

Van : *Adviescommissie familie- en jeugdrecht*
 Datum : *19 juni 2018*
 Betreft : ***Wetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 BW in verband met directe koppeling van erkenning en gezamenlijk gezag voor ongehuwde en niet-geregistreerde partners (34605)***

SAMENVATTING

Conclusie

De adviescommissie familie- en jeugdrecht, hierna te noemen “de commissie”, is positief over het wetsvoorstel 34605.

Het wetsvoorstel sluit aan bij de veranderende maatschappij waarin steeds meer mensen bewust samenwonen en kinderen krijgen zonder gehuwd te zijn.

Het wetsvoorstel neemt het thans bestaande onderscheid weg waar het gaat om het juridisch kader voor kinderen die geboren worden binnen een huwelijk en kinderen die worden geboren buiten een huwelijk (art. 2 IVRK) doch ook tussen gehuwde mannen die een kind krijgen en ongehuwde mannen die een kind krijgen (art. 5 sub b en art. 16 VN Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen).

Het wetsvoorstel doet recht aan het gelijkwaardig ouderschap (art. 1:247 lid 4 BW) en het belang van het kind (art. 3 IVRK en General Comment nr. 14).

Tot slot biedt het wetsvoorstel een oplossing voor problemen die thans kunnen ontstaan binnen de huidige regelgeving ten aanzien van ouderlijk gezag bij ongehuwden die een kind krijgen. Voorbeelden hiervan zijn het voorkomen van het gebruik van ouderlijk gezag als drukmiddel/wisselgeld in een omgangsprocedure, de verbetering van de rechtspositie van ouders bij een ondertoezichtstelling of het verkrijgen van informatie van derden, het voorkomen van (inter)nationale verhuizingen zonder toestemming van de andere ouder en het creëren van de mogelijkheid voor een moeder een aantekening in het gezagsregister te laten maken van eenhoofdig ouderlijk gezag van rechtswege teneinde problemen bij de douane te voorkomen.

Kernpunten

- Het wetsvoorstel sluit aan op de veranderde maatschappij waarbij steeds meer mensen bewust samenwonen zonder gehuwd te zijn en kinderen krijgen;
- Het wetsvoorstel neemt het onderscheid weg tussen kinderen die geboren worden binnen een huwelijk en kinderen die geboren worden buiten een huwelijk (art. 2 IVRK) doch ook tussen gehuwde mannen die een kind krijgen en ongehuwde mannen die een kind krijgen (art. 5 sub b en art. 16 VN Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen);
- Het wetsvoorstel doet recht aan het gelijkwaardig ouderschap (art. 1:247 lid 4 BW);
- Het wetsvoorstel doet recht aan het belang van het kind (art. 3 IVRK en General Comment nr. 14);
- Het wetsvoorstel biedt een oplossing voor problemen die thans kunnen ontstaan binnen de huidige regelgeving ten aanzien van ouderlijk gezag bij ongehuwden die een kind krijgen.

Advies

Veranderde maatschappij

Volgens het CBS zijn de ouders van ruim 4 op de 10 baby's niet gehuwd¹, wonen 3 van de 10 vijftienjarigen niet met beide ouders² en trouwen twintigers en dertigers steeds minder³.

Mede aan de hand van deze cijfers komt de adviescommissie tot de conclusie dat de huidige wetgeving ten aanzien van ouderlijk gezag bij ongehuwden die een kind krijgen niet aansluit bij de verander(en)de maatschappij waarin steeds meer mensen (bewust) samenwonen zonder gehuwd te zijn en kinderen krijgen. Wat de adviescommissie betreft is de huidige wetgeving ten aanzien van ouderlijk gezag bij ongehuwden die een kind krijgen dan ook toe aan een herziening.

