 34168, 4, p. 2.



© smartboy10 / Getty Images

voor het stimuleren van omgang tussen grootouder en kleinkind op informele wijze, bijvoorbeeld door hen een rol te geven in het de-escaleren van een vechtscheiding.³⁰ De drie moties die tijdens het notaoverleg werden ingediend – de kern van de beoogde veranderingen omvatend – werden dan ook op 17 mei 2016 door de Tweede Kamer verworpen waarmee de politieke discussie hieromtrent tot een einde kwam.³¹ Maar niet voor lang. Want recent toegezegd onderzoek naar uitbreiding van het omgangsrecht zal het debat in de toekomst nieuw leven inblazen.

Methode literatuuronderzoek

Voor het toekomstige debat is het nuttig om kennis te nemen van de discussie die zich in de Verenigde Staten heeft afgespeeld. Om dit in kaart te brengen is gezocht in een zoekstelsel voor wetenschappelijke literatuur, te

weten *Web Of Science*. Meer specifiek heeft het zoekstelsel betrekking op verschillende gegevensbestanden voor peer-reviewed wetenschappelijke publicaties. Het zoekstelsel bevat bibliografische gegevens van artikelen uit ongeveer 18.000 wetenschappelijke tijdschriften. Opgenomen zijn de gegevens van vier citatie-indexen: Science Citation Index Expanded (1970-heden); Social Sciences Citation Index (1970-heden); Arts & Humanities Citation Index (1975-heden); Emerging Sources Citation Index (2015-heden). Alle artikelen waarbij in de titel, samenvatting, of in de sleutelwoorden – in samenhang of los van elkaar – de begrippen ‘grandparent’ en ‘visitation’ voorkwamen, zijn opgenomen in het zoekresultaat. Hetzelfde geldt voor artikelen die zijn gezocht met de zoektermen ‘grandparents’ en ‘visitation’. De tijdsperiode van de zoekopdracht is beperkt tot alle artikelen die vanaf 1998 zijn gepubliceerd.

Tabel 1. Artikelen die zijn gebruikt als bronnen voor het identificeren van hoofdlijnen van de ontwikkelingen in het Amerikaans omgangsrecht voor grootouders

Auteur(s)	Jaar	Titel	Tijdschrift
Cowan	2007	'There's no place like home: Why the harm standard in grandparent visitation disputes is in the child's best interests'	Fordham Law Review
Draper	2013	'Grandparents' entitlements and obligations'	Bioethics
Hill	2002	'Social structure and family law: The underlying factors of grandparent legislation'	Journal of Family Issues
Keith & Wacker	2002	'Grandparent visitation rights: An inappropriate intrusion or appropriate protection?'	International Journal of Aging & Human Development
Stein	2007	'Court-ordered grandparent visitation: Welcome event or unwarranted intrusion into family life?'	Social Service Review
Scott	2000	'Troxel, et vir, petitioners v. Granville: Grandparents' rights or parental autonomy?'	Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law
Tomaine	2001	'Troxel v. Granville: Protecting fundamental parental rights while recognizing changes in the American family'	Catholic University Law Review

In totaal leverde de zoekactie 32 artikelen op. Een aantal van deze artikelen waren niet relevant omdat ze geen of slechts marginaal betrekking hadden op (uitbreiding van) het omgangsrecht voor grootouders (23) of geen betrekking hadden op de Amerikaanse context (1). Van één artikel was de volledige tekst niet verkrijgbaar. Na deze selectie bleven er zeven artikelen over die in het onderhavige literatuuroverzicht betrokken worden (tabel 1). Deze artikelen zijn allemaal in zijn geheel doorgenomen ter identificatie van hoofdlijnen. De literatuurbespreking zal plaatsvinden aan de hand van de dominante thema's binnen deze literatuur.

Ontwikkeling van het omgangsrecht voor grootouders in de VS

In het begin van de vorige eeuw waren grootouders in de Verenigde Staten aangewezen op het *common law*-stelsel.³² Voor het krijgen van een omgangsregeling hadden ze in dit rechtssysteem echter geen *standing*.³³ Hiervoor geeft het stelsel een aantal motivaties. Zo wordt het faciliteren van omgang als een morele maar niet als een juridische plicht van ouders gezien.³⁴ Bovendien gaan gerechtelijke beslissingen hieromtrent tegen de ouderlijke autonomie in en is het niet in het belang van het kind om het midden in het conflict tussen ouder en grootouder te plaatsen.³⁵ Ook wordt gevonden dat natuurlijke relaties beter in staat zijn om familieverhoudingen te herstellen dan juridische interventies.³⁶ Dit maakt dat grootouders vanuit *common law* geen recht hebben om omgang met kleinkinderen bij de rechter af te dwingen.³⁷

