

Vergaderjaar 1999–2000

27 047

Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het gezamenlijk gezag van rechtswege bij geboorte tijdens een geregistreerd partnerschap

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

1. Inleiding

Met het onderhavige wetsvoorstel wordt uitgevoerd een door het vorige kabinet gedane toezegging voortvloeiend uit het rapport inzake de openstelling van het burgerlijk huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (rapport van de commissie Kortmann), welke toezegging door dit kabinet gestand wordt gedaan. De toezegging is opgenomen in de brief van de toenmalige staatssecretaris van Justitie van 6 februari 1998, kamerstukken II, 1997/98, 22 700, nr. 23, blz. 5.

Het gaat om de automatische verkrijging van het gezamenlijk gezag door een ouder en zijn partner die niet de (juridische) ouder is, bij geboorte van het kind binnen een geregistreerd partnerschap in die gevallen dat er geen andere ouder is (artikel 253sa). Door deze automatische verkrijging van het gezamenlijk gezag bij de geboorte wordt bijvoorbeeld voorkomen dat gedurende een bepaalde periode na de geboorte het gezag niet wordt uitgeoefend als de ouder die het gezag heeft, iets overkomt. Dit is in het belang van het kind.

Dit gezamenlijk gezag ontstaat bij de geboorte van het kind zowel wanneer de ouder en diens partner van hetzelfde geslacht zijn als wanneer zij van verschillend geslacht zijn. Aangezien in het belang van het kind niet goed te verdedigen valt dat gezamenlijk gezag van rechtswege wel zou toekomen aan een ouder en zijn partner van het andere geslacht die het kind niet erkend heeft voor de geboorte, maar niet aan de geregistreerde partners die beiden ouder zijn, wordt tevens voorgesteld om gezamenlijk gezag van rechtswege te doen toekomen aan degenen die beiden ouder zijn van het kind dat binnen hun geregistreerd partnerschap is geboren (artikel 253aa).

Voorts wordt, mede naar aanleiding van de toevoeging van deze wetsartikelen, uit systematisch oogpunt voor de afdelingen 2 en 3a van titel 14 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek een andere paragraafafdeling voorgesteld.

2. Huidige regeling: wie kunnen gezamenlijk gezag uitoefenen?

Ouders die met elkaar zijn gehuwd, oefenen gedurende hun huwelijk het gezag over hun kinderen van rechtswege gezamenlijk uit. Dit is ook het geval na een eventuele echtscheiding of scheiding van tafel en bed, tenzij de rechter op verzoek van beiden of van een van hen, beslist dat in het belang van de kinderen slechts een van hen het gezag over de kinderen uitoefent (artikel 251).

Ouders die niet met elkaar zijn gehuwd noch met elkaar gehuwd zijn geweest hebben niet automatisch het gezamenlijk gezag over hun kinderen. Zij kunnen dat verkrijgen door aantekening van gezamenlijke gezagsuitoefening in het gezagsregister (artikel 252). Het verzoek tot deze aantekening moet worden gedaan bij de griffier van het kantongerecht. Deze kan het verzoek op nauwkeurig in de wet omschreven gronden weigeren. Voor de verkrijging van gezamenlijk gezag is in dit geval in beginsel geen rechterlijke tussenkomst nodig.

Een ouder die gezag heeft, kan in een testament een of twee voogden aanwijzen voor het geval de ouder(s) overlijdt (overlijden). Zijn twee voogden aangewezen, dan oefenen deze in beginsel het gezag gezamenlijk uit. Is één voogd aangewezen, dan heeft deze het gezag alleen. Rechterlijke tussenkomst kan aan de orde komen in het geval een ouder die alleen het gezag heeft in een testament een of twee voogden heeft aangewezen, terwijl de andere ouder zelf het gezag wenst uit te oefenen. De laatste kan de rechter verzoeken dienovereenkomstig te beslissen (artikel 253h).

Heeft een ouder of een voogd het gezag alleen, dan kan de rechter beslissen dat een derde, bijvoorbeeld diens nieuwe partner, mits deze in nauwe betrekking tot het kind staat, mede gezag krijgt (artikelen 253t; artikel 282).

