

Vergaderjaar 2016–2017

34 605

Voorstel van wet van de leden Bergkamp en Van Wijngaarden tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met directe koppeling erkenning en gezamenlijk gezag voor ongehuwde en niet-geregistreerde partners

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING**I ALGEMEEN DEEL****1. Inleiding**

De ongehuwde partner van de moeder die zijn of haar kind erkent, verkrijgt op grond van de huidige wetgeving niet automatisch het gezag. Veel erkennende ouders weten dit niet, waardoor problemen ontstaan als de ouders later uit elkaar gaan of zij een meningsverschil krijgen bij het beslissen over belangrijke aangelegenheden met betrekking tot het kind, bijvoorbeeld een schoolkeuze of een medische behandeling. Gehuwde ouders krijgen wel van rechtswege het gezamenlijk gezag.¹ De initiatiefnemers trekken dat met dit voorstel recht en komen zo tegemoet aan de feitelijke verwachtingen van ouders. Ook voor ongehuwde partners volgt voortaan van rechtswege het gezag na erkenning van het kind. De erkenner verkrijgt dan samen met de moeder het gezamenlijk gezag over het kind.

Er blijven gevallen bestaan waarin geen automatisch gezamenlijk gezag ontstaat na de erkenning, bijvoorbeeld als een van beide ouders onbevoegd is tot het gezag of wanneer zij gezamenlijk verklaren dat slechts de moeder het gezag uitoefent. De ambtenaar van de burgerlijke stand toetst dat. Als de ouders het onderling oneens zijn over wie met het gezag wordt belast of als er sprake is van een bijzonder geval, spreekt de rechter zich uit over wie het gezag verkrijgt.

Dit wetsvoorstel draait de hoofdregel dus om: geen «nee, tenzij», maar «ja, tenzij». Daarmee worden vier belangrijke verbeteringen doorgevoerd ten opzichte van de huidige wettelijke regeling:

1. Het wegnemen van het ongerechtvaardigde onderscheid tussen (kinderen geboren uit) gehuwde ouders enerzijds en (uit) ongehuwde ouders anderzijds met betrekking tot de uitoefening van het gezag (*paragraaf 3.1*).

¹ Waar in deze memorie van toelichting «huwelijk» of «(on)gehuwde ouders» staat, wordt steeds – tenzij anders is aangegeven of vanwege de duidelijkheid wel wordt vermeld – ook bedoeld: «geregistreerd partnerschap» of «(niet-)geregistreerde partners».

2. Het zodanig aanpassen van het Burgerlijk Wetboek dat de bepalingen beter aansluiten op de huidige maatschappelijke verwachtingen (*paragraaf 3.2*).
3. Het wegnemen van de problemen die door de huidige regelgeving worden veroorzaakt (*paragraaf 3.3*).
4. Het beter waarborgen van het belang van het kind (*paragraaf 3.4*).

Het algemeen deel van deze memorie van toelichting is als volgt opgezet. Na de inleiding (*paragraaf 1*) wordt eerst de ontwikkeling van het recht tot en met de huidige regelgeving uiteengezet (*paragraaf 2*). Vervolgens worden de daaruit voortvloeiende onrechtvaardigheden en problemen besproken (*paragraaf 3*). Daarna komt de nieuw voorgestelde regelgeving inclusief de uitzonderingen aan bod (*paragraaf 4*). Het algemeen deel eindigt met bespreking van enkele uitvoeringsaspecten en het overgangsrecht (*paragraaf 5*).

2. Van oudsher naar nu: de situatie met betrekking tot het ouderlijk gezag

2.1 Historische ontwikkeling

In Nederland oefenen gehuwde ouders het ouderlijk gezag van rechtswege gezamenlijk uit. Na ontbinding van het huwelijk of geregistreerd partnerschap is het uitgangspunt dat ouders het gezag gezamenlijk blijven uitoefenen.² Dit is niet altijd zo geweest. Tot 1984 kreeg na een echtscheiding één van de ouders het gezag. In de praktijk bleek dit vaak de moeder te zijn. De Hoge Raad bepaalde in dat jaar dat deze regel in strijd was met artikel 8 van het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens (EVRM), waarin het recht op familie- en gezinsleven is neergelegd.³ Volgens de Hoge Raad greep de regel dat slechts één ouder na echtscheiding het gezag bleef uitoefenen dieper in op dit recht dan noodzakelijk was. In 1995 werd daarom de regel ingevoerd dat ouders na echtscheiding gezamenlijk konden verzoeken om het gezag beiden te behouden. Op 1 januari 1998 is vervolgens de regel ingevoerd dat het gezamenlijk gezag na de echtscheiding doorloopt, tenzij de rechter in het belang van het kind slechts een van de ouders met het gezag belast.⁴

De huwelijkse insteek voor wat betreft de koppeling van rechtswege voor erkenning en gezag werd echter nog niet losgelaten. Daartoe werd in 2001 wel een poging gedaan per amendement-Rabbae (GroenLinks).⁵ Dat amendement zag erop «het onderscheid tussen de rechtsgevolgen van ouderschap als gevolg van een huwelijk en ouderschap voortkomend uit erkenning, ongedaan te maken.» Niet alleen is een dergelijk onderscheid ongerechtvaardigd, zo vond het lid Rabbae, ook beperkt het de keuzevrijheid van ouders met betrekking tot hun relatievorm. De regering zag er een ingrijpende wijziging van het familierecht in en ontraadde het amendement.⁶ Mede daardoor is het verworpen en bestaat er nog steeds onderscheid tussen beide groepen ouders.

² Artikel 1:251 lid 2 en 1:253aa lid 2 BW.

³ HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510.

⁴ M.J.C. Koens & A.P. Van der Linden, *Monografieën (echt)scheidingsrecht. Deel 8. Kind en scheiding*. Den Haag: SDU uitgevers 2015, p. 69.

⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 047, nr. 10.

⁶ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 047, nr. 12.

2.2 Onderscheid juridisch ouderschap en ouderlijk gezag

Het afstammingsrecht regelt wie juridisch ouder is van een kind. Daaraan wordt een aantal rechtsgevolgen gekoppeld. Zo bestaat tussen de juridisch ouder en het kind een wederkerige onderhoudsplicht. Voorts heeft het juridisch ouderschap gevolgen voor onder meer het erfrecht, het naamrecht, het nationaliteitsrecht en het recht op omgang.

Het ouderlijk gezag houdt in:

- het recht en de plicht om het kind te verzorgen en op te voeden (art. 1:247 lid 1 BW). Dit recht omvat de zorg voor het lichamelijk en geestelijke welzijn en de veiligheid van het kind en het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid (lid 2),
- het wettelijke bewind en vruchtgenot over het vermogen van het kind (artt. 1:253i-253m BW), en
- de wettelijke bevoegdheid om het kind in en buiten rechte te vertegenwoordigen (art. 1:245 lid 4 BW).

De ouder met gezag heeft dus zeggenschap over het kind. Een juridische ouder zonder gezag is bijvoorbeeld niet bevoegd om medische beslissingen over het kind te nemen. Het verschil tussen juridisch ouderschap en ouderlijk gezag doet er dus toe. Hierna volgt voor gehuwde ouders van verschillend geslacht (*paragraaf 2.3*), de ongehuwde vader (*paragraaf 2.4*) en de duomoeder⁷ (*paragraaf 2.5*) een uiteenzetting van de verschillende manieren waarop hun juridisch ouderschap en ouderlijk gezag tot stand komen.