Toch waren er in het begin van de vorige eeuw wel mogelijkheden voor grootouders om een omgangsregeling door de rechter toegewezen te krijgen.³⁸ Niet alleen als er een *dwingende reden* was om de ouderlijke autonomie te doorbreken kon de staat interveniëren, bijvoorbeeld bij kindermishandeling,³⁹ ook als omgang overduidelijk in het belang van het kind was konden grootouders in aanmerking komen voor een omgangsregeling.⁴⁰ Vaak ging het dan om kleinkinderen die langere tijd bij de grootouders woonden, een nauwe persoonlijke betrekking met de grootouder hadden opgebouwd ('close personal relationship') of van wie de ouders niet in staat waren om voor de kinderen te zorgen.⁴¹ In het kader van deze uitzonderingen werden in de loop van de vorige eeuw vanuit het *common law* stelsel steeds vaker omgangsregelingen aan grootouders toegekend.⁴² In de jaren zestig kwam hier de erkenning van een bredere definitie van het gezin bij: veel staten namen wetten aan die het mogelijk maakten voor 'derden' om omgang met de kinderen te krijgen, zoals grootouders en niet-verwante opvoeders.⁴³

Voor sommige grootouders ging dit echter niet ver genoeg. Tussen 1982 en 1992 hebben grootouders, vertegenwoordigd door hun advocaten, bij het Amerikaans Congres aandacht gevraagd voor uitbreiding van de rechten voor grootouders.⁴⁴ Vanuit het Congres kwam de oproep aan individuele staten om tot een uniform beleid te komen ter uitbreiding van de rechten van grootouders.⁴⁵ In reactie op de lobby en het verzoek van het Amerikaans Congres hebben sommige staten de mogelijkheden voor grootouders (verder) verbreed.⁴⁶ Hierbij ging het niet zozeer om uitbreiding van de rechten van groot-

30. Genoemd worden: netwerkberaden van de RvdK en de innovatiepilot 'Recht doen aan je kind'. *Kamerstukken II* 2015/16, 34168, 9, p. 24.

31. *Handelingen II* 2015/16, 83, item 9.

32. Stein, *Soc Serv Rev* 2007/8, afl. 2, p. 229-243, p. 231.

33. *Standing* is het recht om een verzoekschrift in te dienen voor iets waar de rechter beslissingsbevoegdheid heeft. Zie Stein, *Soc*

Serv Rev 2007/8, afl. 2, p. 229-243, p. 231. Tomaine, *Cathol U Law Rev* 2001/50, afl. 3, p. 734.

34. Louisiana Supreme Court, *Succession of Reiss*, 1894, in: Stein, *Soc Serv Rev* 2007/8, afl. 2, p. 229-243, p. 231.

35. Cowan, *Fordham Law Review* 2007/75, afl. 6, p. 3140.

36. Tomaine, *Cathol U Law Rev* 2001/50, afl. 3, p. 737.

37. Cowan, *Fordham Law Review* 2007/75, afl. 6, p. 3140.

38. Tomaine, *Cathol U Law Rev* 2001/50, afl. 3, p. 737-738.

39. Stein, *Soc Serv Rev* 2007/8, afl. 2, p. 229-243, p. 229.

40. *Idem*.

41. J. Scott, *Am Acad Psychiatry* 2000/28, afl. 4, p. 465.

42. Stein, *Soc Serv Rev* 2007/8, afl. 2, p.

231.

43. Stein, *Soc Serv Rev* 2007/8, afl. 2, p. 230.

44. Stein, *Soc Serv Rev* 2007/8, afl. 2, p. 230-231.

45. Tomaine, *Cathol U Law Rev* 2001/50, afl. 3, p. 731-783.

46. Tomaine, *Cathol U Law Rev* 2001/50, afl. 3, p. 745.

ouders die de opvoeding voor langere tijd hadden overgenomen van de tussenliggende generatie.⁴⁷ Voor hen waren de bestaande wetten in veel gevallen toereikend. Het ging vooral om uitbreiding van rechten van grootouders die minder intensief bij hun kleinkind betrokken zijn.⁴⁸