Gezamenlijk gezag is tenslotte mogelijk voor – kort gezegd – pleegouders als deze het kind meer dan een jaar hebben verzorgd en opgevoed (artikel 299a). Ook in dit laatste geval is ingevolge de wet een rechterlijke uitspraak vereist. De rechter kan de beide pleegouders tot voogd benoemen.

3. Gezamenlijk gezag van rechtswege bij geregistreerd partnerschap

3.1 De Commissie Kortmann merkt in haar rapport (p. 22) op dat het voor een veilig opgroeien van kinderen gewenst is dat het gezamenlijk gezag niet alleen van rechtswege ontstaat indien de geboorte van het kind plaatsvindt binnen een huwelijk, maar ook wanneer deze plaatsvindt binnen een geregistreerd partnerschap. Het onderhavige wetsvoorstel strekt ertoe de huidige wettelijke regeling dienovereenkomstig aan te vullen.

In de praktijk betreft dit standpunt van de Commissie Kortmann alsmede het wetsvoorstel uitsluitend de situatie dat een kind wordt geboren staande een geregistreerd partnerschap van twee vrouwen dan wel van een man en een vrouw. Met betrekking tot een geregistreerd partnerschap van twee vrouwen moet vooral worden gedacht aan de situatie dat een van hen tijdens dit geregistreerd partnerschap door kunstmatige (donor)inseminatie zwanger is geworden. Naar huidig recht oefent deze na de geboorte van het kind alleen het gezag uit. Zij kan samen met haar partner de rechter verzoeken om hen gezamenlijk met het gezag te belasten. Een rechterlijke beslissing hierover zou kort na de geboorte gegeven kunnen worden. Als het wetsvoorstel wet wordt, zal het gezag over het tijdens het geregistreerd partnerschap geboren kind *van rechtswege* gezamenlijk met degene met wie zij een geregistreerd partnerschap is aangegaan, worden uitgeoefend.

3.2 De Commissie Kortmann stelt met betrekking tot een geregistreerd

partnerschap van twee mannen in dit verband voor om wanneer het kind geen moeder meer heeft of de moeder geen gezag meer heeft, een regeling te overwegen analoog aan die met betrekking tot de verkrijging van gezamenlijk gezag door aantekening in het gezagsregister (artikel 252). Het gaat hier om een regeling waarin de tussenkomst van een rechter niet is voorzien. Hierover merk ik het volgende op.

Ik ga ervan uit dat de situatie die de Commissie Kortmann voor ogen stond in geval de moeder is *overleden*, is toegesneden op het geval dat tijdens het leven van de moeder het gezag door haar en een van de mannen die een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, gezamenlijk werd uitgeoefend, zodat na haar overlijden het gezag van rechtswege toekomt aan deze man. Willen in deze situatie de vader en diens partner gezamenlijk gezag over het kind, dan moeten zij naar huidig recht daartoe gezamenlijk een verzoekschrift indienen bij de rechtbank. Aldus artikel 253t, welke bepaling steeds van toepassing is wanneer het gezag bij één van de ouders berust en deze samen met een ander (niet zijnde de andere ouder) het gezag wil uitoefenen. Voorwaarde voor toewijzing van het verzoek van de vader en zijn partner is dat deze partner in nauwe persoonlijk betrekking staat tot het kind, alsmede dat geen gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging van het verzoek de belangen van het kind wordt verwaarloosd. In de desbetreffende procedure wordt het kind van twaalf jaar en ouder in de gelegenheid gesteld zijn mening kenbaar te maken. Het voorgaande geldt ongeacht of de vader en diens partner een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan. Het komt mij voor dat nu de rechtspositie en het belang van het kind in het geding zijn, de rechter dient te beslissen over gezamenlijke gezagsuitoefening door de vader en zijn nieuwe partner. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de situatie dat de moeder overlijdt als het kind enige jaren oud is. Het ligt dan niet voor de hand dat het gezag buiten de rechter om overgaat naar de vader en zijn (nieuwe) partner. Dit geldt nog sterker in het geval na het overlijden van de moeder geen van beide mannen (van rechtswege) gezag heeft. In de situatie dat de moeder *geen gezag* meer heeft, gaat het om het volgende.

