

Vergaderjaar 2021–2022

34 605

Voorstel van wet van de leden Van Ginneken en Van Wijngaarden tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet basisregistratie personen in verband met het van rechtswege ontstaan van gezamenlijk gezag door erkenning

D HERDRUK¹

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 3 december 2021

1. Inleiding

De initiatiefnemers hebben met belangstelling kennisgenomen van het voorlopig verslag van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid over het onderhavige wetsvoorstel. Zij danken de leden van de fracties van **D66, CDA, PvdA, SGP** en **GroenLinks** voor de door hen gestelde vragen en gemaakte opmerkingen. Daarop zal hieronder worden ingegaan. Ter vergroting van de leesbaarheid is op een enkel punt afgeweken van de vragenvolgorde zoals in het verslag: de vijfde, zesde en zevende vraag van de leden van de fractie van de SGP zijn naar voren verplaatst. De initiatiefnemers hopen met deze memorie van antwoord de in het verslag gestelde vragen naar tevredenheid te hebben beantwoord.

2. Noodzakelijkheid en bruikbaarheid van het wetsvoorstel

De leden van de fractie van het CDA hebben de initiatiefnemers gevraagd nader uiteen te zetten waarom met het voorliggende voorstel aan het belang van het kind tegemoet wordt gekomen. Initiatiefnemers hechten er waarde aan «het belang van het kind» van enig objectief kader te voorzien. Daarom sluiten de initiatiefnemers voor de invulling van het belang van het kind aan bij het internationaal recht. Het personen- en familierecht wordt, waar het kinderen betreft, al in belangrijke mate beheerst door de normen die het VN-verdrag van de rechten van het kind (IVRK) neerlegt.

De initiatiefnemers zetten uiteen welk kader het IVRK geeft. Dit ter beantwoording van de vraag van de leden van de fractie van het CDA, maar ook omdat deze kaders van belang zijn voor de algehele context van dit wetsvoorstel.

Ten eerste bepaalt artikel 3, lid 1, van het IVRK dat aangaande iedere maatregel die het kind betreft het belang van het kind de eerste overweging vormt. Dat is een uitgangspunt dat initiatiefnemers van harte

¹ In verband met correctie opschrift.

onderschrijven en dat ook verder wordt uitgewerkt in general comment nummer 14 bij het IVRK.

Artikel 2 lid 2 van het IVRK bevat een opdracht aan de overheid om alle passende maatregelen te nemen om te waarborgen dat het kind beschermd wordt tegen alle vormen van discriminatie op grond van omstandigheden die de ouders van het kind betreffen. Dat is relevant in het kader van dit wetsvoorstel omdat er thans een ongelijkheid is tussen de kinderen van gehuwde en van ongehuwde ouders waarvoor initiatiefnemers geen rechtvaardiging zien. Kinderen van gehuwde ouders – dan wel ouders met een geregistreerd partnerschap – hebben immers in beginsel automatisch twee ouders die het gezag dragen, terwijl kinderen van ouders die hun relatie niet hebben geformaliseerd door een huwelijk of een geregistreerd partnerschap (GP) in eerste instantie slechts één gezagsdragende ouder hebben, ook als er is erkend en er daardoor twee juridische ouders zijn. Het initiatiefwetsvoorstel biedt in dit licht een toegevoegde waarde door eenvoudiger gezamenlijk gezag te laten ontstaan conform het wettelijk uitgangspunt dat beide ouders het gezag dragen en dat dient te gelden voor alle minderjarige kinderen. Dan ten derde, artikel 7 lid 1 van het IVRK is van belang omdat dit onder meer de norm neerlegt dat kinderen het recht hebben op opvoeding en verzorging door beide ouders. In artikel 1:247 BW is bovendien bepaald dat het ouderlijke gezag de plicht en het recht van de ouder omvat zijn minderjarige kind te verzorgen en op te voeden. Voor het kind vloeit hieruit het recht op verzorging en opvoeding voort. Daar ziet dit wetsvoorstel bij uitstek op. Artikel 8 IVRK, ten vierde, onderstreept het belang van de ontwikkeling van de eigen identiteit van het kind, waarbij de familiale sfeer expliciet wordt genoemd. Het negende artikel bepaalt dat kinderen in beginsel niet van hun ouders mogen worden gescheiden. Tot slot legt artikel 18 van het IVRK de verplichting aan verdragspartijen op om erkenning te verzekeren van het beginsel dat de beide ouders gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. De ouders dragen de primaire verantwoordelijkheid voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind en de overheid dient hen daarbij ook te faciliteren. Initiatiefnemers menen dat met het voorliggende wetsvoorstel beter tegemoet wordt gekomen aan de in het IVRK genoemde uitgangspunten, zeker wanneer deze artikelen in samenhang worden gezien.