2.3 Juridisch ouderschap en ouderlijk gezag van getrouwde ouders

Of het kind wel of niet wordt geboren tijdens een huwelijk is van belang voor het afstammingsrecht en het gezagsrecht. Vooropgesteld geldt dat, ongeacht of het kind wel of niet tijdens een huwelijk wordt geboren, de moeder uit wie het kind wordt geboren van rechtswege juridisch ouder is.⁸ Indien de moeder is gehuwd, wordt haar mannelijke partner van rechtswege juridisch ouder van het kind. Hetzelfde geldt voor de gehuwde vrouwelijke partner van de moeder, indien het kind door het genetisch materiaal van een voor de moeders onbekende donor is verwekt en aan de overige voorwaarden van artikel 1:198 lid 1 onder b BW is voldaan. Wanneer aan deze voorwaarden niet is voldaan, kan de echtgenote of geregistreerde partner van de moeder van het kind, het kind met de toestemming van de moeder of de vervangende toestemming van de rechter erkennen.

Over de staande huwelijk geboren kinderen oefenen de ouders het gezag van rechtswege gezamenlijk uit.⁹ Grondslag hiervoor is het feit dat het kind staande het huwelijk is geboren. Hetzelfde geldt voor een staande huwelijk van een ouder en niet-ouder geboren kind, tenzij het kind tevens in familierechtelijke betrekking staat tot een andere ouder.¹⁰ Dat gaat om de moeder en de duomoeder. De gezamenlijke gezagsuitoefening wordt in beginsel voortgezet nadat het huwelijk of geregistreerd partnerschap door scheiding wordt beëindigd, tenzij de rechter oordeelt dat het kind hierdoor

⁷ Wettelijk gezien gaat het dan om de vrouwelijke partner van de moeder van het kind, maar voor de leesbaarheid van de toelichting wordt aangesloten bij de meer ingeburgerde term «duomoeder».

⁸ Artikel 1:198 lid 1 sub a BW.

⁹ Artikel 1:251 lid 1 en 1:253aa lid 1 BW.

¹⁰ Artikel 1:253sa lid 1 BW.

klem of verloren raakt tussen de ouders, of dat het belang van het kind vordert dat slechts één van de ouders met het gezag wordt belast.¹¹

2.4 Juridisch ouderschap en ouderlijk gezag van de ongehuwde vader

Als stellen die niet gehuwd zijn en die óók geen geregistreerd partnerschap zijn aangegaan een kind krijgen, gelden de in paragraaf 2.3 genoemde regels niet. De moeder uit wie het kind is geboren is wel van rechtswege juridisch ouder en oefent vanaf de geboorte als enige het gezag over het kind uit, tenzij zij bij haar bevalling onbevoegd voor het gezag was.¹² De informele partner van de moeder moet, anders dan de echtgenoot of de geregistreerde partner, het kind erkennen om juridisch ouder te worden.¹³

De erkenning kan geschieden bij een akte van erkenning, opgemaakt door een ambtenaar van burgerlijke stand, of bij notariële akte. De erkenning heeft gevolg vanaf het tijdstip waarop deze is gedaan.¹⁴ De moeder moet toestemming geven voor de erkenning. Aan dit toestemmingsvereiste ligt een beschermingsgedachte ten grondslag: de moeder moet op grond van artikel 8 EVRM beschermd worden tegen ongewenste inmenging in haar gezinsleven met het kind.¹⁵ Wanneer de moeder weigert in te stemmen met de erkenning, kan de andere ouder om vervangende toestemming tot erkenning bij de rechter verzoeken. De rechter kan vervangende toestemming verlenen, tenzij dit de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt. Ook moet de verzoeker de verwekker of de biologische vader van het kind zijn. De biologische vader die niet de verwekker is, moet bovendien in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan.¹⁶

Voor het verkrijgen van ouderlijk gezag moet de ongehuwde ouder die het kind heeft erkend nog een extra stap zetten. Het ouderlijk gezag is in dat geval immers niet aan de erkenning gekoppeld. Voor deze ouders geldt dat zij alleen het gezamenlijk gezag uitoefenen, indien hun beider verzoek hiertoe is aangetekend in het gezagsregister.¹⁷ Ouders dienen het verzoek digitaal of schriftelijk in bij de rechtbank. Vervolgens toetst de griffier het verzoek aan de volgende in de wet opgenomen weigeringsgronden:

- één of beide ouders is onbevoegd tot het gezag;
- het gezag van één van beide ouders is beëindigd en de andere ouder oefent het gezag uit;
- er is een voogd met het gezag over het kind belast;
- de voorziening in het gezag over het kind is komen te ontbreken; of
- de ouder die het gezag heeft, oefent dit gezamenlijk met een ander dan een ouder uit.¹⁸

Als een van deze weigeringsgronden van toepassing is op het tijdstip van het verzoek, weigert de griffier de aantekening. Tegen de weigering van de aantekening is alleen beroep mogelijk indien zij heeft plaatsgevonden op grond van onbevoegdheid van één of beide ouders tot het gezag anders

¹¹ Artikel 1:251 lid 2 en 1:253aa lid 2 BW jo. artikel 1:251a lid 1 BW.

¹² Zie respectievelijk artikel 1:198 lid 1 sub a BW en artikel 1:253b lid 1 BW.

¹³ Artikel 1:198 lid 1 sub c en 1:199 lid 1 sub c BW.

¹⁴ Artikel 1:203 BW.

¹⁵ W.M. Schrama, «Vervangende toestemming voor erkenning: een analyse van recente rechtspraak», *FJR* 2015/43, p. 176.

¹⁶ Artikel 1:204 lid 3 en 4 BW. Met de biologische vader die niet verwekker is, wordt de man bedoeld die genetisch vader van het kind is, maar het kind niet op natuurlijke wijze – dat wil zeggen: via geslachtsgemeenschap – met de moeder heeft doen ontstaan.

¹⁷ Artikel 1:252 lid 1 BW.

¹⁸ Artikel 1:252 lid 2 BW.

dan vanwege minderjarigheid of ondertoezichtstelling. De rechtbank kan dan worden verzocht om alsnog opdracht te geven tot aantekening in het gezagsregister. De rechtbank wijst een dergelijk verzoek af indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd.

Indien de moeder haar medewerking aan een gezamenlijk verzoek om gezag niet wil verlenen, kan de vader de rechter verzoeken hem (mede) met het gezag te bekleden. De rechter wijst een dergelijk verzoek af indien het kind klem of verloren dreigt te raken tussen de ouders of als het belang van het kind afwijzing anderszins vordert.¹⁹ Dit betreft een inhoudelijke toetsing door de rechter.

Zoals reeds beschreven, wordt de toewijzing van het gezamenlijk gezag aan ongehuwde ouders geformaliseerd door een aantekening in het gezagsregister. Dit in tegenstelling tot het gezamenlijk gezag van gehuwde ouders. Andere aantekeningen in het gezagsregister betreffen onder meer ondertoezichtstellingen en dergelijke. Het gezagsregister bevindt zich bij de rechtbanken.

2.5 Juridisch ouderschap en ouderlijk gezag van de gehuwde en ongehuwde duomoeder

Voor de vrouwelijke partners van de moeder van het kind gelden grotendeels dezelfde regels zoals hiervoor beschreven. De met de moeder gehuwde duomoeder wordt van rechtswege juridisch ouder van het kind, indien dit kind is verwekt door kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in artikel 1, onder c, sub 1, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting en een door de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting ter bevestiging hiervan afgegeven verklaring is overgelegd, waaruit blijkt dat de identiteit van de donor aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden onbekend is.²⁰

Het verschil in de situatie van de met de moeder gehuwde duomoeder en de vader is dat de duomoeder bij de aangifte van de geboorte een verklaring van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting moet overleggen, waaruit blijkt dat de identiteit van de donor aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden onbekend is.²¹ Indien de duomoeder met de moeder is gehuwd of een geregistreerd partnerschap heeft, en er is gebruikgemaakt van een bekende donor, dan moet de duomoeder het kind wel met toestemming van de moeder erkennen alvorens juridisch ouder te worden.²² Dit laatste kan met toestemming van de moeder of met vervangende toestemming van de rechter.