Rond het jaar 2000 hadden grootouders in alle 50 staten *standing* in een verzoek om een omgangsregeling.⁴⁹ De wetten waarmee grootouders hun eigen juridische ingang kregen om omgang met een kleinkind af te dwingen kunnen worden gezien als een codificatie van de uitzonderingsgevallen van *common law*.⁵⁰ Net als in het *common law* stelsel, gaan deze wetten vooral uit van ontwrichtende gezinsgebeurtenissen, zoals het overlijden van een van de ouders of scheiding van de ouders.⁵¹ Rond het jaar 2000 moesten grootouders in de meerderheid van de staten bijvoorbeeld bewijzen dat de ouders van het kind gescheiden waren, geruime tijd niet meer bij elkaar woonden, een van beide ouders overleden of geruime tijd vermist was.⁵² In sommige staten was dit niet nodig: de status van grootouder op zichzelf was al voldoende voor *standing*.⁵³

De komst van een rechtsingang voor grootouders stelde *het belang van het kind*-criterium centraal in de vraag of grootouders aanspraak konden maken op een omgangsregeling.⁵⁴ Toen de wetten hieromtrent voor het eerst werden geïmplementeerd, waarvan vele al in de jaren tachtig, werden in geen enkele staat aanvullende eisen gesteld voor ontvankelijk verklaarde grootouders anders dan dat omgang in het belang van het kind moest zijn.⁵⁵ Rond het jaar 2000 was dit in veel staten nog steeds leidend.⁵⁶ In sommige staten vormde dit zelfs nog steeds het enige afwegingskader. In andere staten werden inmiddels aanvullende vereisten gesteld.⁵⁷ In Alaska, bijvoorbeeld, moest rond het jaar 2000 aanvullend worden aangetoond dat er met het kind een relatie is onderhouden of dat dit geprobeerd is, en in South-Dakota mocht omgang niet in belangrijke mate verstoring zijn voor de ouder-kindrelatie.⁵⁸ De bewijslast lag in sommige staten duidelijk bij de grootouders.⁵⁹ Zij dienden aan te tonen dat omgang in het belang van het kind was. In Arkansas, bijvoorbeeld, werd de beslissing van een opvoedbekwame ouder omtrent omgang tussen grootouder en kleinkind in beginsel gerespecteerd.⁶⁰ Het was dus aan de grootouder om aan te tonen dat omgang in het belang van het kind was. En in Michigan en Massachusetts moest door de grootouders worden bewezen dat de weigering van ouders aan het adres van de grootouders om contact te hebben met de kleinkinderen een substantieel risico meebrengt voor de mentale, fysieke of emotionele gezondheid van het kind.⁶¹

In 2000 nam de uitbreiding van de rechten van grootouders een belangrijke wending. Het Amerikaans Hooggerechtshof (*US Supreme Court*) oordeelde dat de wetten uit Washington omtrent omgang voor grootouders in strijd zijn met de grondwet van de Verenigde Staten (*Constitution of the United States*).⁶² De wetten maakten op verschillende manieren inbreuk op het fundamentele recht van ouders om hun kinderen op te voeden.⁶³ Zo lieten de wetten rechters toe om enkel en alleen te oordelen op basis van wat ze zelf in het belang van het kind achtten.⁶⁴ Wat opvoedbekwame ouders ervan vonden kon volledig worden genegeerd.⁶⁵ Ook maakten de wetten het mogelijk voor ieder persoon en op elk moment een procedure te starten voor het krijgen van omgang.⁶⁶ Dit bete-

kende dat de besluitvorming van ouders eenvoudig tot onderwerp van een rechtszaak te maken was, waarmee ouders afhankelijk worden gemaakt van de grillen van mensen die ouderlijke beslissingen willen aanvechten.⁶⁷

Al met al was het hof van oordeel dat het omgangsgeschil kon worden gereduceerd tot een geschil tussen *de rechtbank* en *de moeder* over wat in het belang van het kind is.⁶⁸ Louter afgaan op het belang van het kind bood volgens het hof onvoldoende bescherming van de rechten van de ouders om zelf te beslissen over de opvoeding van hun kind: 'In an ideal world, parents might always seek to cultivate the bonds between grandparents and their grandchildren. Needless to say, however, our world is far from perfect, and in it the decision whether such an inter-generational relationship would be beneficial in any specific case is for the parent to make in the first instance.' (*Troxel/Granville*, 530 U.S. 57, 70, 2000).⁶⁹