De leden van de fractie van de SGP stellen een spanning te signaleren tussen enerzijds het uitgangspunt dat ouders gezamenlijk gezag horen te dragen en anderzijds de mogelijkheid om ervoor te kiezen dat slechts een van de ouders het gezag uitoefent. Zij vragen hoe dit zich tot elkaar verhoudt. Zij vragen of het risico op conflict over gezagstoekenning geenszins bij voorbaat in alle gevallen verondersteld kan worden. Ook vragen zij waarom niet voorzien is in een toets of er in de praktijk niet te gemakkelijk wordt afgezien van gezamenlijk gezag. Initiatiefnemers bevestigen dat gezamenlijk gezag in beginsel het uitgangspunt is en dat gezag verantwoordelijkheid met zich meebrengt. Beide punten blijken ook uit het Burgerlijk Wetboek.² Initiatiefnemers denken echter niet dat er een spanning bestaat tussen die twee punten en de mogelijkheid om van gezamenlijk gezag af te zien. Er kunnen immers gegronde redenen zijn om af te zien van gezamenlijk gezag, bijvoorbeeld omdat een ouder in het buitenland woont en zijn rol op afstand zal vervullen. Er kunnen gegronde redenen zijn om bepaalde keuzes te maken en initiatiefnemers willen ouders niet in de vrijheid beperken zelf afwegingen te maken als zich dergelijke redenen voordoen. Dat doet geen afbreuk aan het uitgangspunt dat gezamenlijk gezag in beginsel in belang van het kind is, dit belang

² Zie in dit verband artikel 247, eerste lid en 253c, tweede lid van boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

staat voorop. Keuzevrijheid is daarbij van groot belang om tegemoet te komen aan de diverse situaties waarin kinderen opgroeien. Zie in dit verband ook het rapport van de staatscommissie: *«De Staatscommissie neemt als uitgangspunt dat wetgeving bescherming moet bieden aan kinderen en andere betrokkenen binnen afstammingsrelaties en aan kinderen binnen opvoedingssituaties. Dit kan betekenen dat voorwaarden worden gesteld aan de vorming van bepaalde afstammingsrelaties, maar het kan ook betekenen dat de bestaande leefsituatie van een kind moet worden erkend. Binnen die voorwaarden moet wetgeving zoveel mogelijk de keuzevrijheid van betrokkenen waarborgen en ruimte bieden voor bestaande en toekomstige diversiteit in de maatschappij»*.³ Het is op zichzelf correct dat het risico op conflict bij het toekennen van gezamenlijk gezag niet in alle gevallen verondersteld kan worden. Initiatiefnemers hebben de uitzonderingsgrond ingevoegd mede naar aanleiding van het risico dat moeders vaker zouden kunnen gaan afzien van toestemming bij erkenning, wat als gevolg zou hebben dat meer kinderen zonder tweede juridische ouder zouden kunnen komen te zitten.⁴ Zou de mogelijkheid van een verklaring er niet zijn, dan kan worden gevreesd voor een daling van het aantal erkenningen. Een toets is daarbij niet passend, mede omdat die toets niet uitgevoerd kan worden door de ambtenaar van de burgerlijke stand, voor wie dit niet past bij de aard van diens werkzaamheden. Zou de in plaats daarvan betrokken instantie een rechter zijn, dan wordt daarmee een substantiële drempel opgeworpen om tot erkenning te komen. Er is een afweging gemaakt tussen het uitgangspunt van gezamenlijk gezag en de wens om erkenningen zo veel mogelijk plaats te laten vinden. In het geval dat gezamenlijk gezag niet bij de erkenning wordt verkregen kan dit later nog worden gevraagd aan de rechter of kan een gezamenlijk verzoek worden gedaan aan de griffier om het gezamenlijk gezag aan te tekenen in het gezagsregister.

De leden van de CDA-fractie hebben initiatiefnemers gevraagd hoe zij hun stelling onderbouwen dat de huidige wetgeving ruimte biedt voor onnodig conflict. Daarnaast vragen zij de initiatiefnemers in te gaan op de gedachte dat de koppeling tussen erkenning en gezag juist aanleiding zou kunnen zijn voor gerechtelijke procedures als gezamenlijk gezag juist niet wordt beoogd door de moeder.