De adviescommissie verwijst in dit verband naar de "living instrument"-doctrine van het EHRM. Deze doctrine komt er op neer dat het EVRM niet moet worden geïnterpreteerd volgens de opvattingen uit 1950, toen het EVRM het licht zag, maar in het licht van de opvattingen zoals die leven in een hedendaagse democratische samenleving met het oog op een praktische en effectieve rechtsbescherming. Tot de mee te wegen hedendaagse opvattingen behoren ook de ontwikkelingen op het gebied van kinderrechten zoals gecodificeerd in het IVRK, de protocollen bij het IVRK en de commentaren en rapporten van het Kinderrechtencomité.⁴ Volgens de adviescommissie kan hieruit de boodschap worden gehaald dat ook wetgeving mee dient te veranderen met de veranderende samenleving.

Ongerechtvaardigd onderscheid

In Nederland is op 8 maart 1995 het IVRK in werking getreden. Art. 4 IVRK bepaalt dat de Staten die partij zijn, alle passende wettelijke, bestuurlijke en andere maatregelen moeten nemen om de in het IVRK erkende rechten te verwezenlijken.

Artikel 2 lid 2 IVRK (een van de vier kernbepalingen van het IVRK) bepaalt dat Staten die partij zijn alle passende maatregelen nemen om te waarborgen dat het kind wordt beschermd tegen alle vormen van discriminatie op grond van de omstandigheden van de ouders, wettige voogden of familieleden van het kind.

De situatie dat getrouwde ouders automatisch het gezag over hun kind krijgen en ongehuwde ouders niet, acht de adviescommissie in strijd met art. 2 lid 2 IVRK en de Nederlandse wetgever dient op grond van art. 4 IVRK deze situatie aan te passen. Dit gebeurt door het wetsvoorstel 34605. De adviescommissie is het eens met de stelling op pagina 6 van de Memorie van Toelichting dat dit een principiële onjuiste rechtsongelijkheid oplevert tussen de ouders. Deze rechtsongelijkheid kan alleen gerechtvaardigd worden voor zover het daadwerkelijk om reële, feitelijke verschillen in situatie gaat. De keuze voor een bepaalde leefvorm zegt steeds minder over de mate waarin beide ouders betrokken (willen) zijn bij het kind, in staat zijn het kind op te voeden en daarvoor gezamenlijke beslissingen te nemen.

De adviescommissie verwijst in dit verband ook nog naar de artikelen 5 sub b (erkenning gezamenlijke verantwoordelijkheid van mannen en vrouwen bij het grootbrengen en de ontwikkeling van kinderen) en art. 16 (gelijke rechten en verantwoordelijkheden van mannen en vrouwen ten opzichte van kinderen) van het VN Verdrag in zake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen.

¹ <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2016/21/ouders-van-ruim-vier-op-de-tien-baby-s-niet-getrouwd>

² <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2018/18/3-op-10-vijftienjarigen-wonen-niet-met-beide-ouders>

³ <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2018/18/twintigers-en-dertigers-trouwen-minder>

⁴ Gerrit Jan Pulles "Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het IVRK: receptie van het belang van het kind" in Vijftientwintig jaar IVRK en de Nederlandse rechter, WLP 2014, p. 42.

Gelijkwaardig ouderschap

Ieder kind heeft recht op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders, tenzij dit in strijd is met het belang van het kind (art. 9 lid 3 IVRK). Juridische ouders hebben daarenboven allen het gelijkwaardige recht om hun kinderen te verzorgen en op te voeden. Wat de adviescommissie betreft, is aan het ontstaan van een juridische band tussen een ouder en een kind, inherent dat er zeggenschap ten aanzien van het kind bestaat. Gelijkwaardigheid is echter alleen mogelijk als er ook een gelijke beslissingsbevoegdheid bestaat.

Het gelijkwaardig ouderschap is op dit moment te vinden in art. 1:247 lid 4 BW maar geldt thans in feite slechts voor kinderen die binnen een huwelijk zijn geboren.

