

Vergaderjaar 2003–2004

29 353

Wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

1. Inleiding

Het wetsvoorstel strekt tot aanpassing van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag. In de op 1 januari 2002 in werking getreden wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het gezamenlijk gezag van rechtswege bij geboorte tijdens een geregistreerd partnerschap (Wet van 4 oktober 2001, Stb. 468) is in de artikelen 253aa en 253sa een aantal verduidelijkingen aangebracht. De wijzigingen ingevolge het onderhavige wetsvoorstel zijn noodzakelijk omdat bij de toepassing van de nieuwe bepalingen in de praktijk onduidelijkheden zijn gebleken die tot verschillende toepassing bij de ambtenaren van de burgerlijke stand leiden.

Ten tweede strekt het wetsvoorstel tot verplaatsing van het derde lid van artikel 253sa dat betrekking heeft op naamskeuze naar titel 2 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek: Het recht op de naam. Bepalingen die betrekking hebben op naamskeuze voor of ter gelegenheid van de geboorte bij de burgerlijke stand zijn nu systematisch in één titel opgenomen. Dit komt de duidelijkheid ten goede.

Tot slot wordt met het wetsvoorstel de toezegging nagekomen, die is gedaan door de Minister van Justitie tijdens het Algemeen Overleg op 11 december 2002 met de vaste commissies voor Justitie en voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport (Kamerstukken II 2002–2003, 28 600 VI, nr. 126, p. 10) om artikel 253o van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek te wijzigen. De voorgestelde wijziging maakt het mogelijk dat ook één ouder een verzoek tot wijziging van het eenhoofdig ouderlijk gezag in gezamenlijk gezag over de kinderen kan indienen. Tot dusverre dient aan een wijziging van het eenhoofdig ouderlijk gezag in gezamenlijk gezag, een verzoek van beide ouders ten grondslag te liggen.

2. Verduidelijking artikelen 253aa en 253sa

Artikel 253aa bepaalt dat ouders van rechtswege gezag hebben over hun kind als dit tijdens hun geregistreerd partnerschap is geboren. De bepaling ziet op situaties dat de man tijdens de zwangerschap het kind heeft

erkend, zodat hij vanaf de geboorte in familierechtelijke betrekking tot het kind staat. Artikel 253sa ziet op situaties dat een kind wordt geboren tijdens een huwelijk of geregistreerd partnerschap van een ouder en een niet-ouder. Indien het kind niet tevens in familierechtelijke betrekking staat tot een andere ouder oefenen de echtgenoten of geregistreerde partners het gezag gezamenlijk uit.

Naar nu blijkt is in een aantal gevallen aan de artikelen een uitleg gegeven die niet overeenstemt met het doel van de wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het gezamenlijk gezag van rechtswege bij geboorte tijdens een geregistreerd partnerschap (Wet van 4 oktober 2001, Stb. 468). Zo is in een tweetal artikelen in Burgerzaken & Recht (nr. I, januari 2002, pp. 9–12 en nr. III, maart 2002, pp. 98–99) verdedigd dat de bepalingen anders geïnterpreteerd zouden kunnen worden. Het van rechtswege uitoefenen van het gezamenlijk gezag door moeder en de erkenner die niet de geregistreerde partner is van moeder op grond van artikel 253aa is hiervan een voorbeeld. In zo'n situatie zou aan de voorwaarden van artikel 253aa zijn voldaan omdat het kind geboren is staande een geregistreerd partnerschap (moeder is met een ander dan de erkenner een geregistreerd partnerschap aangegaan) en de ouders van het kind, die het gezag van rechtswege gezamenlijk uitoefenen de moeder en de erkenner zijn.

De voorgestelde wijzigingen verduidelijken de artikelen 253aa en 253sa. Zo wordt onder meer voorgesteld om het eerste lid van artikel 253aa als volgt te doen luiden: over het staande hun geregistreerd partnerschap geboren kind oefenen de ouders gezamenlijk het gezag uit. Door het gebruik van deze formulering wordt aangegeven dat het om het geregistreerd partnerschap van de ouders zelf gaat en is bovengenoemde interpretatie van de wet niet mogelijk.