Initiatiefnemers baseren zich op de reacties van de betrokken beroepsgroepen, in het bijzonder de vereniging van Familie- en erfrecht Advocaten Scheidingsmediators (vFAS). De consultatiereactie en de onder de vFAS-leden gehouden enquête bevestigen ook dat de bestaande regeling waarbij erkenning niet automatisch leidt tot gezag tot (grote) problemen leidt. Er is sprake van een situatie waarin het ouderlijk gezag niet als recht, maar als «verdienste» wordt gezien.⁵ Ook de Orde van Advocaten wijst op deze problemen.⁶ De situatie staat daarbij haaks op het wettelijke en verdragsrechtelijke uitgangspunt dat in beginsel beide ouders gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind.

Het niet laten ontstaan van gezag na de erkenning is op dat moment vaak geen bewuste keuze.⁷ Is er vervolgens sprake van een relatiebreuk, dan ontstaat een ongelijkwaardige situatie. Als slechts één ouder het gezag heeft, dan heeft de andere ouder formeel geen zeggenschap over belangrijke zaken die het kind aangaan. Conflicten die na de breuk ontstaan en waarbij het onderwerp van conflict het eenhoofdig ouderlijk gezag is, worden met dit voorstel voor een belangrijk deel voorkomen.

³ Rapport staatscommissie p. 53.

⁴ Bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 34 605, nr. 6, p. 9.

⁵ Bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 34 605, nr. 6, p. 26.

⁶ Bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 34 605, nr. 6, p. 4.

⁷ Bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 34 605, nr. 6, p. 27

Initiatiefnemers beogen daarmee niet te zeggen dat als beide ouders wel op juridisch gelijke voet met elkaar staan – samen het gezag dragen – er geen conflicten over het gezag kunnen plaatsvinden. Het voorkomt echter wel dat in bepaalde gevallen een van beide ouders achter de feiten aanloopt in een dergelijk conflict. Het gebeurt dat ouders het gezag inzetten als ruilmiddel, drukmiddel of als «wisselgeld» als onderhandeld wordt over andere zaken dan het gezag. In de rede ligt dat met het aannemen van dit wetsvoorstel het ontstaan van gezamenlijk gezag minder vaak onderwerp zal zijn van conflict.

Gelet op het voorgaande is de verwachting dat het positieve conflictvoorkomende effect van het voorstel groter zal zijn dan het mogelijke negatieve effect van het voorstel op het ontstaan van conflicten tussen ouders.

Initiatiefnemers voorzien gelet op het voorgaande niet dat er, zoals gevraagd door de leden van de CDA-fractie, juist aanleiding ontstaat voor gerechtelijke procedures (over vervangende toestemming) als de moeder geen gezamenlijk gezag beoogt.

De leden van de CDA-fractie vragen hoe initiatiefnemers aankijken tegen de mogelijkheden van het huwelijk en het geregistreerd partnerschap, mede in het licht van een gelijkwaardige verhouding tussen beide ouders. De initiatiefnemers zijn blij dat ouders ervoor kunnen kiezen om hun relatie op verschillende wijzen -zowel formeel als materieel- in te richten. Ouders hebben in alle gevallen de verantwoordelijkheid voor hun kinderen. Dat neemt niet weg dat zij de vrijheid hebben om wel of niet een (bijzondere) verbintenis aan te gaan teneinde hun relatie te formaliseren. In het geval dat de ouders het gezamenlijk gezag dragen, zijn er voor het kind geen praktische verschillen. Het belangrijkste is hoe de ouders materieel invulling geven aan hun relatie en hun ouderrol. Gezamenlijk gezag draagt bij aan een gelijkwaardige opvoeding en verzorging door beide ouders. Hoewel zowel het huwelijk als het geregistreerd partnerschap zeker beschermende rechtsgevolgen hebben voor kinderen, is het ook zo dat ouders steeds vaker om hun moverende redenen niet opteren voor een huwelijk of geregistreerd partnerschap voordat zij kinderen krijgen.⁸ Ook de kinderen van deze ouders verdienen voldoende bescherming. Dat laat onverlet dat het huwelijk en het geregistreerd partnerschap nog steeds een totaalregeling biedt voor ook vermogensrechtelijke aspecten van de relatie, waarmee het ook in de toekomst een waardevolle optie voor stellen zal blijven.

De leden van de fractie van de PvdA vragen of de initiatiefnemers, eventueel aan de hand van een voorbeeld, aan kunnen geven in welke gevallen de rechter een van beide ouders afkomstig verzoek tot gezamenlijk gezag afwijst. Daarnaast vragen zij of er voorbeelden van weigeringen zijn die onder de werking van het initiatiefvoorstel niet zouden vallen onder de in dit voorstel opgenomen uitzonderingen. Tot slot vragen deze leden, indien het antwoord op de voorgaande vraag positief luidt, of initiatiefnemers of zij het aanvaardbaar vinden als in deze gevallen gezamenlijk gezag ontstaat.