Belang van het kind

Vóór de uitspraak van het Amerikaans Hooggerechtshof pasten de meeste rechtbanken zonder twijfel het 'belang van het kind'-criterium toe in zaken omtrent omgang met kleinkinderen.⁷⁰ Na de uitspraak veranderde dit substantieel.⁷¹ In onderzoek naar hoe er in elk van de staten met deze uitspraak is omgegaan wordt vastgesteld dat er twee nieuwe criteria zijn ontstaan: het zogenoemde '*belang van het kind plus*' (vanaf hier pluscriterium) en het schadecriterium.⁷² Met het pluscriterium wordt verwezen naar aanpassingen waarbij, ter waarborging van de rechten van de ouders, nieuwe teksten aan de statuten zijn toegevoegd of de procedure is aangepast. Het afwegingskader betreft evenwel nog steeds het belang van het kind, maar meer dan voorheen worden de rechten van ouders nu in bescherming genomen.⁷³

Veel staten lazen in de uitspraak in de *Troxel*-zaak echter dat er meer moest worden gedaan om de autonomie van de ouders te beschermen.⁷⁴ In deze staten is het voor grootouders een vereiste geworden dat ze aantonen dat het ontzeggen van omgang schadelijk voor het kind is. In sommige staten is dit afdoende om omgang te verkrijgen, in andere dient dit als een drempel om vervolgens het belang van het kind aan de orde te stellen. De gedachte achter dit schadecriterium is dat de staat niet mag interveniëren als er geen sprake is van schade voor het kind. Volgens eerder onderzoek hebben, in de jaren na de uitspraak, vijf staten het schadecriterium expliciet opgenomen in hun wetten en negen andere staten hanteren impliciet het schadecriterium.⁷⁵ Dat laatste wil zeggen dat

De komst van een rechtsingang voor grootouders stelde het belang van het kind-criterium centraal in de vraag of grootouders aanspraak konden maken op een omgangsregeling

Veel staten lezen in de uitspraak in de *Troxel*-zaak dat er meer moest worden gedaan om de autonomie van de ouders te beschermen

rechtbanken in deze staten 'het belang van het kind' uitleggen als een criterium waarbij er sprake moet zijn van schade. Op basis van de jurisprudentie kan de regel worden afgeleid dat schade alleen kan ontstaan bij een reeds ontwikkelde en betekenisvolle relatie voorafgaand aan het omgangsgeschied.⁷⁶

Cowan stelt dat het schadecriterium het meest geschikt is voor wetgeving omtrent omgang voor grootouders.⁷⁷ Het zou als ontvankelijkheidscriterium moeten gelden waarbij aannemelijk moet worden gemaakt dat het voor het kleinkind schadelijk is als er minder of geen omgang is. In de afweging van de vele voor- en tegenargumenten waren de volgende elementen doorslaggevend: de bepaalbaarheid, voorspelbaarheid en sociale vooroordelen. Het schadecriterium is beter *bepaalbaar* omdat hierover de nodige jurisprudentie bestaat. Rechtbanken in de VS vinden het uitblijven van een omgangsregeling schadelijk als dit resulteert in louter negatieve beelden bij het kind van een overleden of gescheiden ouder, of als het ernstige psychische schade bij het kind zou veroorzaken. Deze toepassing van het schadecriterium laat zien dat het een buitengrens heeft. Dit in tegenstelling tot het pluscriterium waarbij de factoren die in het belang van het kind zouden kunnen zijn vrijwel grenzeloos zijn. Met als resultaat een vage standaard die niet gelijkmatig in alle zaken kan worden toegepast. Hierdoor wordt het voor grootouders lastig te *voorspellen* waar ze juridisch gezien staan.

Het schadecriterium voorkomt bovendien dat rechters kunnen ingrijpen omdat ze simpelweg vinden dat ze een betere beslissing kunnen nemen of omdat ze het welbevinden van kinderen willen optimaliseren. *Sociale vooroordelen* spelen aldus een kleinere rol in de gerechtelijke afwegingen. Hoewel uiteraard ook bij het schadecriterium subjectiviteit een rol speelt – wanneer is iets schadelijk? – kent het schadecriterium over het geheel genomen volgens Cowan een duidelijkere definitie en groter maatschappelijk draagvlak dan het pluscriterium.⁷⁸ Het biedt de juiste balans tussen bescherming van de ouder-kind relatie en tussenkomst van de staat waar (dreigende) schade is.

Biologisch verwantschap als uitgangspunt⁷⁹

In de VS is veel discussie geweest over de redenen achter het uitbreiden van het omgangsrecht. In deze discussie zijn twee hoofdargumenten te onderscheiden: kindweldzijnsverhoging en biologisch verwantschap. Het weldzijnsargument vertrekt vanuit het idee dat de intergenerationale relatie kan bijdragen aan kindweldzijn en dus wettelijke bescherming verdient. Dit is echter geen valide argument voor een expliciet recht voor grootouders omdat ook andere personen hieraan kunnen bijdragen zoals ooms, tantes, oppas, of buurtgenoten. Het weldzijnsargument vraagt om een recht voor derden.