Een ouder heeft onder meer geen gezag meer als hij of zij daartoe onbevoegd is. De reden voor onbevoegdheid kan zijn dat hij of zij onder curatele is gesteld, of een geestelijke stoornis heeft (artikel 246). De ouder heeft ook geen gezag meer wanneer hij of zij is ontheven van of ontzet uit het gezag. De grond voor ontheffing is dat de ouder ongeschikt of onmachtig is zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen en het belang van het kind zich niet tegen de ontheffing verzet (artikel 266). Van ontzetting is bijvoorbeeld sprake bij misbruik of grove verwaarlozing, vrijheidsberoving en mishandeling van een kind (artikel 269). Wanneer de grond voor onbevoegdheid is vervallen, wordt de ouder op zijn of haar verzoek opnieuw met het gezag belast, indien de rechter overtuigd is dat het kind wederom aan de moeder mag worden toevertrouwd (artikel 253q lid 5). De rechter kan bij ontheffing of ontzetting de ouder weer in het gezag herstellen wanneer hij ervan overtuigd is dat de kinderen weer aan haar kunnen worden toevertrouwd (artikel 277).

Wanneer om een van de hiervoor genoemde redenen de moeder geen gezag heeft, ligt het niet voor de hand dat, indien de vader van het kind een geregistreerd partnerschap met een ander is aangegaan, gezamenlijk met die ander buiten de rechter om het gezamenlijk gezag kan worden verkregen. Daarmee wordt het te gemakkelijk aan de rechten en belangen van de moeder en het kind voorbij te gaan.

Om genoemde redenen neem ik deze aanbeveling van de Commissie Kortmann niet over.

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel 245

De aanpassing van artikel 245, vijfde lid, is technisch van aard. Artikel 253sa en 253t hebben beide betrekking op gezamenlijk gezag van een ouder en een derde. In artikel 245 dient dan ook artikel 253sa te worden opgenomen, zodat ook dit gezamenlijk gezag wordt aangemerkt als ouderlijk gezag.

Artikel 253

Artikel 253 ziet op de situatie van herleving van het gezamenlijk gezag over de kinderen bij hertrouwen van de ouders met elkaar. Voorwaarde daarvoor is onder meer dat onmiddellijk voorafgaande aan het hertrouwen een der ouders het gezag alleen uitoefende. Zie het eerste lid. Artikel 253 dient te worden aangepast nu gezag van rechtswege ook ontstaat bij geboorte staande een geregistreerd partnerschap. Daarbij wordt zowel rekening gehouden met de situatie van het aangaan van een nieuw geregistreerd partnerschap na huwelijk als omgekeerd, dus ook de situatie van het aangaan van een nieuw geregistreerd partnerschap nadat het eerder is beëindigd. Door in het voorgestelde vierde lid het eerste lid van overeenkomstige toepassing te verklaren, geldt – naast de andere hierin genoemde voorwaarden – de voorwaarde terzake het eenhoofdige gezag *mutatis mutandis* ook voor de in het voorgestelde vierde lid genoemde gevallen.

Artikel 253aa

Het eerste lid van het voorgestelde artikel 253aa houdt in dat ouders *van rechtswege* gezag hebben over hun kind als dit tijdens het geregistreerd partnerschap van deze ouders is geboren. Het betreft de situatie dat de man het kind tijdens de zwangerschap heeft erkend, zodat hij reeds bij de geboorte in familierechtelijke betrekking staat tot het kind. Dan is het voorgestelde artikel 253sa niet van toepassing.