De eerste vraag van de leden van de fractie van de PvdA ziet op artikel 1:252 BW. De situaties waarin in artikel 1:252 en in het voorgestelde artikel 1:251b geen gezag ontstaan, komen in hun werking grotendeels met elkaar overeen. De gronden onder c, d, en e van het tweede lid van artikel 1:252 komen expliciet terug in de voorgestelde wettekst. In de situaties waarin thans krachtens artikel 1:252 geen gezamenlijk gezag kan worden verkregen, ontstaat ook geen gezamenlijk gezag op grond van het voorgestelde artikel 1:251b. Initiatiefnemers lichten dat graag toe.

⁸ Zie ook: CBS.nl 2 mei 2018, *Twintigers en dertigers trouwen minder*, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2018/18/twintigers-en-dertigers-trouwen-minder>

Ouders die niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan oefenen krachtens dit artikel het gezag over hun minderjarige kinderen gezamenlijk uit, indien dit op hun beider verzoek in het gezagsregister is aangetekend. In een beperkt aantal uitzonderingen vindt er geen aantekening plaats, op grond van het genoemde artikel 1:252, tweede lid, BW. Het eerdergenoemde verzoek kan niet worden gedaan ten aanzien van kinderen over wie de ouders het gezag eerder gezamenlijk hebben uitgeoefend. De griffier weigert voorts de aantekening tot gezamenlijk gezag in het register te plaatsen indien (a) een of beide ouders niet bevoegd zijn tot het gezag, (b) het gezag van één van beide ouders is beëindigd en de andere ouder het gezag uitoefent, (c) een voogd met het gezag over het kind is belast, (d) de voorziening in het gezag over het kind is komen te ontbreken, of (e) de ouder die het gezag heeft dit al gezamenlijk met een ander dan een ouder uitoefent.

Het voorstelde artikel 1:251b BW legt in het eerste en tweede lid een zestal uitzonderingssituaties vast waarin na de erkenning niet van rechtswege gezamenlijk gezag ontstaat. Het gaat dan ten eerste om de situaties waarin: een voogd met de voogdij is belast (eerste lid, onderdeel a), de voorziening in het gezag over het kind is komen te ontbreken (eerste lid, onderdeel b), de

ouder die het gezag heeft dit gezamenlijk met een ander uitoefent (eerste lid onderdeel c), of de erkenner het gezag over het kind eerder heeft uitgeoefend (eerste lid, onderdeel d). Daarnaast oefent de moeder, zo vloeit voort uit het tweede lid, het gezag over haar kind alleen uit indien uit de akte blijkt dat (a) de moeder en de erkenner hebben verklaard dat het gezag alleen door de moeder wordt uitgeoefend of (b) indien het zo is dat de erkenning plaatsvindt met vervangende toestemming door de rechter.

De uitzonderingsgrond onder a in artikel 1:252 BW (onbevoegdheid van één of beide ouders) is niet expliciet opgenomen in het initiatiefwetsvoorstel. Het gaat dan om situaties als ondercuratelestelling en minderjarigheid. Het is niet nodig om deze grond letterlijk over te nemen: in geval van onbevoegdheid van de moeder op het moment van erkenning kan geen gezamenlijk gezag ontstaan. In dat geval zal de rechtbank een voogd hebben benoemd (zie de uitzonderingsgrond in onderdeel a). Is er niet in voogdij voorzien dan ontbreekt de voorziening in het gezag, bijvoorbeeld omdat de moeder bijna achttien is (zie de uitzonderingsgrond in onderdeel b).

De grond uit onderdeel b van artikel 1:252, tweede lid, BW (gezag van een ouder is beëindigd en andere ouder oefent het uit) komt in de uitwerking, samen met de hiervoor genoemde grond dat niet eerder het gezamenlijk is uitgeoefend, overeen met de te introduceren uitzonderingsgrond die stelt dat er geen gezamenlijk gezag ontstaat als de erkenner het gezag eerder heeft uitgeoefend.

Er ontstaat dus geen gezamenlijk gezag in de situaties waarin dat volgens initiatiefnemers onaanvaardbaar zou zijn. De consistentie van de wettelijke regelingen omtrent gezag blijft gehandhaafd.

De leden van de fractie van de SGP vragen waarop de initiatiefnemers hun overtuiging baseren dat het geen wezenlijk verschil maakt of kinderen opgroeien binnen een wettelijk gereguleerde relatie dan wel lossere relatievormen. Zij vragen naar de familierechtelijke gevolgen van het ontbreken van een geregistreerd partnerschap of huwelijk en het belang van die gevolgen voor het bieden van een stevige, duidelijke context voor betrokken kinderen.