Het verwantschapsargument stelt dat biologische grootouders zonder meer het recht zouden moeten hebben op omgang met kleinkinderen. De veronderstelling is dat grootouders een *unieke* bijdrage leveren aan het kindweldzijn. Hoewel andere personen hier ook aan kunnen bijdragen zijn grootouders, vanwege hun genetische verwantschap, min of meer vanzelfsprekend van belang en onvervangbaar.⁸⁰ Bijvoorbeeld vanwege hun unieke kijk op de herkomst van een kleinkind. Vanuit dit argument zouden ook grootouders die hun kleinkind nog nooit hebben gezien dit recht moeten hebben. Centraal staat het idee dat de grootouder-kleinkind relatie, vanwege het algemene belang voor het kindweldzijn, bescherming verdient zoals ook de relatie tussen ouder en kind beschermd wordt.

47. Keith & Wacker, *Int J Aging Hum Dev* 2002/54, afl. 3, p. 192.

48. Idem.

49. Stein, *Soc Serv Rev* 2007/8, afl. 2,

p. 232; Cowan, *Fordham Law Rev* 2007/75, afl. 6, p. 3140; Tomaine, *Cathol U Law Rev* 2001/50, afl. 3, p. 741.

50. Tomaine, *Cathol U Law Rev* 2001/50, afl. 3, p. 741.

51. Idem.

52. Stein, *Soc Serv Rev* 2007/8, afl. 2, p. 232.

53. Tomaine, *Cathol U Law Rev* 2001/50, afl. 3, p. 746.

54. Tomaine, *Cathol U Law Rev* 2001/50, afl. 3, p. 748.

55. Cowan, *Fordham Law Rev* 2007/75, afl. 6, p. 3183.

56. Stein, *Soc Serv Rev* 2007/8, afl. 2, p. 233.

57. Idem.

58. Idem.

59. Idem.

60. Idem.

61. Idem.

62. Tomaine, *Cathol U Law Rev* 2001/50, afl. 3, p. 731-783.

63. Tomaine, *Cathol U Law Rev* 2001/50, afl. 3, p. 765.

64. Stein, *Soc Serv Rev* 2007/8, afl. 2, p. 234.

65. Grootouders en ouders werden op gelijke voet geplaatst en daar kwam nog bij dat het hof tevens oordeelde dat de lagere rechtbanken in Washington zelfs partij leken te kiezen voor de grootouders door gronden te creëren in hun voordeel. De rechtbanken leken van mening te zijn dat het contact tussen grootouders en kleinkinderen in het belang van het kind is, tenzij het tegendeel is bewezen. Door dit te doen, kwam de bewijslast op de moeder te liggen.

Zij moest gaan aantonen dat omgang juist niet in het belang van haar kind zou zijn.

66. Stein, *Soc Serv Rev* 2007/8, afl. 2, p. 234.

67. Idem.

68. Idem.

69. Cowan, *Fordham Law Rev* 2007/75, afl. 6, p. 3137.

70. Cowan, *Fordham Law Rev* 2007/75, afl. 6, p. 3146.

71. Idem.

72. Cowan, *Fordham Law Rev* 2007/75, afl. 6, p. 3137-3186.

73. Tomaine onderzocht in 2001 de uitspraak van het Amerikaans Hooggerechts-hof en concludeerde dat extra wettelijke ter waarborging van de rechten van ouders afdoende zouden zijn voor het vinden van een nieuwe balans tussen grootouderlijke omgangswensen en ouderlijke rechten. Tomaine, *Cathol U Law Rev* 2001/50,

afl. 3.

74. Cowan, *Fordham Law Rev* 2007/75, afl. 6, p. 3153.

75. Cowan, *Fordham Law Rev* 2007/75, afl. 6, p. 3153-3153.

76. Cowan, *Fordham Law Rev* 2007/75, afl. 6, p. 3156.

77. Cowan, *Fordham Law Rev* 2007/75, afl. 6, p. 3182.

78. Het pluscriterium vereist dat er een speciaal gewicht wordt toegekend aan de mening van de ouders. Maar wat is speciaal? Is dit weinig of is dit veel?

79. Deze paragraaf betreft een (vereenvoudigde) samenvatting van Draper *Bioethics* 2013/27, afl. 6, p. 309-316.

80. In het Nederlandse debat komt deze aanname ook op veel plekken terug. Waaronder in de nota betreffende het initiatief-wetsvoorstel.