De duomoeder die niet met de moeder van het kind gehuwd is en geen geregistreerd partnerschap met haar is aangegaan, moet het kind met toestemming van de moeder erkennen om juridisch ouder te worden.

Voor het verkrijgen van het ouderlijk gezag gelden voor de duomoeder dezelfde regels als die hiervoor in de paragrafen 2.3 en 2.4 reeds zijn omschreven.

¹⁹ Artikel 1:253c BW.

²⁰ Artikel 1:198 lid 1 sub a en b en 1:199 lid 1 sub a BW.

²¹ Artikel 1:198 lid 1 sub b BW.

²² Artikel 1:198 lid 1 sub BW.

3. Probleemschets

Met dit wetsvoorstel worden, zoals in de inleiding al aangekondigd, vier ongerechtvaardigde en andere problematische aspecten van de huidige wettelijke regeling voor gezag voor ongehuwde vaders en duomoeders weggenomen. Deze doelstellingen zijn hieronder gemakshalve opnieuw opgenomen:

- Het wegnemen van het ongerechtvaardigde onderscheid tussen (kinderen geboren uit) gehuwde ouders enerzijds en ongehuwde ouders anderzijds met betrekking tot de uitoefening van gezag (*paragraaf 3.1*).
- Het zodanig aanpassen van het Burgerlijk Wetboek dat de bepalingen beter aansluiten op de huidige maatschappelijke verwachtingen (*paragraaf 3.2*).
- Het wegnemen van de ernstige problemen die volgen uit de huidige regelgeving (*paragraaf 3.3*).
- Het beter waarborgen van het belang van het kind (*paragraaf 3.4*).

3.1 Een principieel ongerechtvaardigd onderscheid wegnemen

De keuze van de ouders voor een relatievorm heeft grote invloed op de status van de kinderen. Getrouwde ouders krijgen automatisch het gezag over hun kind. Dit geldt niet voor ongehuwde ouders. Dit verschil werkt door naar de kinderen van deze paren: bij de een zijn beide ouders van rechtswege belast met gezamenlijk gezag, bij de ander is slechts de moeder van rechtswege met het eenhoofdig gezag belast. Dat is een ongelijke behandeling, die alleen gerechtvaardigd kan worden voor zover het daadwerkelijk om reële, feitelijke verschillen in situatie gaat.

Aan dat onderscheid lijkt een impliciete aanname van de wetgever ten grondslag te liggen dat de ongehuwde ouder niet betrokken zal zijn bij de opvoeding van het kind. In dat geval zou het verkrijgen van het gezag niet alleen onnodig zijn, maar ook tegen het belang van de moeder en het kind ingaan. Het wordt niet in de wetsgeschiedenis als zodanig benoemd, maar een andere redenering ter rechtvaardiging van het onderscheid lijkt lastig denkbaar.²³ Voor beslissingen omtrent de opvoeding van het kind of om als wettelijk vertegenwoordiger op te kunnen treden, zou immers steeds eerst de afwezige vader opgespoord moeten worden en zijn medewerking verkregen moeten worden.

Deze vooronderstelling is niet van deze tijd. Tegenwoordig zegt de relatievorm tussen de ouders weinig over hun relatie met hun kinderen. Veel paren leven tegenwoordig ten tijde van het krijgen van de kinderen duurzaam ongehuwd samen. Sommige trouwen alsnog zodra of nadat er kinderen komen. Naast de grote minderheid van de situaties waarin de identiteit van de vader onbekend is of deze niet bij de opvoeding van het kind is betrokken, is er dus de grote meerderheid van de situaties waarin de vader volledig bij het kind betrokken is als ware beide ouders (gelukkig) gehuwd. Tegelijkertijd zijn er huwelijken waarin de ouders vooral ruziën, feitelijk niet meer samenwonen en nergens gezamenlijk over kunnen beslissen – en er dus weinig sprake van gezamenlijke gezagsuitoefening is.

De keuze voor een bepaalde leefvorm zegt dus steeds minder over de mate waarin beide ouders bij het kind betrokken (willen) zijn, in staat zijn om het kind op te voeden en daarvoor gezamenlijk beslissingen te nemen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft dan ook terecht aangegeven dat een ongehuwde vader het gezag over zijn kind te

²³ Kamerstukken II 1992/93, 23 012, nr. 3, p. 22–25.

onthouden niet als algemene regel aangenomen kan worden.²⁴ In het specifieke geval kunnen die redenen er wel zijn, vanwege bijvoorbeeld ruzies of gebrek aan communicatie tussen de ouders waarmee het belang van het kind niet gediend is. Door te miskennen dat de uitzondering een uitzondering is, creëert de wet verschillende situaties voor feitelijk vaak gelijke situaties.

3.2 De wet laten aansluiten bij een veranderde samenleving

In de jaren 50 was Nederland nog «overzichtelijk». «Wie van elkaar hield» die trouwde. En pas na het trouwen was er sprake van het krijgen van kinderen. Andere keuzes kenden een grote mate van sociaal taboe. Die wereld bestaat niet meer. Steeds meer kinderen worden buiten het huwelijk of – het ondertussen ook geïntroduceerde – geregistreerd partnerschap geboren. Dit hangt onder meer samen met de trend dat jaarlijks steeds minder huwelijken en geregistreerde partnerschappen worden gesloten. Waar in 2011 nog ruim 71.000 huwelijken en geregistreerde partnerschappen werden gesloten, was dat aantal in 2015 gedaald tot ruim 64.000.²⁵ Het aantal huwelijkssluitingen is daarmee gedaald van 8 tot 9 per 1.000 inwoners tot de jaren 70, naar onder de 4 per 1.000 inwoners in 2015. Iets wat maar deels gecorrigeerd wordt door de toenemende populariteit van het geregistreerd partnerschap: jaarlijks sluiten 0,75 per 1.000 inwoners zo'n overeenkomst. Dat komt terug in de geboortecijfers. In 2012 werd voor het eerst meer dan de helft van de eerstgeborenen buiten het huwelijk geboren.²⁶ In datzelfde jaar werd iets meer dan de helft van alle levend geboren kinderen binnen een huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren. In 2012 kwam ongeveer een derde van de geboren kinderen ter wereld bij een niet gehuwd, samenwonend paar.²⁷ In 2015 werd ongeveer 40% procent van de baby's buiten het huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren, dat gaat om 75.000 kinderen bij ongehuwde en niet-geregistreerde ouders.²⁸ Bij elke volgende geboorte neemt dit percentage met ongeveer 10 procentpunt af.²⁹

Op grond van bovenstaande cijfers kan worden gesteld dat de huidige wetgeving inzake verkrijging van het gezamenlijk gezag door de ouder die niet met de moeder is gehuwd of een geregistreerd partnerschap is aangegaan, niet aansluit op de situatie van een groot en steeds groeiend aantal kinderen die buiten formele relaties zijn en worden geboren.

3.3 Het wegnemen van problemen volgende het ontbreken van gezag

De huidige regelgeving omtrent de verkrijging van het gezag voor ongehuwde paren leidt regelmatig tot problemen. Uit een enquête die is afgenomen onder leden van de Vereniging van Familierecht Advocaten Scheidingsmediators blijkt dat volgens bijna 70 procent van de respondenten de huidige regelgeving regelmatig tot juridische procedures leidt. Twintig procent van de respondenten geeft aan dat dit vaak het geval is. De problemen ontstaan volgens ruim 67 procent van de respondenten doordat ongehuwde en niet-geregistreerde paren niet wisten dat het gezag apart van de erkenning geregeld moest worden. Door die onwetendheid laten veel ouders na om na de erkenning ook het

²⁴ EHRM 3 december 2009, nr. 22028/04, r.o. 56 (*Zauggenner t. Duitsland*).