De initiatiefnemers hechten, zoals eerder naar voren gebracht, sterk aan de keuzevrijheid van ouders. Ongeveer de helft van de kinderen wordt thans buiten het huwelijk geboren en deze kinderen groeien doorgaans op in een huishouden met beide ouders.

In al die gevallen (van kinderen die buiten een geformaliseerde relatie geboren worden) zullen ouders extra stappen moeten zetten om het ouderschap vorm te geven, in de vorm van een erkenning door de tweede ouder en ook het vestigen van gezag. Het voorstel vereenvoudigt deze situatie, door twee los van elkaar staande stappen (erkenning en gezag) samen te voegen, waardoor het voor ouders eenvoudiger wordt om de door de vragenstellers ook van belang geachte duidelijke context te bieden.

3. Aansluiting van het initiatiefwetsvoorstel bij het rapport van de Staatscommissie-Wolfsen en bestaande wet- en regelgeving

De leden van de fractie van het CDA hebben aan de initiatiefnemers gevraagd waarom niet is gewacht met het indienen van het initiatiefwetsvoorstel totdat de Staatscommissie Herijking Ouderschap haar rapport had gefinaliseerd en gepubliceerd.

Initiatiefnemers hebben het onderhavige voorstel, na in 2015 gestart te zijn met de voorbereidingen, ingediend op 15 november 2016. Het rapport van de Staatscommissie is uitgebracht op 7 december 2016. Initiatiefnemers hebben het advies van de Raad van State en de eigen reactie hierop gepubliceerd op 16 januari 2020. Ook is hierbij het voorstel gewijzigd. Initiatiefnemers hebben zich in de tussentijd verwittigd van de inhoud van het rapport van de Staatscommissie. Zij hebben echter in 2016 geen aanleiding gezien om langer te wachten met het indienen van het voorstel en daarbij af te wijken van de eigen planning. Initiatiefnemers hebben een consultatie plaats doen vinden en onder meer een enquête doen afnemen onder de leden van de vFAS, waarin vooral steun voor het voorstel is gevonden. Daarnaast verdient opmerking dat het geen nieuwe discussie betreft. In 2001 heeft Mohamed Rabbae al geprobeerd om via een amendement te regelen dat erkenning en gezag gekoppeld werden voor ongehuwde ouders. Dat amendement is destijds verworpen.⁹ In 2011 stelde Nine Kooiman schriftelijke vragen over de koppeling van erkenning en gezag.¹⁰ Gelet op de eigen overtuiging aangaande de toegevoegde waarde van het voorstel en de voorgeschiedenis hebben initiatiefnemers er niet toe besloten het rapport verder af te wachten. Initiatiefnemers merken daarnaast op dat de opdracht van de commissie was om *«de regering te adviseren over de wenselijkheid van wijziging van bestaande regelgeving die betrekking heeft op het ontstaan van juridisch ouderschap en de invoering van een wettelijke regeling voor meerouderschap en meeroudergezag en draagmoederschap.»*¹¹ De staatscommissie was dus primair gericht op meerouderschap, meeroudergezag en draagmoederschap. Dat ook de koppeling van erkenning en gezag uitgebreid aan de orde zou komen was niet zonder meer te voorzien.

De leden van de fractie van het CDA vragen hoe de initiatiefnemers, in het licht van de inhoud van het rapport van de Staatscommissie, aankijken tegen situaties waarin de intentie aangaande gezag onduidelijk of zelfs afwezig is.

De Staatscommissie stelt dat wanneer een kind wordt geboren buiten een geformaliseerde relatie, niet zonder meer aangenomen zou mogen worden dat beide ouders een bewuste keuze hebben gemaakt of maken voor het nemen van verantwoordelijkheid voor een uit hun relatie geboren kind. Het voorstel sluit hier in die zin bij aan, dat vanaf inwerking-treding de bewuste keuze voor erkenning een bewuste keuze wordt voor erkenning en gezag. Het wetsvoorstel houdt rekening met het feit dat er

⁹ Handelingen 2000–2001, vergadering nr. 61–4279, 27-03-2001

¹⁰ Kamerstukken II, 2011/2012, Aanhangsel 125.