Een uitdaging bij het verwantschapsargument betreft de verplichtingen die dit met zich meebrengt. Want als de intergenerationele relatie van algemeen belang is voor het kind, zou niet alleen de grootouder maar ook het kleinkind het expliciete recht op omgang moeten krijgen. De meeste Amerikaanse grootouders willen volgens de gevonden literatuur echter geen wettelijke verplichtingen ten aanzien van hun kleinkinderen. Daarnaast zouden ze ter verantwoording geroepen moeten kunnen worden als ze zich niet voldoende als grootouders gedragen. Net als het geval is bij ouders die het niet zo nauw nemen met hun ouderlijke verantwoordelijkheden.

Om te achterhalen of grootouders door hun genetisch verwantschap in algemene zin van belang zijn voor het kind, kan gekeken worden naar de mate waarin grootouders ook verantwoordelijkheden tegenover hun kleinkinderen kunnen hebben. Uit de ethische beschouwing van Draper komt naar voren dat genetisch verwantschap op zichzelf geen overtuigende basis kan bieden voor het bepalen wie ouderlijke verantwoordelijkheden toekomt. Het gaat eerder om de *vrijwillige keuze* kinderen te krijgen en om het *risico* dat iemand neemt in het krijgen van een kind. Aangezien grootouders niet zelf de keuze maken om kleinkinderen te krijgen, en voor de keuzes van hun eigen volwassen kinderen niet verantwoordelijk zijn,⁸¹ is de conclusie dat genetische verwantschap van grootouders niet vanzelfsprekend resulteert in (groot)ouderlijke verantwoordelijkheden. Dit maakt dat grootouders wat de onderzoekster betreft geen expliciete rechten toekomen.

Opgemerkt zij dat grootouders vanuit een plichtsgevoel sterk betrokken kunnen zijn bij de zorg en opvoeding van de kleinkinderen. Ten eerste kunnen ze zich verplicht voelen om een bijdrage te leveren aan de opvang van de kleinkinderen. Hiermee kunnen ze het welzijn van hun eigen kinderen verhogen en hebben ze als bijkomend voordeel ook de kleinkinderen even 'voor zichzelf'. Ten tweede kunnen ze zich verplicht voelen om zich te interesseren voor het leven van hun kleinkinderen omdat ze zo waardevol zijn voor de tussenliggende generatie. Het gaat hier echter eerder om plichten tegenover de kinderen dan tegenover de kleinkinderen. Meer algemeen kan zelfs worden gesteld dat grootouderlijke betrokkenheid vooral afhangt van de mate waarin ze betrokken zijn in het leven van hun eigen kinderen. Vanuit ethisch oogpunt ligt het primaat van ouderschap dan ook bij de volwassen kinderen en dit mag niet louter op basis van biologisch verwantschap bij ouders worden weggenomen. Tenzij grootouders gedeeltelijk of volledig het ouderschap van hun eigen kinderen hebben overgenomen. In dat geval hebben grootouder ook ouderlijke verantwoordelijkheden verworven en vanuit ethisch oogpunt bestaat er dan ook een basis voor het continueren van de relatie ook als dit tegen de wil van de ouders ingaat.

Relevantie voor Nederlandse context

Het hierboven beschreven proces van geleidelijke uitbreiding en inperking van de wettelijke mogelijkheden om omgang met kleinkinderen af te dwingen, en de aannames over het functioneren van families die het weerspiegelt, omvatten een aantal belangrijke elementen die ook voor de Nederlandse context relevant zijn. Ten eerste is het interessant om na te gaan waarom de omgangsrech-

ten in de VS zo fors zijn uitgebreid ten gunste van grootouders. Vanuit de *common-law* was er immers best al veel mogelijk. Uit de gevonden literatuur komt het beeld naar voren dat dit vooral te maken heeft gehad met toenemende invloed en politieke aanwezigheid van ouderen. Onderzoekers uit de jaren tachtig meenden zelfs dat gecoördineerde inspanningen van grootouderbelangengroeperingen destijds hebben bijgedragen aan het omzetten van grootouderlijke sentimenten naar wettelijke rechten.⁸² Dit wordt ondersteund door de observatie dat de belangengroeperingen er zelfs in waren geslaagd om voor dit onderwerp aandacht te krijgen van het huis van afgevaardigden.⁸³ Het suggereert dat, in het vormgeven van wettelijke bepalingen, de belangen van grootouders op zijn minst even zwaar zijn gewogen als die van de kleinkinderen.