²⁵ CBS Statline, Serie Huwen en partnerschapsregistraties.

²⁶ S. Loozen, M. Pool en C. Harmsen, «In wat voor gezinnen worden kinderen geboren?», *CBS Bevolkingstrends*, juni 2014, p. 1–3.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ «Ouders van ruim 4 op de 10 baby's niet getrouwd», *CBS*, 23 mei 2016, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2016/21/ouders-van-ruim-vier-op-de-tien-baby-s-niet-getrouwd>

²⁹ S. Loozen, M. Pool en C. Harmsen, «In wat voor gezinnen worden kinderen geboren?», *CBS Bevolkingstrends*, juni 2014, p. 5.

gezamenlijk gezag aan te vragen. De voorlichting die de ongehuwde ouders krijgen schiet blijkbaar tekort. Het feit dat de verkrijging van het juridisch ouderschap en van het gezamenlijk gezag bij twee verschillende «loketten» plaatsvindt, verergert de problemen. Het niet verkrijgen van gezamenlijk gezag na de geboorte van het kind kan later tot grote problemen leiden. Dat heeft verschillende redenen.

Ten eerste wordt het feit dat de vader geen gezag heeft vaak pas ontdekt op het moment dat de ouders uit elkaar gaan. Als dan de niet met het gezag belaste ouder alsnog het gezag wil verkrijgen, wil de moeder hier vaak niet aan meewerken. Er moet in zo'n geval een gerechtelijke procedure worden gestart, waarin de niet met het gezag belaste ouder de rechter verzoekt om hem of haar met het gezag te belasten. Terwijl als het gezag direct bij de erkenning aangevraagd was, de ouders vermoedelijk nog een goede verstandhouding met elkaar hadden, en dit geen probleem was geweest. Een rechtsgang duurt bovendien vaak lang en kan het conflict tussen de ouders vergroten. Tegenstellingen komen immers op scherp te staan. Ook de kosten die gemaakt dienen te worden voor een rechtsgang kunnen snel hoog oplopen. Dat kan een drempel opwerpen voor de verzoekende ouder om zijn of haar recht te halen via de rechter waarbij het belang van het kind ondergeschikt kan raken aan financiële overwegingen. Uit onderzoek blijkt immers dat conflicten tussen ouders kinderen schaden. Dat blijkt duidelijk in het geval van vechtscheidingen. Kinderen die daarbij betrokken zijn hebben meer last van externaliserende en internaliserende problemen, riskante gewoonten, slechtere schoolprestaties, en meer kans op toekomstige relationele problemen.³⁰ Ook lopen zij een grote kans op ernstige loyaliteitsconflicten, vervreemding en ouderafwijzing.³¹ Doordat het gezag met dit wetsvoorstel al gelijk bij de erkenning wordt geregeld in plaats van – zoals nu vaak gebeurt – op het moment dat de ouders uit elkaar gaan, wordt een mogelijke aanleiding voor escalatie van het conflict tussen beide ouders weggenomen.

Ten tweede kan het niet tijdig verkrijgen van het gezamenlijk gezag ernstige gevolgen hebben indien de moeder komt te overlijden. Als de moeder het gezag alleen heeft uitgeoefend ontstaat na haar overlijden een gezagsvacuüm. Het is in dit geval aan de rechter om te bepalen of de andere ouder of een derde met het gezag wordt belast.³² In de meeste gevallen krijgt de andere juridische ouder daarbij een zekere voorkeur.³³ Het is echter mogelijk dat de moeder bij testament of door aantekening in het gezagsregister een derde persoon heeft aangewezen om het gezag over het kind uit te gaan oefenen. Als deze persoon de benoeming aanvaardt, wordt deze persoon belast met het gezag. Voor deze gevallen bestaat voor de overlevende ouder zonder gezag de mogelijkheid om een verzoek te doen aan de rechter om hem of haar met het gezag te belasten.³⁴ Indien dit gebeurt binnen een jaar na het begin van de voogdij, bestaat alsnog de zekere voorkeur voor de overlevende ouder.³⁵ Het is in een geval als dit dus uitermate belangrijk dat de overlevende ouder op de hoogte is van de regels omtrent gezag. Indien dit niet het geval is, kan de rechter aan hem of haar voorbijgaan bij het bepalen wie met het gezag wordt belast.

³⁰ E. Spruijt & H. Kosmos, *Handboek scheiden en de kinderen*, Bohn Stafleu van Loghum 2014.

³¹ Ibid.

³² Artikel 1:253g lid 1 BW.

³³ Artikel 1:253g lid 3 BW.

³⁴ Artikel 1:253h lid 1 BW.

³⁵ HR 19 november 2004, ECLI:NL:2004:AQ8088.

Ten derde kan het niet tijdig verkrijgen van het gezamenlijk gezag tot grote problemen leiden, indien de met het gezag belaste ouder het kind overbrengt naar het buitenland. Er is in zo'n geval juridisch gezien geen sprake van internationale kinderontvoering, terwijl de achterblijvende ouder regelmatig in de veronderstelling verkeert dat dit wel het geval is. Indien ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen, is het voor hen niet toegestaan om zonder toestemming van de andere met het gezag belaste ouder dan wel vervangende toestemming van de rechter het kind over te brengen naar een andere verblijfplaats.³⁶ Gebeurt dit wel, en wordt het kind meegenomen naar het buitenland, dan is dit ongeoorloofde overbrenging en wordt gesproken van internationale kinderontvoering.³⁷ In dat soort gevallen is het Haags Kinderontvoeringsverdrag van toepassing en kan de achterblijvende ouder op grond van dit verdrag een verzoek tot teruggeleiden indienen. Indien het gezamenlijk gezag niet is geregeld, heeft de niet met het gezag belaste ouder geen zeggenschap over de verblijfplaats van het kind. Als in dit geval de met het gezag belaste ouder het kind meeneemt naar het buitenland, is er geen sprake van ongeoorloofde overbrenging en is het Haags Kinderontvoeringsverdrag niet van toepassing. De achterblijvende ouder kan dan niet zonder inventieve juridische omwegen om teruggeleiden te verzoeken.³⁸

3.4 Het beter waarborgen van het belang van het kind

Het belang van het kind dient altijd een eerste overweging te zijn bij elke aangelegenheid die hem of haar betreft.³⁹ Het Verdrag inzake de rechten van het kind benadrukt dat. Ook Nederland is aan dat verdrag gebonden. In de kwesties rondom het ouderlijk gezag bij ongehuwde en niet-geregistreerde paren speelt het belang van het kind dus ook een grote rol. Het is in het belang van het kind dat het, waar mogelijk, beide ouders kent en door hen wordt opgevoed.⁴⁰ De overheid heeft de plicht om ervoor te zorgen dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de opvoeding en verzorging van hun kind dragen.⁴¹ In het verlengde daarvan impliceert artikel 1:253c BW dat een kind er belang bij heeft dat beide ouders het gezag hebben. Op grond van dit artikel kan de niet met het gezag belaste ouder een verzoek aan de rechter doen om hem of haar, al dan niet samen met de moeder, met het gezag te belasten. De rechter wijst dit verzoek slechts af indien een onaanvaardbaar risico bestaat dat het kind klem of verloren zal raken tussen de ouders of als het anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is het verzoek af te wijzen. Na een echtscheiding loopt het gezamenlijk gezag van de ouders in beginsel ook

³⁶ Artikel 1:253a BW.

³⁷ Centrum Internationale Kinderontvoering (2014), Jaarverslag 2014, p. 26.