Op dit gezamenlijk gezag zijn de regels die voor het gezamenlijk gezag gelden, van toepassing. Daarbij kan worden gedacht aan de in Afdeling 2, paragraaf 1 en 3, van Titel 14 (met uitzondering van de artikelen 251, tweede, derde en vierde lid, en 251a) opgenomen bepalingen, alsmede aan Afdeling 3 van deze Titel. Van paragraaf 1 zijn de artikelen 253 en 253a van toepassing. Artikel 253 betreft de herleving van ouderlijk gezag bij hertrouwen en bij het opnieuw aangaan van een geregistreerd partnerschap, als daaraan onmiddellijk voorafgaand een van de echtgenoten dan wel geregistreerd partners het gezag alleen uitoefende. Artikel 253a houdt in dat ouders tijdens gezamenlijke gezagsuitoefening eventuele geschillen daaromtrent kunnen voorleggen aan de rechter. Afdeling 2, 3 heeft betrekking op – kort gezegd – het bewind van de ouders over het vermogen van het kind. Het gaat hier om de artikelen 253i-253m. Afdeling 3 betreft gemeenschappelijke bepalingen betreffende gezagsuitoefening door de ouders en de gezagsuitoefening door een van hen. Het gaat vooral om de beëindiging van gezamenlijk gezag, het moment van aanvang van het gezag, de gevolgen van onbevoegdheid om gezag uit te oefenen, en het blokkaderecht van pleegouders die een kind meer dan een jaar als behorende tot het gezin hebben verzorgd en opgevoed (artikelen 253n-253s). De niet van toepassing zijnde artikelen 251 leden twee tot en met vier, en 251a betreffen de beëindiging van het gezamenlijk gezag. Beëindigen de ouders het geregistreerd partnerschap dan duurt het gezamenlijk gezag voort. De beëindiging van het gezamenlijk gezag, dat wil zeggen wijziging van gezamenlijk gezag in eenhoofdige gezag, is geregeld in artikel 253n. Deze bepaling is eveneens van toepassing.

Artikel 253sa

Wordt een kind geboren tijdens een geregistreerd partnerschap van een ouder en een niet-ouder, dan geldt in het wetsvoorstel het uitgangspunt dat deze partners *van rechtswege* het gezag gezamenlijk uitoefenen. Zoals gezegd betreft artikel 253sa onder meer de situatie dat een kind wordt geboren tijdens een geregistreerd partnerschap van twee vrouwen, terwijl een van de vrouwen, de moeder, door kunstmatige (donor)inseminatie zwanger is geworden.

Uitzondering op deze regel van gezamenlijk gezag betreft de situatie dat het kind bij de geboorte reeds een andere ouder heeft tot wie het in familierechtelijke betrekking staat, terwijl deze ouder niet degene is met wie de moeder een geregistreerd partnerschap is aangegaan. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer het kind binnen 306 dagen na overlijden van de echtgenoot van wie zij gescheiden leefde of gescheiden was van tafel en bed, is geboren, terwijl de vrouw niet het vaderschap van de ex-echtgenoot heeft ontkend (artikel 199). De man staat in dat geval in familierechtelijke betrekking tot het kind.

De uitzondering dat artikelen 251 leden twee tot en met vier, en 251a niet van toepassing zijn, geldt ook hier. Terzake wordt verwezen naar de laatste alinea van de toelichting bij artikel 253aa.

Artikel 253y

Het eerste lid van artikel 253y betreft het einde van het gezamenlijk gezag van een ouder en een ander dan de ouder door rechterlijke tussenkomst (artikel 253t). Voorgesteld wordt om het eerste lid aan te vullen in die zin dat ook het gezamenlijk gezag van rechtswege van een ouder en een ander dan de ouder (het voorgestelde artikel 253sa) daaronder valt.

ARTIKEL II

Indien het wetsvoorstel tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht tot wet wordt verheven en in werking treedt, wordt als logisch gevolg voorgesteld om in het geval een kind wordt geboren tijdens een huwelijk van een ouder en een niet-ouder, eveneens als uitgangspunt te nemen dat deze partners (dus ook de niet-ouder) van rechtswege gezamenlijk gezag uitoefenen.

De Staatssecretaris van Justitie,
M. J. Cohen