¹¹ Kamerstukken II, 2016/2017, 33 032, nr. J

ook situaties zijn waarbij de ouders geen gezamenlijk gezag willen laten ontstaan, en biedt daar ook, laagdrempelig, de mogelijkheid toe. De Staatscommissie hanteert als uitgangspunt dat er keuzevrijheid hoort te zijn en dat de wetgeving aansluit bij maatschappelijke ontwikkelingen. De koppeling van erkenning en gezag, op de wijze zoals voorgesteld, past hierbij. Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht en voormalig lid van de Staatscommissie André Nuytinck sprak, op persoonlijke titel, al de hoop uit op een zo spoedig mogelijke inwerkingtreding.¹²

Aangaande situaties waarin de intentie tot gezag niet aanwezig is of hierover onduidelijkheid bestaat wijzen initiatiefnemers op het belang van goede voorlichting. Gedacht kan onder meer worden aan duidelijke standaardopmerking over de gevolgen van erkenning op het toestemmingsformulier van erkenning dat door de moeder dient te worden ingevuld. Initiatiefnemers hechten, zoals meermaals opgemerkt, sterk aan de keuzevrijheid van ouders in combinatie met de belangen van het kind en onderkennen dat keuzevrijheid alleen toegevoegde waarde heeft als de consequenties van die keuzes inzichtelijk zijn. De Minister heeft er ook op gewezen dat als dit wetsvoorstel wordt aangenomen, ervoor gezorgd moet worden dat ouders weten wat de consequenties van erkenning zijn. Zo noemde hij onder meer een extra instructie aan de ambtenaren van de burgerlijke stand en online informatievoorziening.¹³ Zoals eerder naar voren gebracht zal de bewuste keuze voor erkenning met het aannemen van dit wetsvoorstel de bewuste keuze voor erkenning en gezag worden.

4. Aantal gezagsrelaties met enkel de moeder en verzoeken tot erkenning van een duomoeder

De leden van de D66-fractie vragen of er cijfers bekend zijn aangaande hoeveel van de buiten een huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kinderen uiteindelijk enkel een gezagsrelatie hebben met de moeder.

Uit cijfers van Rechtspraak.nl blijkt dat de afgelopen jaren ongeveer 50.000 aanvragen per jaar voor aantekening van gezamenlijk gezag zijn gedaan.¹⁴ Er wordt niet geregistreerd hoe vaak dit verzoek wordt gehonoreerd of afgewezen. Er is echter geen reden om aan te nemen dat dit verzoek vaak wordt afgewezen. Het uitgangspunt is immers dat het verzoek wordt gehonoreerd tenzij er zwaarwegende redenen zijn om dit niet te doen, zoals de situatie waarbij een van de ouders lijdt aan een ernstige geestelijke stoornis¹⁵, initiatiefnemers verwijzen daarbij tevens naar de eerdergenoemde uitzonderingsgronden van artikel 1:252 BW. Voorgaande betekent dat per jaar ongeveer 25.000 paar ouders geen gezamenlijk gezag aanvragen (75.000 min 50.000). Per jaar krijgen dus bij benadering 25.000 kinderen *in eerste instantie* enkel een gezagsrelatie met de moeder. Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat een deel van deze ouders op een later moment alsnog een geformaliseerde relatie aangaat en er dan alsnog automatisch gezamenlijk gezag ontstaat. Gezamenlijk gezag kan ook aan de rechter worden gevraagd en de andere ouder kan in plaats van de moeder alleen het gezag vragen (art. 253c BW), hoe vaak dat gebeurt is initiatiefnemers niet bekend. Uit navraag is gebleken dat dit niet wordt geregistreerd.

¹² Via een update op zijn persoonlijke LinkedIn- en twitteraccount, 1 december 2020

¹³ Kamerstukken II, 2020–2021, 34 605, nr. 15, p. 26

¹⁴ 2015 = 48.013, 2016 = 52.097, 2017 = 50.789, 2018 = 49.975, 2019 = 50.869 (hierbij gaat het om verzoeken op grond van art. 1:252 BW)

¹⁵ <https://www.rechtspraak.nl/Onderwerpen/gezag/Paginas/Gezamenlijk-gezag-formulier.aspx#6e5f34ae-41cd-4841-8886-37abd223bcb04dadd4a8-afa7-48b1-971d-152992608f5726>

Daarnaast zijn er nog situaties waarbij het ouderlijk gezag wordt beëindigd door de kinderrechter, of waarbij enkelvoudig gezag ontstaat omdat een van de ouders overlijdt. Er kan op grond van de beschikbare informatie niet met zekerheid gezegd worden hoeveel kinderen uiteindelijk alleen een gezagsrelatie met de moeder krijgen.

De leden van de fractie van D66 vragen daarnaast in hoeveel gevallen van de 75.000 kinderen per jaar een duomoeder het kind heeft erkend. Tussen 2014 en 2018 zijn er ongeveer 700 kinderen per jaar geboren die twee moeders hebben.¹⁶ Het kan hierbij gaan om moeders die op dat moment al een formele relatie hadden, maar ook om moeders zonder formele relatie. Daarbij bestaat voor de duomoeder binnen huwelijk of geregistreerd partnerschap met de geboortemoeder naast ouderschap van rechtswege ook de mogelijkheid om het kind te erkennen. Het is niet bekend in hoeveel gevallen een duomoeder het kind buiten een formele relatie heeft erkend.