Door het wetsvoorstel 34605 wordt juridische gelijkwaardigheid gecreëerd tussen ouders. Alle kinderen recht hebben daarbij in principe recht op gelijkwaardige verzorging en opvoeding door hun ouders, en ouders op gelijkwaardig ouderschap.

Belang van het kind

Art. 18 lid 1 eerste zin IVRK verplicht de Staten die partij zijn alles te doen wat in hun vermogen ligt om de erkenning te verzekeren van het beginsel dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Dit beginsel vloeit ook voort uit de artikelen art. 5 sub b en art. 16 VN Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen.⁵

Op grond van art. 18 lid 1 tweede zin IVRK hebben ouders de eerste verantwoordelijkheid voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Het belang van het kind is hun allereerste zorg.

Het Comité voor de Rechten van het Kind heeft op 29 mei 2013 een General Comment nr. 14 gepubliceerd, waarin het Comité handvatten heeft geformuleerd aan de hand waarvan kan worden beoordeeld en vastgesteld of een situatie in het belang van een kind is. Het Comité geeft een uitgebreid overzicht van de elementen die meegenomen dienen te worden bij de beoordeling van de vraag wat in het belang van het kind is, te weten:

- de mening van het kind (artikel 12 IVRK);
- de identiteit van het kind (artikel 8 IVRK);
- behoud van de familiebanden en omgang (artikelen 9, 18 en 20 IVRK);
- zorg, bescherming en veiligheid voor het kind (artikel 3 lid 2 IVRK);
- de kwetsbaarheid van het kind (kinderen met een beperking, kinderen die behoren tot een minderheid, vluchtelingkinderen, asielzoekerskinderen, slachtoffers van geweld of straatkinderen);
- het recht op gezondheid (artikel 24 IVRK);
- het recht op onderwijs (art. 28 en 29 IVRK).

Deze elementen zorgen samen voor de kwaliteit van de opvoedingsomgeving en de sociaal-culturele context waarbinnen het kind opgroeit.⁶ Als deze opvoedingselementen over een langere periode van voldoende kwaliteit zijn, is sprake van *continuïteit en stabiliteit* en kan het kind zich ontwikkelen.⁷ Als één of meer elementen over een langere periode van onvoldoende kwaliteit zijn, kan dit het kind schaden in zijn ontwikkeling en beleving van de kindertijd, en kan de identiteit van het kind worden bedreigd.

Teneinde als ouder een opvoedingsomgeving te kunnen creëren die in het belang van het kind is, dient deze ouder echter wel belast te zijn met het gezag vanaf het moment dat deze ouder juridisch ouder is.

⁵ Detrick, T&C Personen- en Familierecht, 9^e druk 2016,, art. 18 IVRK, aant.1, p. 3380.

⁶ General Comment nr. 14 par. 48, p.12 ; par. 58-70, p. 14-15 en par. 77-79, p. 16-17.

⁷ General Comment nr. 14 par. 84, p.18.

Oplossingen voor huidige problemen met betrekking tot gezagswetgeving

De adviescommissie erkent de problemen die thans kunnen ontstaan binnen de huidige wetgeving ten aanzien van ouderlijk gezag bij ongehuwden die een kind krijgen, zoals omschreven in paragraaf 3.3 van de Memorie van Toelichting.

Aanvullend aan de in de Memorie van Toelichting als eerste omschreven reden voor het veroorzaken van problemen door de huidige wetgeving, hecht de adviescommissie er waarde aan op te merken dat thans in de praktijk wordt gezien dat moeders met eenhoofdig gezag na een verbreking van de samenwoning het ouderlijk gezag als ruilmiddel/drukmiddel/wisselgeld gebruiken teneinde de door hen gewenste zorg-/contactregeling te krijgen. Dit is wat de adviescommissie betreft een onwenselijke situatie.