Ten tweede roept het de vraag op waarom de omgangsrechten voor grootouders al snel na de uitbreiding ervan weer werden ingeperkt. Dit lijkt vooral te zijn ingegeven door een toenemende aandacht voor het beschermen van rechten van ouders. Vlak na de uitbreiding hoefden ontvankelijk verklaarde grootouders alleen maar aan te tonen dat omgang in het belang van het kind zou zijn.⁸⁴ Dit bleek te ruim en al snel kwamen veel staten met aanvullende eisen. Na een uitspraak van het Amerikaans Hoogerechtshof kwam de bescherming van de ouderlijke autonomie in een stroomversnelling. In sommige staten resulteerde deze uitspraak zelfs in wetten waarbij grootouders moeten aantonen dat het niet toekennen van een omgangsregeling schadelijk zou zijn voor het kleinkind.

Een derde relevant element voor de Nederlandse discussie betreft de inhoudelijke basis voor de uitbreiden van het omgangsrecht. Uit de gevonden literatuur komt naar voren dat de veelheid aan argumenten gereduceerd kan worden tot: het verbeteren van het kind welzijn en de vanzelfsprekende relevantie van deze relatie vanwege het biologische verwantschap. Kinderwelzijnsverbetering op zichzelf blijkt geen valide argument te zijn voor het expliciteren van een omgangsrecht voor grootouders. Het vraagt namelijk om een recht voor derden. Het verwantschapsargument lijkt oppervlakkig beschouwd een betere inhoudelijke basis te bieden. Het sluit goed aan bij het intuïtieve gevoel dat grootouders een bijzondere plek in het leven van kleinkinderen innemen. In een ethische beschouwing die vertrekt vanuit ouderlijke verantwoordelijkheden blijkt er echter weinig over te blijven van het verwantschapsargument. Of, zoals Draper het samenvat: 'our intuitions can be mistaken.'⁸⁵

Vanuit ethisch oogpunt zouden de rechten van grootouders namelijk moeten voortvloeien uit de verplichtingen die ouderlijke verantwoordelijkheden met zich meebrengen. Dit omdat deze verplichtingen doorslaggevend zijn voor het beantwoorden van de vraag of de intergenerationele relatie vanwege het genetische verwantschap, net als bij ouders het geval is, in *algemene zin* van belang is voor het kind welzijn. Vragen die hierbij voor de hand liggen zijn: Is het de norm in Nederland om op de kleinkinderen te passen? Zijn er duidelijke culturele verwachtingen en voorschriften ten aanzien van de grootouderlijke rol? Mogen kinderen bij de geboorte verwachten dat hun *grootouders* een rol spelen in hun zorg en opvoeding? Kunnen Nederlandse grootouders zonder al te veel schuldgevoel, of

met een legitiem excuus, een verzoek van ouders om op structurele basis voor de kinderen te zorgen met goed fatsoen weigeren? Of wordt de relatie vooral gekenmerkt door leuke bezigheden voor grootouders en kleinkinderen zonder al te veel verplichtingen? Eerder onderzoek naar (groot) ouderlijke normen in de Verenigde Staten (de norm van 'non-interference' en de norm van 'obligation') suggereert dat er weinig overtuigende redenen zijn om aan (Amerikaanse) grootouders expliciete rechten toe te kennen.⁸⁶

Een vierde vraag gaat over waar voor de overheid de grens ligt in het interveniëren in zaken die in beginsel privé-aangelegenheden zijn. In de reactie van de minister op de initiatiefnota lijkt Nederlandse overheid hierin terughoudend te willen zijn: 'Overheidsingrijpen kan dan ook alleen gerechtvaardigd zijn indien ouders kinderen inzetten in de strijd en kinderen zo ernstig in de knel raken dat hun ontwikkeling wordt bedreigd.'⁸⁷ Deze stellingname maakt duidelijk dat in Nederland binnen de thematiek van omgangsrechten voor grootouders eerder wordt gedacht in termen van schadepreventie dan van welzijnsverhoging.

Wat ons bij het vijfde vraagstuk brengt: Hoe zou de wetgever zich willen positioneren ten aanzien van het 'belang van het kind'-criterium in omgangszaken voor personen met een nauwe persoonlijke betrekking zoals grootouders? Traditioneel gezien is dit criterium ontwikkeld als een genderneutrale blik op de gezag- en omgangverdeling tussen moeders en vaders. Waarom dit criterium als vanzelfsprekend zou moeten gelden voor andere relaties, zoals die tussen grootouders en kleinkinderen, is onduidelijk. Vanuit ethisch oogpunt valt hier in elk geval veel op af te dingen. En uit het literatuuronderzoek komt bovendien een aantal forse nadelen ervan naar voren. In de discussie over het verruimen van omgangsrechten voor grootouders zou het goed zijn om heldere criteria te formuleren die voor grootouders duidelijkheid scheppen maar ook in voldoende mate bescherming bieden voor de ouderlijke autonomie. Het belang van het kind-criterium lijkt dit in de weg te staan. Wellicht dat een schadecriterium in dit soort zaken te prefereren is boven een 'belang van het kind'-criterium. In de Verenigde Staten gaat de trend (in elk geval tussen 2000 en 2007) richting het hanteren van het schadecriterium (waarna in sommige gevallen ook nog wordt getoetst aan de hand van het 'belang van het kind'-criterium).