³⁸ Zolang Nederland nog de gewone verblijfplaats van het kind is en niet is voldaan aan de voorwaarden van art. 10 Verordening Brussel II bis dan wel (als de Verordening niet van toepassing is) art. 7 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996, behoudt de Nederlandse rechter de mogelijkheid om o.a. gezagsbeslissingen en beslissingen t.a.v. de hoofdverblijfplaats van het kind te nemen. Dit betekent dat de rechter nadat het kind door de ouder met eenhoofdig gezag is meegenomen naar het buitenland, op verzoek van de achtergebleven ouder zonder gezag, alsnog kan beslissen dat de ouders gezamenlijk het gezag over het kind uitoefenen (of de rechter kan aan de achtergebleven ouder het eenhoofdig gezag toekennen). Vervolgens kan om erkenning en ten uitvoerlegging van dergelijke beslissingen worden gevraagd. Daardoor kan het zijn dat het kind toch moet terugkeren. Tevens is er jurisprudentie waaruit blijkt dat een ouder zonder gezag een verhuisverbod kan vragen. Dan is het de ouder met gezag niet toegestaan om met het kind naar het buitenland te verhuizen.

Zie uitgebreider G.C.A.M. Ruitenbergh, *De toepassing van het Haags Kinderontvoeringsverdrag in Nederland en het belang van het kind*, Den Haag: Boom 2015, p. 189–198.

³⁹ Artikel 3 IVRK.

⁴⁰ Artikel 7 IVRK.

⁴¹ Artikel 18 lid 1 IVRK.

door.⁴² Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever het in beginsel in het belang van het kind acht dat beide juridische ouders het gezamenlijk ouderlijk gezag uitoefenen.

Als sprake is van een duurzame verzorgings- en opvoedingsrelatie moet het geen verschil maken of de ouders zijn getrouwd of niet. De ongelijkheid tussen kinderen van gehuwde en geregistreerde ouders en kinderen van ongehuwde en niet-geregistreerde ouders is vanuit het belang van het kind niet uit te leggen. De overheid heeft de plicht om kinderen te beschermen tegen elke vorm van discriminatie die het gevolg is van omstandigheden die de ouders betreffen.⁴³ Kinderen hebben belang bij een goede verstandhouding met beide ouders, ongeacht of zij wel of niet zijn getrouwd of een geregistreerd partnerschap hebben. Als daarvoor procedures gevoerd moeten worden, kunnen die op hun beurt weer veel impact hebben op kinderen, onder meer door de onzekerheid die zij gedurende het proces ervaren.

Een ander punt is dat de juridische vader of duomoeder vaak wel recht heeft op omgang met het kind wanneer de relatie met de moeder wordt beëindigd, maar in geval van het ontbreken van het ouderlijk gezag kan het lastig zijn om tijdens deze omgangsmomenten volledig als ouder te kunnen handelen. De niet met het gezag belaste ouder mag bijvoorbeeld geen belangrijke informatie over het leerproces van het kind op school krijgen en mag geen beslissingen maken over medische zaken. Ook dit kan het belang van het kind hinderen.

4. Nieuwe hoofdregel en de uitzonderingen

De hoofdregel van de voorgestelde regeling is dat wanneer een persoon een kind erkent, hij of zij van rechtswege het gezag verkrijgt. Een voorbeeld: de niet-gehuwde moeder oefent vanaf de geboorte eenhoofdig gezag uit, na de erkenning van het kind door de vader oefent hij van rechtswege het gezamenlijk gezag uit met de moeder.⁴⁴ Op die manier sluit de wettelijke standaard aan bij de wensen en verwachtingen van de grootste groep ongehuwde juridische ouders. De noodzaak om meerdere stappen te ondernemen, nadelige gevolgen van onwetendheid over de regelgeving, en mogelijke slepende procedures worden zo voorkomen.

Er zijn echter ook gevallen denkbaar waarin het automatisch verkrijgen van het gezag na de erkenning problematisch is, bijvoorbeeld indien een ouder onbevoegd is tot gezag. Zoals de regering eerder al opmerkte zijn de situaties waarin een man of duomoeder een kind erkent immers heel divers en moet voorkomen worden dat een verzoek om (slechts) erkenning wordt afgewezen omdat het gezamenlijk gezag in dat geval niet wenselijk is.⁴⁵ In uitzondering op de hoofdregel maakt het wetsvoorstel het dus tevens mogelijk dat de vader of duomoeder het gezamenlijk gezag na de erkenning helemaal niet of slechts door rechterlijke tussenkomst verkrijgt. Daarbij maakt het voorstel onderscheid tussen uitzonderingen die door de ambtenaar van de burgerlijke stand kunnen worden toegepast en de uitzonderingen die slechts door de rechter kunnen worden toegepast.

⁴² Zie tevens de artikelen 1:251 lid 2 en 1:253aa lid 2 BW jo. artikel 1:251a lid 1 BW op grond waarvan het gezamenlijk gezag van ouders na het beëindigen van hun huwelijk c.q. geregistreerd partnerschap in beginsel doorloopt.

⁴³ Artikel 2 IVRK.

⁴⁴ Artikel 1:252 BW (nieuw).

⁴⁵ *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 125.

4.1 Uitzonderingen toegepast door de ambtenaar van de burgerlijke stand

Hieronder volgt een overzicht van de uitzonderingsgronden waarop door de ambtenaar van de burgerlijke stand getoetst wordt alvorens de erkenner het gezag van rechtswege verkrijgt.⁴⁶ Indien een van deze gronden van toepassing is verkrijgt de erkenner van rechtswege geen gezamenlijk gezag over het kind. Indien de ambtenaar van de burgerlijke stand tot het oordeel komt dat een van deze gronden van toepassing is, kan daar binnen zes weken na verzending van het besluit beroep tegen worden ingesteld bij de rechtbank.⁴⁷ Dit kan echter alleen voor zover het vierde lid van artikel 1:251b BW beroep niet uitsluit.

	Nieuw wetsartikel	Huidig wetsartikel	Toelichting
Een of beide ouders is onbevoegd tot het gezag	1:251b-1-a BW	1:252-2-a BW	
Het gezag van een van beide ouders is beëindigd en de andere ouder oefent het gezag uit	1:251b-1-b BW	1:252-2-b BW	
Een voogd is met het gezag over het kind belast	1:251b-1-c BW	1:252-2-c BW	
De voorziening in het gezag over het kind is komen te ontbreken	1:251b-1-d BW	1:252-2-d BW	
Het gezag wordt door de moeder gezamenlijk met een ander uitgeoefend	1:251b-1-e BW	1:252-2-e BW	
De moeder en de erkenner verklaren gezamenlijk per notariële akte of ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand dat het gezag alleen door de moeder uitgeoefend wordt	1:251b-1-f BW	–	Algemeen deel, par 4.1.2
Er kan niet met voldoende zekerheid vastgesteld worden dat onder a tot en met f genoemde gronden afwezig zijn	1:251-1-g BW	–	Algemeen deel, par 4.1.1

4.1.1 Toetsing door de ambtenaar van de burgerlijke stand

De ambtenaar van de burgerlijke stand zal vaststellen of van een van de in artikel 1:251b lid 1 BW genoemde gronden sprake is. Daarmee neemt deze een taak op zich die – in het kader van het vergelijkbare artikel 1:252 BW – tot nu toe werd uitgeoefend door de griffier van de rechtbank. In een groot deel van de situaties zal de toetsing eenvoudig en feitelijk vast te stellen zijn als de ambtenaar van de burgerlijke stand inzage heeft in dezelfde bronnen die nu door de griffier geraadpleegd worden. De griffier controleert eerst de leeftijden op mogelijke minderjarigheid, daarna wordt het curateleregister gecheckt. Vervolgens wordt er in het gezagsregister een nieuwe pagina aangemaakt om de aanvraag te verwerken: mocht er reeds een aantekening voorkomen in het gezagsregister, dan springt dat vanzelf naar voren. De vaststelling dat gezag niet van rechtswege verkregen wordt door de erkenner en de grond daarvoor kan vervolgens ingeschreven worden in het gezagsregister. Paragraaf 5.1 gaat daar nader op in.