Een ander probleem dat de adviescommissie constateert binnen de huidige wetgeving is de positie van de niet met het gezag belaste ouder op het moment dat een kindbeschermingsmaatregel wordt uitgesproken. Zodra er een ondertoezichtstelling wordt uitgesproken of verlengd, heeft de niet met het gezag belaste ouder geen gelijkwaardige positie meer in de ondertoezichtstelling ten opzichte van de met het gezag belaste ouder. De relevante wetsbepalingen zijn de volgende. Is eenmaal een ondertoezichtstelling uitgesproken, dan kan de met het gezag belaste ouder om opheffing verzoeken (art. 1:261 lid 2 BW). De gecertificeerde instelling zorgt dat aan de minderjarige en de met het gezag belaste ouders of ouder hulp en steun worden geboden (art. 1:262 lid 1 BW). Een met gezag belaste ouder kan een geschil ter uitvoering van de ondertoezichtstelling voorleggen aan de kinderrechter (art. 1:262b BW). De gecertificeerde instelling kan de met het gezag belaste ouder een schriftelijke aanwijzing geven, die deze heeft op te volgen (art. 1:263 lid 2 BW). Op verzoek van een met het gezag belaste ouder kan de kinderrechter een schriftelijke aanwijzing geheel of gedeeltelijk vervallen verklaren (art. 1:264 lid 1 BW). De met het gezag belaste ouder kan wegens gewijzigde omstandigheden de gecertificeerde instelling verzoeken de uithuisplaatsing te beëindigen of te bekorten dan wel af te zien van een wijziging van de verblijfplaats van de minderjarige (art. 1:265d lid 2 BW). Voor zover noodzakelijk in verband met de uithuisplaatsing van de minderjarige kan de gecertificeerde instelling voor de duur daarvan de contacten tussen een met gezag belaste ouder en de minderjarige beperken (art. 1:265f lid 1 BW). Vervangende toestemming kan aan de gecertificeerde instelling door de kinderrechter worden verleend, indien de ouder die het gezag uitoefent zijn toestemming weigert voor een medische behandeling, die noodzakelijk is om ernstig gevaar af te wenden voor de gezondheid van de onder toezicht gestelde minderjarige (art. 1:265h lid 1 BW). Kortom, uit het voorgaande blijkt dat onder de huidige regelgeving de niet met het gezag belaste ouder geen gelijkwaardige juridische positie meer heeft in de ondertoezichtstelling zodra er een ondertoezichtstelling is uitgesproken of verlengd ten opzichte van de met het gezag belaste ouder.⁸

De adviescommissie ziet in dit verband ook nog problemen ten aanzien van het verkrijgen van informatie van derden. Weliswaar heeft de niet met het gezag belaste ouder op grond van artikel 1:377c BW recht op informatie door derden die beroepshalve beschikken over informatie inzake belangrijke feiten en omstandigheden die de persoon van het kind of diens verzorging en opvoeding betreffen. Echter, niet iedere informatie over het kind behoeft te worden verstrekt. Het moet gaan om belangrijke feiten en omstandigheden. Deze moeten bovendien betrekking hebben op de persoon van het kind of diens verzorging en opvoeding. Anders dan bij de informatieverplichting van de gezagsouder (art. 1:377b BW) heeft de informatieverkrijging geen betrekking op het vermogen van het kind. In de praktijk wordt gezien dat derden die beroepshalve beschikken over informatie betreffende een kind niettegenstaande art. 1:377c BW uiterst behoudend omgaan met het verstrekken van informatie aan de niet met het gezag belaste ouder, met gevolg dat deze ouder hierdoor bij school en/of huisarts gemakkelijk buiten spel kan komen te staan.