Ten zesde kan worden afgevraagd op welk niveau de discussie het beste gevoerd kan worden: op individueel of relationeel niveau. Op individueel niveau gaat het om de persoonlijke belangen van grootouders, ouders en kleinkinderen. Een voordeel hiervan is dat de belangen van alle betrokken partijen geëxpliciteerd worden. Een nadeel is dat het lastig is om daarna een evenwichtige afweging te maken. Een alternatief is het vraagstuk bekijken vanuit relationeel niveau. Het gaat dan om de vraag of de grootouder-kleinkind relatie in de Nederlandse context het verdient om beschermd te worden. En hoe deze bescherming zich ver-

houdt tot de bescherming van de ouder-kind relatie. Een voordeel van een dergelijke beschouwing is dat de discussie verschuift van individuele belangen naar het algemene belang van deze relatie in hedendaagse gezinnen.

Als zou blijken dat de relatie het inderdaad verdient om beschermd te worden, dan lijkt het mij tot slot logisch om deze bescherming niet alleen te bieden in termen van rechten maar ook in termen van plichten. Artikel 1:377a lid 1 BW zou er dan bijvoorbeeld zo kunnen uitzien: 'Het kind heeft het recht op omgang met zijn ouders, *grootouders* en met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat. De niet met het gezag belaste ouder *en grootouder* hebben het recht op en de verplichting tot omgang met het kind.'⁸⁸ De bijna retorische vraag hierbij is hoeveel grootouders in Nederland zich zouden kunnen vinden in een wet die niet alleen meer mogelijkheden schept maar ook de daarbij behorende verplichtingen creëert.

Conclusie

Deze bijdrage vertrok vanuit het idee dat de Amerikaanse ontwikkelingen omtrent omgangsrechten voor grootouders nuttige inzichten zouden opleveren voor de Nederlandse context. Uit de gevonden literatuur komt naar voren dat het idee van explicitering van een omgangsrecht voor grootouders waarschijnlijk te veel wordt ingegeven door de belangen van grootouders. De inherente negatieve consequenties voor de ouderlijke autonomie bleken, in elk geval in de VS, ongrondwettelijk. De ontstane aandacht voor bescherming van de ouderlijke autonomie heeft vervolgens vraagtekens gezet bij de bruikbaarheid van het 'belang van het kind'-criterium. Een schadecriterium lijkt hier meer voor de hand te liggen, niet alleen omdat dit de ouderlijke autonomie beter beschermt, maar ook omdat dit beter bepaalbaar is voor rechters, meer voorspelbaar is voor grootouders, en vrijer is van vooroordelen die zouden doorklinken in de beslissing van de rechter. Los van dit alles is het sowieso nog maar de vraag of biologische afstamming, het hoofdargument achter de explicitering, een geldig argument kan vormen in de Nederlandse context. Een ethische beschouwing betreffende de Amerikaanse context liet weinig van dit argument over. Gezien deze ethische beschouwing is de huidige bepaling van een 'nauwe persoonlijke betrekking', een recht voor *derden* dus, misschien nog niet eens zo gek. •

De huidige bepaling van een 'nauwe persoonlijke betrekking', een recht voor *derden* dus, is misschien nog niet eens zo gek

81. De causale ketting van risico wordt doorbroken op het moment dat kinderen volwassen worden.

82. Derdeyn, 1985 en Ingulli, 1985, in:

Thompson, Tinsley, Scalora & Parke, 1989.

83. Biaggi, 1984, in: Thompson, Tinsley, Scalora & Parke, 1989.

84. Cowan, 2007.

85. Draper, *Bioethics* 2013/27, afl. 6, p. 316.

86. Douglas & Ferguson, *Int J Law Policy Fam* 2003/17, afl. 1, p. 41-67.

87. *Kamerstukken II* 2015/16, 34168, 4, p. 1.

88. Cursief betreft de toevoeging op de huidige wettekst.