5. Gezag door erkenning in bijzondere situaties

De leden van de fractie van GroenLinks vragen of het zo blijft dat het voor het verkrijgen van het gezag door de ouder die met de moeder van het kind trouwt niet uitmaakt of de eerdere erkenning heeft plaats gevonden met toestemming van de moeder of na vervangende toestemming van de rechter. Als alternatief schetsen zij het scenario dat de vader die het kind met vervangende toestemming erkent – vanwege de uitzondering van het voorgestelde artikel 1:251b, eerste lid onder b – niet alleen niet het gezag verkrijgt bij die erkenning, maar ook niet wanneer hij later met de moeder trouwt.

In de geschetste situatie ontstaat, naar de mening van de initiatiefnemers, gezamenlijk gezag voor de ouder die met vervangende toestemming heeft erkend op het moment van het aangaan van het huwelijk. De uitzondering van het voorgestelde artikel 1:251b, tweede lid, onder b, ziet op het gezag dat zijn oorsprong vindt in de erkenning zelf. Op het moment dat er sprake is van twee ouders en een huwelijk, dan oefenen de ouders samen het gezag uit op grond van artikel 1:251 BW, tenzij zich een uitzondering voordoet die ziet op de hoofdregel. Een uitzondering kan gelegen zijn in een rechterlijke uitspraak, die een andere gezagsvoorziening inhoudt, bijvoorbeeld een voogdijbeslissing. In een dergelijk geval blijft de voogdijbeslissing gelden en ontstaat er geen gezamenlijk gezag op grond van art. 1:251) In het geval dat al eerder, met toestemming van de moeder, is erkend dan is het gezamenlijk gezag, op grond van de voorgestelde regeling al ontstaan voor het huwelijk.

Daaropvolgend vragen de leden van de fractie van GroenLinks naar de juridische implicaties van de casus waarin een kind niet is erkend en de moeder alleen het gezag heeft. Ze trouwt na de geboorte van het kind met de biologische vader. Omdat deze geen juridisch ouder is, krijgt hij niet op basis van artikel 1:251, eerste lid, BW het gezag. De biologisch vader wil alsnog erkennen, de moeder wil dat niet. De man vraagt vervangende toestemming van de rechter, en krijgt deze. Het huwelijk overleeft dit conflict of de erkenning na vervangende toestemming komt eerder dan de echtscheiding. De aan het woord zijnde leden vragen of de vader in dit geval automatisch het gezag verkrijgt met die erkenning.

Vooropgesteld moet worden dat de hier voorgelegde situatie (zeer) uitzonderlijk zal zijn. Indien de erkenning met vervangende toestemming tijdens het huwelijk plaatsvindt geldt ook dat van rechtswege gezamenlijk gezag ontstaat, stellen de initiatiefnemers. De uitzonderingsgrond van het voorgestelde artikel 251b, tweede lid, onderdeel b, betreft immers, zoals ook hiervoor aangegeven, een bijzondere uitzonderingsgrond die ziet op

¹⁶ Kinderen van paren van gelijk geslacht, 1990–2018 (cbs.nl), peildatum 1 januari 2019.

het van rechtswege ontstaan van gezamenlijk gezag *door* erkenning. Op het moment dat de vader in het geschetste geval erkent met vervangende toestemming dan ontleent de vader het gezamenlijk gezag primair aan het feit dat hij ouder is van het kind en gehuwd is met de moeder. Daarmee vindt de regel van artikel 251, eerste lid, toepassing: «Gedurende hun huwelijk oefenen de ouders het gezag gezamenlijk uit.».

6. Gezag door erkenning bij minderjarige ouders

De leden van de fractie van GroenLinks lezen de tekst zo dat als een meerderjarige vader een kind van een minderjarige moeder zonder meerderjarigheidsverklaring erkent, die vader het eenhoofdig gezag verkrijgt en de moeder vervolgens bij het meerderjarig worden het gezag niet zou verkrijgen. Zij vragen of de initiatiefnemers deze lezing delen en de consequenties hiervan overzien. Initiatiefnemers kunnen zich niet vinden in de lezing die de leden van fractie van GroenLinks naar voren brengen. Het kan naar de tekst van het voorstel niet zo zijn dat een minderjarige moeder aan een meerderjarige vader toestemming voor erkenning geeft en dat de vader als gevolg van de erkenning het eenhoofdig gezag verkrijgt. Het wetsvoorstel ziet immers enkel op het ontstaan van *gezamenlijk* gezag. Er ontstaat op grond van dit wetsvoorstel door erkenning geen van rechtswege eenhoofdig gezag.