Ten aanzien van het derde in de Memorie van Toelichting gesignaleerde probleem dat de eenhoofdig met het gezag belaste ouder zonder toestemming van de andere ouder het kind kan overbrengen

⁸ Mr. P.A.J.Th. van Teeffelen, *“Is een gescheiden ouder (ook zonder gezag) altijd belanghebbende in de procedure tot ondertoezichtstelling”*, EB 2015/44.

naar het buitenland, hecht de adviescommissie er aan nog te verwijzen naar een artikel van mr. J. Terpstra in REP *“De positie van de ouder zonder gezag in (inter)nationale verhuizingszaken”*.⁹ Conclusie van dit artikel is dat ondanks dat de rechtspraak over verhuisproblematiek, in geval van eenhoofdig gezag casuïstisch is, er lijnen te ontwaren zijn. Er vindt conform vaste rechtspraak van de Hoge Raad altijd een belangenafweging plaats tussen de belangen van de ouder met gezag (vaak en daarom hierna: “de moeder”), de ouder zonder gezag (vaak en daarom hierna “de vader”) en die van het kind. De belangen van het kind vormen een eerste overweging. Het belang van de moeder bij verhuizing kan zwaarder wegen dan de andere belangen, mits zij de verhuizing voldoende heeft doordacht, voorbereid en de noodzaak aan kan tonen. Wanneer de moeder abrupt verhuist of van plan is te verhuizen zonder de vader te informeren of consulteren en geen contact tussen de vader en het kind toestaat of onvoldoende heeft nagedacht over de invulling van het contact na de verhuizing, heeft de moeder in veel situaties de belangen van het kind uit het oog verloren. De rechter stelt dergelijk handelen niet op prijs. Het belang van het kind bij een band of omgang met de vader en het opgroeien in de vertrouwde omgeving weegt in dat geval meestal zwaarder. De vader heeft in dat opzicht een sterke positie, omdat het belang van het kind bij omgang ook in het belang van de vader is. Van belang is wel dat er voorafgaand of tot aan de verhuizing enige omgang tussen de vader en het kind heeft plaatsgevonden. Uit het jurisprudentieonderzoek van mr J. Terpstra blijkt dat de vader in dergelijke zaken gezamenlijk dan wel eenhoofdig gezag krijgt over het kind of dat de moeder een verbod tot verhuizing krijgt opgelegd. Echter al deze op het eerste gezicht positieve uitspraken ten spijt, de meeste vaders krijgen hun kinderen hier vaak niet (zomaar) mee terug naar Nederland. Ook om deze reden is de adviescommissie positief over het wetsvoorstel 34605.

Ten aanzien van de oplossingen voor problemen door huidige gezagswetgeving, is de adviescommissie tot slot positief over het voorgestelde nieuwe artikel 1:253s ba BW waarin wordt bepaald dat voortaan op verzoek aantekening kan worden gemaakt ingeval de moeder van het kind het gezag over het kind van rechtswege alleen uitoefent bijvoorbeeld in de situatie waarin een kind geen vader (meer) heeft. Dit leidt op dit moment regelmatig bij internationale grensoverschrijdingen tot problemen voor de moeder en het kind vanwege het ontbreken van een aantekening in het gezagsregister. Een moeder kan dan vaak niet aantonen dat er geen toestemming van een andere ouder nodig is om internationaal te reizen. Door de mogelijkheid te bieden aantekening te maken van eenhoofdig gezag van rechtswege wordt dat vergemakkelijkt.

Ad – Onderdeel E [art. 1:252]

Tot slot merkt de adviescommissie op dat op pagina 19 van de Memorie van Toelichting onder het kopje “Onderdeel E [artikel 1:252]” ten onrechte staat *“In deze gevallen ontstaat na erkenning van het kind niet automatisch het gezamenlijk gezag”*. Volgens de adviescommissie moet dit zijn *“In deze gevallen ontstaat na het juridisch ouder worden niet automatisch het gezamenlijk gezag”*.

⁹ Mr J. Terpstra, *“De positie van de ouder zonder gezag in (inter)nationale verhuizingszaken”*, REP 2017/442.