Dit neemt niet weg dat zich bijzondere situaties kunnen voordoen, waardoor de ambtenaar van de burgerlijke stand niet kan vaststellen dat een in het eerste lid, onder a tot en met f, genoemde grond aanwezig is, maar evenmin de afwezigheid ervan kan vaststellen. In een dergelijk geval zou van rechtswege gezamenlijk gezag ontstaan zonder de zekerheid dat de daaraan ten grondslag liggende vaststelling juist is. De initiatiefnemers

⁴⁶ Deze komen grotendeels overeen met de reeds bestaande gronden waarop de griffier toetst. Dat doet hij echter ook voor eenouderadoptie en bij gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, in welk geval gezag niet van rechtswege verleend moet worden. Daarom is ervoor gekozen de nieuwe hoofdregel in een apart artikel onder te brengen.

⁴⁷ Artikel 1:27 BW.

achten die situatie onwenselijk. Het zou in de hand kunnen werken dat in situaties die complexer dan gemiddeld zijn, zoals oordeelsvorming over een buitenlandse gezagsvoorziening,⁴⁸ de moeder en erkenner informatie achterhouden teneinde het gezamenlijk gezag te verkrijgen. Daarom is in het eerste lid, onder g, de mogelijkheid opgenomen dat gezag niet van rechtswege aan de erkenner verleend wordt indien door de ambtenaar van de burgerlijke stand niet met voldoende zekerheid vastgesteld kan worden dat de onder a tot en met f genoemde gronden afwezig zijn. Daarmee wordt ook voorkomen dat eventuele problemen bij het vaststellen van het gezag niet leiden tot vertraging bij de erkenning. Mochten de moeder en de erkenner dan alsnog gezamenlijk gezag willen, dan kunnen zij in beroep tegen die vaststelling. De rechter kan dan een oordeel geven, waarna de griffier van de rechtbank de aantekening zo nodig kan wijzigen of schrappen.

4.1.2 Gezamenlijk verzoek van de moeder en erkenner tot eenhoofdig gezag moeder

Deze uitzonderingssituatie betreft de situatie waarin de moeder van het kind en haar man of vrouw beiden willen dat de man of vrouw het kind erkent, maar niet met het ouderlijk gezag wordt belast. In deze situatie moet op eenvoudige wijze kunnen worden afgeweken van het van rechtswege verkrijgen van het gezamenlijke gezag als gevolg van de erkenning. Anders bestaat het risico dat meer kinderen vaderloos worden, doordat teneinde gezagsverkrijging te voorkomen er niet erkend wordt. Het is daardoor onwenselijk als hiervoor een gerechtelijke procedure gestart zou moeten worden.

Een dergelijk gezamenlijk verzoek zal slechts gezamenlijk gedaan worden indien zowel de moeder als de erkenner het er gezamenlijk over eens zijn dat dit in het beste belang van het kind is. Een verklaring van moeder en erkenner moet hiervoor dus voldoende zijn. Deze verklaring zal, omwille van het vaststellen dat er van dwang geen sprake is, bij de notaris vastgelegd moeten worden of ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand gedaan moeten worden. Om effectief als uitzonderingsgrond te kunnen dienen zal de notariële akte bij de erkenningsaanvraag overlegd moeten worden.

Deze uitzonderingsgrond doet niets af aan de mogelijkheid voor de moeder – als zij geen gezamenlijk gezag wil met de erkenner, maar deze dat wel wil – om een procedure bij de rechter te starten om het door de erkenner automatisch verkregen gezag aan te tasten. Zie daarvoor paragraaf 4.2.

4.2 Uitzonderingen toegepast door de rechter

Hieronder volgt een overzicht van de voor dit wetsvoorstel relevante uitzonderingsgronden waarvoor een procedure bij de rechter gestart kan worden voorafgaand aan de erkenning van het kind om de hoofdregel te doorbreken of om ten gevolge van de hoofdregel verkregen gezag van de erkenner aan te tasten.

⁴⁸ Al moet daarbij opgemerkt worden dat in het algemeen de ambtenaar van de burgerlijke stand goed zal zijn ook dan een toets te verrichten. Hij doet immers ook al zelfstandig de erkenning van buitenlandse opties en de erkenning door ouders met een buitenlandse nationaliteit of twee buitenlandse nationaliteiten. Het toepassen van internationaal recht is dus niet geheel nieuw.

	Wetsartikel	Toelichting
Het (van rechtswege) gezamenlijk verkregen gezag wordt door een van de ouders aangetast	1:253n BW	Algemeen deel, par 4.2.1
Moeder weigert erkenning, omdat zij niet wil dat vader of duomoeder van rechtswege gezag verkrijgt	<i>Erkenning:</i> 1:204–1-c jo. 1:204–3 BW <i>Gezag:</i> 1:253c BW	Algemeen deel, par 4.2.2

4.2.1 Een van beide ouders wil geen gezamenlijk gezag

Veel ouders zullen gezamenlijk het gezag over hun kind willen uitoefenen en dit zal meestal in het belang van het kind zijn. Soms zal dat niet zo zijn. In die gevallen kunnen de niet met elkaar gehuwde ouders of een van hen de rechtbank verzoeken het van rechtswege gezamenlijk gezag te beëindigen. Het beëindigen van gezamenlijk gezag kan nu alleen indien de omstandigheden gewijzigd zijn of indien bij het nemen van de beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan. Dat is voldoende nu het gaat om door de rechter toegekend gezamenlijk gezag. Voor het beëindigen van gezamenlijk gezag dat van rechtswege ontstaan is, zijn echter meer beëindigingsgronden nodig dan wanneer daar bewust voor gekozen is. Het wetsvoorstel voegt daarom aan artikel 1:253n BW de mogelijkheid toe dat de rechtbank het van rechtswege ontstane gezamenlijk gezag ook kan beëindigen indien er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders of wijziging van het gezag anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is. Hiermee wordt aangesloten bij de mogelijkheden die de rechter heeft voor wijziging van het gezag na ontbinding van het huwelijk.⁴⁹

4.2.2 Geen toestemming van de moeder voor erkenning omwille van de daaropvolgende verkrijging van het gezag door de andere ouder

Ouders kunnen zodanig met elkaar in conflict zijn, dat de moeder toestemming weigert voor de erkenning teneinde de verkrijging van het gezag door de andere ouder te voorkomen. Als daar sprake van is, zal degene die wil erkennen naar de rechtbank moeten voor vervangende toestemming voor de erkenning. Het is zeer waarschijnlijk dat dit wordt verleend. De weigering van de moeder ziet namelijk niet op de erkenning zelf, maar op de daaropvolgende verkrijging van het gezag door de andere ouder. Voor deze vervangende toestemming toetst de rechter, als niet aangevochten wordt dat de man de verwekker is van het kind, slechts of de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden. Daarvan lijkt meestal geen sprake te zijn als het verhinderen dat gezag door de erkenner wordt verkregen, de primaire reden voor het weigeren van toestemming is. De moeder die daartoe overgaat, zal nu vaak ook al schuw zijn om toestemming tot erkenning te geven. Hoewel het verkrijgen van gezamenlijk gezag ten gevolge van de erkenning van het kind momenteel geen automatisme is, zal ook nu al de positie van de andere ouder sterker zijn ten opzichte van de moeder ten gevolge van die erkenning.