Als de moeder minderjarig is, dan is zij onbevoegd tot gezag. Er zal een voogd worden benoemd of er wordt gewacht totdat zij meerderjarig is. In dat laatste geval komt de voorziening in het gezag te ontbreken. Onder het komen te ontbreken van de voorziening in het gezag valt ook de situatie dat de moeder nooit het gezag heeft gehad omdat zij ten tijde van de geboorte (nog) onbevoegd was wegens haar minderjarigheid.¹⁷ Er is dan sprake van een uitzonderingsgrond waardoor er geen gezamenlijk gezag van de moeder en de erkenner ontstaat.

Er wordt op grond van dit wetsvoorstel bij minderjarigheid van de moeder niet van rechtswege het gezamenlijk gezag verkregen (vanwege de uitzonderingsgrond dat de voorziening in het gezag is komen te ontbreken) en de meerderjarige erkenner verkrijgt ook niet van rechtswege door erkenning het eenhoofdig gezag.

Initiatiefnemers hopen de zorgen van de leden van de Fractie van GroenLinks te hebben weggenomen met het bovenstaande; de geschetste consequenties zijn niet aan de orde.

De leden van de fractie van GroenLinks hebben gevraagd wat volgens de initiatiefnemers rechtens is in de situatie dat zowel de vader – die heeft erkend – als de moeder minderjarig is, en de vader eerder dan de moeder meerderjarig wordt, terwijl er niet in de voogdij was voorzien (bijvoorbeeld omdat de ouders bijna achttien jaar waren).

Als de moeder en de vader minderjarig zijn, zijn zij beiden onbevoegd het gezag uit te oefenen. Als de moeder minderjarig is ten tijde van de geboorte en er is geen meerderjarigheidsverklaring dan krijgt zij niet van rechtswege het gezag op grond van art. 1:253b BW. Als er in deze situatie geen voogd wordt benoemd komt de voorziening in het gezag te ontbreken. Wanneer de vader als eerste meerderjarig wordt dan staat op dat moment het gezag nog open. De vader krijgt dan, ook op grond van het onderhavige voorstel, niet van rechtswege het gezag zoals de moeder dit wel krijgt bij het openstaan van het gezag als zij meerderjarig wordt (en er geen ander met gezag is). Als het gezag open zou staan bij

¹⁷ Zie memorie van toelichting nr. 6, p. 29, en ook M.J.C. Koens, «Commentaar op art. 1:252 BW», in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk, *Tekst & Commentaar BW, aantekening 2*, Deventer: Wolters Kluwer en E.C.C. Punselie, «Commentaar op art. 1:252 BW», in: S.F.M. Wortmann e.a. *Groene Serie Personen- en Familierecht*, aantekening 3, Deventer: Wolters Kluwer

meerderjarigheid van de vader, kan de vader wel de rechter om het gezag verzoeken (art. 1: 253c, vierde lid, BW).

7. Risico op conflicten bij het toekennen van (gezamenlijk) gezag

De leden van de fractie van D66 vragen of er cijfers beschikbaar zijn aangaande hoe vaak vaders en duomoeders naar de rechter stappen om het gezag te verkrijgen. Initiatiefnemers hebben navraag gedaan bij de Raad voor de Rechtspraak, maar de informatie bleek niet beschikbaar.

8. Procedure voor het toekomen van het (gezamenlijk) gezag indien de omstandigheden veranderen

De leden van de fractie van D66 vragen naar de situatie waarin – op basis van het voorgestelde artikel 251b – de ouders afzien van het gezamenlijk gezag bij de erkenning. Zij vragen of als de ouders later, bijvoorbeeld omdat de omstandigheden zijn gewijzigd, alsnog het gezamenlijk gezag willen doen ontstaan, deze zich dan zullen moeten wenden tot de rechter. Artikel 1:252, eerste lid, BW bepaalt dat de ouders die niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan op hun beider verzoek wordt aangetekend in het gezagsregister. Geen van de in dit artikel genoemde uitzonderingsgronden ziet op de situatie waarin eerder als gevolg van de keuze van de ouders geen gezamenlijk gezag is ontstaan op grond van het voorgestelde 251b, tweede lid. De ouders kunnen zich zodoende op grond van artikel 1:252 BW kosteloos en ook online wenden tot de griffie van de rechtbank, die een aantekening maakt in het gezagsregister.

Van Ginneken
Van Wijngaarden