Als de moeder de toestemming voor erkenning weigert vanwege de verkrijging van het gezag, zal het niet in het beste belang van het kind zijn als na de gerechtelijke vervangende toestemming voor de erkenning het gezag alsnog van rechtswege door beide ouders gezamenlijk uitgeoefend zou worden. Het gezag was immers de bron van het conflict. Om het belang van het kind te waarborgen is een rechtelijke uitspraak ten aanzien van het gezag gewenst. Ter voorkoming van extra procedures en voort-

⁴⁹ Artikel 1:251a BW.

durende onzekerheid over wie gezag uitoefent zou dat in dezelfde procedure als waarin de vervangende toestemming voor de erkenning wordt gegeven een plaats moeten krijgen. Dan kan de rechter gelijk ook bepalen wie van beide ouders het gezag over het kind uitoefent of dat beide ouders dat gezamenlijk doen. Dat zou kunnen onder de opschortende voorwaarde dat tegen de erkenningsbeschikking geen hoger beroep wordt ingesteld. Nadat de beschikking formele rechtskracht krijgt, kan de persoon die het kind wil erkennen de erkenningsaanvraag doen. Op dat moment vervalt de opschortende voorwaarde en ontstaat het gezag. De rechter zou echter ook de beslissing omtrent het gezag kunnen aanhouden totdat de erkenning geschiedt is. In dat geval zullen de ouders mogelijk nog terug naar de rechtbank moeten.

Om in dezelfde procedure een uitspraak omtrent zowel de vervangende toestemming tot erkenning als het gezamenlijk gezag tezamen met de moeder te kunnen vragen, moet dit door de «tot het gezag bevoegde vader» in de zin van artikel 1:253c BW al aan de start van het proces ingeroepen kunnen worden. Daartoe wordt in artikel 1:204 BW bepaald dat bij een procedure om vervangende toestemming voor erkenning tevens een verzoek overeenkomstig artikel 1:253c BW kan worden gedaan.

5. Uitvoeringsaspecten

5.1 Gezagsregister

Het register blijft berusten bij de rechtbanken. De initiatiefnemers laten het aan de regering om tezamen met de griffiers en ambtenaren van de burgerlijke stand een goed werkproces tot stand te brengen voor het tot stand komen van een aantekening op grond van artikel 1:251b BW. Het kan zowel zijn dat de ambtenaar van de burgerlijke stand deze zelf inschrijft, als dat onverwijld door deze melding gedaan wordt aan de griffier die vervolgens voor de aantekening zorgt draagt. Voor zover daarbij nodig zou zijn dat het register mede komt te berusten op een ander plaats of plaatsen, kan dat op grond van artikel 1:244 BW per algemene maatregel van bestuur geregeld worden.

Het gezagsregister verandert met dit wetsvoorstel van inhoud en zal aangepast moeten worden om de voorgestelde regels te kunnen verwerken. De geregistreerde uitzondering is niet langer het gezamenlijk gezag van ongehuwde ouders, maar het eenhoofdige gezag voor zover daarover een beslissing is geweest of daarvoor gekozen is. Op grond van artikel 1:244 BW wordt per algemene maatregel van bestuur bepaald welke rechtsfeiten aangetekend worden, op welke wijze deze aantekening geschiedt en op welke wijze verstrekking van aangetekende gegevens plaatsvindt. Het ligt volgens de initiatiefnemers in de rede als – net als nu – van de hoofdregel geen aantekening gemaakt wordt. Het van rechtswege ontstane gezamenlijke gezag op grond van artikel 1:251b BW wordt niet aangetekend, de vaststelling van de in het eerste lid van artikel 1:251b BW genoemde gronden wel. Voor zover nodig kan voorts besloten worden van het ontstaan van gezamenlijk gezag op grond van artikel 1:251b, derde lid, BW wel aantekening te maken. Doordat de erkenning in dat geval niet geschiedt door de ambtenaar van de burgerlijke stand, maar door de notaris, zijn moment van ontstaan van erkenning en gezag immers niet gelijk.

In het wetsvoorstel is voorts opgenomen in een nieuw artikel 1:253s bis BW dat voortaan op verzoek aantekening gemaakt kan worden ingeval de moeder van het kind het gezag over het kind van rechtswege alleen uitoefent. Daar is bijvoorbeeld sprake van wanneer het kind geen vader heeft. Dit leidt echter bij internationale grensoverschrijdingen tot

problemen voor de moeder en het kind vanwege het ontbreken van aantekening in het gezagsregister, zo heeft het Centrum voor internationale kinderontvoering geconstateerd. Zij moet bij controle door de Koninklijke Marechaussee dan aantonen dat er geen toestemming van een andere ouder nodig is. Door de mogelijkheid te bieden aantekening te maken van eenhoofdig gezag van rechtswege wordt dat vergemakkelijkt.

Dit alles betreft echter minder kwestie van wetgeving dan van uitvoeringspraktijk. Bij het aanpassen van de ICT achter het gezagsregister om invoering van de nieuwe situatie mogelijk te maken, zal goed gekeken moeten worden hoe voor de gebruiker overzichtelijk en helder weergegeven kan worden wat het aanwezig zijn of ontbreken van een aantekening betekent. Of het ontbreken van een aantekening tot eenhoofdig of gezamenlijk gezag leidt, is immers afhankelijk geworden van welk wettelijk stelsel geldt ten gevolge van het overgangsrecht van dit wetsvoorstel. Het betreft hier een tijdelijke situatie: achttien jaar na inwerkingtreding van de nieuwe regels zijn alle op die datum geboren kinderen meerderjarig geworden.

5.2 Notariële akte van erkenning

Het blijft mogelijk om bij notariële akte een kind te erkennen (artikel 1:203 BW). Het is de initiatiefnemers gebleken dat er bij Nederlanders in het buitenland behoefte staat aan deze voorziening. In het geval van erkenning per notariële akte stuurt de betreffende notaris op grond van artikel 1:20e, derde lid, BW daarvan een afschrift of uittreksel onverwijld naar de ambtenaar van de burgerlijke stand. Deze kan vervolgens toetsen of hij van rechtswege gezag kan verlenen aan de erkenner. Deze vorm van het erkennen van het kind leidt dus niet onmiddellijk tot de verkrijging van het gezag door de erkenner, maar pas enige tijd erna. De ambtenaar van de burgerlijke stand verleent de erkenning immers niet zelf en kan dus niet onmiddellijk toetsen.

5.3 Overgangsrecht

Het automatisme in gezamenlijk gezag na erkenning zal alleen gelden voor nieuwe situaties. Alle ouders die een kind hebben gekregen en erkend voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet, blijven vallen onder de huidige regelgeving. Dit heeft mogelijk tot gevolg dat bij een tweede kind de vader of duomoeder wel automatisch gezag verkrijgt, maar dat over het eerste kind niet heeft. Het is belangrijk dat de ambtenaar van de burgerlijke stand bij verwerking van de erkenningsaanvraag een dergelijke situatie opmerkt en de ouders van deze kinderen op de situatie attendeert. Op die manier heeft het wetsvoorstel als gevolg dat veelal onbedoeld ontbreken van gezag opgemerkt wordt en tijdig hersteld kan worden.

II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel I

Onderdeel A [artikel 1:204]

Deze wijziging maakt het mogelijk om gelijktijdig met een verzoek om vervangende toestemming voor erkenning van een kind ook een verzoek tot (gezamenlijk of eenhoofdig) gezag als bedoeld in artikel 1:253c bij de rechtbank in te dienen. Zie hiervoor ook paragraaf 4.2.2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting.

Onderdeel B [artikel 1:247]

Doordat de erkenning met dit wetsvoorstel van rechtswege wordt gekoppeld aan het uitoefenen van gezamenlijk gezag, is het plaatsen van een aantekening in het gezagsregister tot het vrijwillig verkrijgen van het gezamenlijk gezag niet meer nodig. De aantekening blijft nog wel relevant voor de situaties, bedoeld in artikel 252, eerste lid (zie onderdeel E), te weten in geval van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en eenouderadoptie.

Met de voorgestelde wijziging in onderdeel B wordt in artikel 247, leden 4 en 5, eveneens rekening gehouden met de situatie, bedoeld in het voorgestelde artikel 251b, eerste lid.

Onderdeel C [artikel 1:247a]

Gelet op het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, waarbij door erkenning van rechtswege gezamenlijk gezag ontstaat, wordt het plaatsen van een aantekening in het gezagsregister als bedoeld in het huidige artikel 252, eerste lid, overbodig. Diverse artikelen dienen hierop technisch te worden aangepast, waaronder artikel 247a. Dit onderdeel strekt daartoe.

Onderdeel D [artikel 1:251b]

In artikel 1:251b (nieuw) is het uitgangspunt opgenomen dat door erkenning van het kind door de vader of de duomoeder van rechtswege gezamenlijk gezag ontstaat. Om het gezamenlijk gezag na erkenning te verkrijgen, is aantekening in het gezagsregister op verzoek van beide ouders derhalve niet meer nodig (zie onderdelen B en C).

Op dit uitgangspunt van het van rechtswege ontstaan van gezamenlijk gezag door erkenning bij de ambtenaar van de burgerlijke stand (hierna: de ABS) worden enkele uitzonderingen gemaakt. In de eerste plaats betreft het vijf gronden waaraan door de ABS wordt getoetst ten behoeve van het verkrijgen van gezag bij de aanvraag tot erkenning (en waarop momenteel de griffier van de rechtbank toetst bij een verzoek om aantekening als bedoeld in artikel 252):

- a. onbevoegdheid tot het gezag van één of beide ouders;
- b. het gezag van één van beide ouders is beëindigd en de andere ouder oefent het gezag uit;
- c. gezagsuitoefening door een voogd;
- d. de voorziening in het gezag over het kind is komen te ontbreken; of
- e. de ouder die het gezag heeft, oefent dit gezamenlijk met een ander dan een ouder uit.

Deze vijf gronden zijn opgenomen in artikel 251b, eerste lid, aanhef en onderdelen a tot en met e (nieuw).

Tevens zijn er enkele nieuwe uitzonderingen opgenomen op het ontstaan van automatisch gezag na erkenning bij de ABS. Dit betreft ten eerste de situatie waarbij de moeder en de erkenner bij notariële akte of ten overstaan van de ABS schriftelijk verklaren dat de man respectievelijk de duomoeder gezamenlijk het gezag over het kind uitoefenen (lid 1, aanhef en onderdeel f (nieuw)). De tweede nieuwe uitzondering verduidelijkt dat wanneer de ABS niet met voldoende zekerheid kan vaststellen dat de gronden opgenomen in artikel 251b, eerste lid, aanhef en onderdelen a tot en met f (nieuw) afwezig zijn, het gezamenlijk gezag niet van rechtswege ontstaat.

Het voorgestelde tweede lid regelt dat de erkenner van een ongeborn kind van rechtswege gezamenlijk met de moeder het gezag uitoefent vanaf de geboorte van het kind, tenzij de ABS bij de erkenning een vaststelling als bedoeld in het eerste lid heeft gedaan.

Op grond van artikel 1:203, eerste lid, onder b, kan erkenning van een kind ook plaatsvinden bij notariële akte. In dat geval regelt het derde lid dat gezamenlijke uitoefening van het gezag eerst ontstaat vanaf het tijdstip dat de ABS heeft vastgesteld dat geen van de gronden, bedoeld in het eerste lid, onder a tot en met g van toepassing is. Van die vaststelling wordt mededeling gedaan aan de moeder en de erkenner. Ook wordt daarvan aantekening gemaakt in het gezagsregister in uitzondering op de algemene regel dat van de hoofdregel geen aantekening gemaakt wordt. Zo is voor een ieder duidelijk op welk moment het gezamenlijk gezag van moeder en erkenner is ontstaan.

Het vierde lid biedt de mogelijkheid tot beroep tegen een vaststelling door de ABS als bedoeld in het eerste lid, in het geval er sprake is van onbevoegdheid tot het gezag wegens een geestelijke stoornis van een of beide ouders. Beroep is ook mogelijk indien de ABS vaststelt dat hij onvoldoende zeker is dat de onder a tot en met f genoemde gronden afwezig zijn.

Dit lid komt inhoudelijk grotendeels overeen met het huidige artikel 252, derde lid.

Naast voormelde uitzonderingen op het van rechtswege ontstaan van gezamenlijk gezag waarbij de ABS een rol speelt, bestaat ook de mogelijkheid het gezamenlijk gezag (alsnog) te beëindigen door daartoe een verzoek te doen bij de rechtbank. Deze mogelijkheid is opgenomen in de voorgestelde wijziging van artikel 253n, eerste lid (zie hiervoor de toelichting bij onderdeel F).

Zie voor een nadere toelichting op het bepaalde in dit onderdeel D ook paragraaf 4 (Nieuwe hoofdregel en de uitzonderingen) van het algemeen deel van de memorie van toelichting.

Onderdeel E [artikel 1:252]

Op grond van dit wetsvoorstel wordt de hoofdregel dat ouders die niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, na de erkenning van een minderjarig kind van rechtswege het gezamenlijk gezag over het kind uitoefenen. Op deze regel bestaan enkele uitzonderingen. Het betreft hier de situaties van eenouderadoptie en de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. In deze gevallen ontstaat na erkenning van het kind niet automatisch het gezamenlijk gezag maar blijft de huidige regel – gezamenlijk verzoek tot aantekening van gezamenlijk gezag in het gezagsregister – zoals geformuleerd in artikel 1:252, eerste lid, van toepassing. Met dit onderdeel E wordt dat in genoemd artikel geregeld.

Het voorgestelde tweede lid van artikel 1:252 behelst geen inhoudelijke wijziging, maar wordt technisch aangepast zodat hiermee wordt aangesloten bij het voorgestelde artikel 1:251b, eerste lid, onder a tot en met e (dat inhoudelijk overeenkomt met het huidige tweede lid van artikel 1:252).

Onderdeel F [artikel 1:253ba]

Indien een moeder van rechtswege het eenhoofdig gezag over haar minderjarig kind uitoefent, kan zij de griffier van de rechtbank desgewenst verzoeken om hiervan een aantekening te laten opnemen in het gezagsre-

gister. Dit wordt geregeld in het voorgestelde artikel 1:253ba. De redenen om in een dergelijk geval aantekening in het gezagsregister mogelijk te maken staan beschreven in paragraaf 5.1 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

Onderdeel G [artikel 1:253n]

De man of vrouw die het kind heeft erkend, verkrijgt op grond van het voorgestelde artikel 251b, eerste lid, van rechtswege het gezamenlijk gezag met de moeder van het kind. De moeder kan ingevolge de voorgestelde wijziging van artikel 253n bij de rechter een verzoek doen dit gezamenlijk gezag te beëindigen en het gezag aan haar toe te wijzen. Ook in de omgekeerde situatie dat de erkenner geen gezamenlijk gezag wenst, kan deze een dergelijk verzoek tot beëindiging van het gezamenlijk gezag en toewijzing van het gezag aan de moeder bij de rechtbank indienen. De rechter kan dit verzoek van de moeder respectievelijk de erkenner inwilligen indien er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen, of indien de wijziging van het gezag anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

Zie voor een nadere toelichting ook paragrafen 4.2. en 4.2.1 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

Artikel II [Overgangsrecht]

Het wetsvoorstel heeft vanaf het moment van inwerkingtreding onmiddellijke werking voor alle nieuwe gevallen van erkenning. Op erkenningen die hebben plaatsgevonden voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel blijven de huidige bepalingen van Boek 1 BW van toepassing. Dit betekent bijvoorbeeld dat ouders die in een dergelijk geval alsnog het gezamenlijk gezag willen verkrijgen, dit op hun verzoek dienen te laten aantekenen in het gezagsregister conform het huidige artikel 1:252 BW.

Artikel III [inwerkingtreding]

Het streven is om dit wetsvoorstel zo spoedig mogelijk in werking te laten treden.

Bergkamp
Van Wijngaarden