Door een onjuiste interpretatie van de wet is het mogelijk dat de moeder en de erkenner die niet de geregistreerde partner is van moeder op grond van artikel 253aa van rechtswege het gezamenlijk gezag daadwerkelijk uitoefenen en dat de erkenner in de uitoefening van dit gezamenlijk gezag rechtshandelingen heeft verricht. Zo kan de erkenner bij voorbeeld toestemming hebben verleend om het kind bij te schrijven in het paspoort van moeder of meer in het algemeen toestemming hebben verleend voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling op grond van artikel 234. Zulke rechtshandelingen zijn nietig omdat de erkenner hiertoe niet bevoegd was. Ook na de inwerkingtreding van deze wet zouden deze rechtshandelingen nietig blijven. Aangezien het niet wenselijk is dat rechtshandelingen als deze die voor inwerkingtreding van deze wet zijn verricht nietig blijven, is in het tweede lid van artikel II bepaald dat deze rechtshandelingen niettemin geldig zijn.

3. Het recht op de naam

In het derde lid van artikel 253sa is de mogelijkheid opgenomen van naamskeuze voor de ouder en zijn geregistreerde partner voor het kind dat staande hun geregistreerd partnerschap is geboren. Bij de wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het gezamenlijk gezag van rechtswege bij geboorte tijdens een geregistreerd partnerschap is niet uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid van naamskeuze voor kinderen geboren tijdens het huwelijk, waarbij de echtgenoten van rechtswege het gezag uitoefenen op grond van artikel 253sa, eerste lid, hoewel dit wel de bedoeling van de wetgever was. De voorgestelde wijziging (artikel I, onder A, eerste lid) stelt buiten twijfel dat naamskeuze in dergelijke situaties mogelijk is. Zie ook de overgangsbepaling van artikel II, eerste lid.

Uit het oogpunt van systematiek is tevens van de gelegenheid gebruik gemaakt om het derde lid van artikel 253sa dat betrekking heeft op naamskeuze te verplaatsen naar titel 2 van Boek 1 van het Burgerlijk

Wetboek: Het recht op de naam. Bepalingen die betrekking hebben op naamskeuze voor of ter gelegenheid van de geboorte bij de burgerlijke stand zijn nu systematisch in één titel opgenomen.

De andere bepalingen die betrekking hebben op het recht op naam uit Boek 1, namelijk de artikelen 227, vierde lid, 253t, vijfde lid en 282, zevende lid, zijn niet verplaatst naar titel 2. Hoewel deze artikelen betrekking hebben op het recht op naam is het niet wenselijk deze artikelen ook te verplaatsen. Artikel 227 heeft betrekking op het vaststellen van voor- en achternamen van een kind bij adoptie door de rechter. De artikelen 253t en 282 hebben betrekking op het indienen van een verzoek tot wijziging van de geslachtsnaam van een kind bij de rechter tegelijkertijd met een verzoek tot gezamenlijk gezag door respectievelijk de ouders en een voogd en een ander die in nauwe persoonlijke betrekking staat. Deze bepalingen over het recht op naam hangen dusdanig samen met het bepaalde in die artikelen dat die door het verplaatsen naar titel 2 niet worden verduidelijkt.

4. Het verkrijgen van gezamenlijk gezag

Sedert 1 januari 1998 (Wet van 30 oktober 1997, Stb. 506) geldt voor het gezag van ouders na scheiding: de ouders die gezamenlijk het gezag hebben blijven dit gezag uitoefenen, tenzij de ouders of een van hen de rechtbank verzoeken in het belang van het kind te bepalen dat het gezag over een kind of de kinderen aan een van hen alleen toekomt (artikel 1:251, lid 2 BW). Het voortduren van het gezag wordt als zodanig in het belang van het kind geacht. De Hoge Raad heeft aangegeven dat uitsluitend wanneer er sprake is van een onaanvaardbaar risico dat kinderen klem of verloren zouden raken tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering komt, aan één ouder gezag kan worden toegekend (HR 10 september 1999, NJ 2000, 20). Door wijziging van omstandigheden kan dit risico na verloop van tijd voor de kinderen zijn weggenomen en kan gezamenlijk gezag in beginsel wel weer mogelijk zijn. Het artikel 253o, eerste lid, bevat evenwel het vereiste dat het verzoek om weer of alsnog met het gezamenlijk gezag te worden belast slechts van beide ouders afkomstig moet zijn. Dit betekent dat ook wanneer niet langer van bedoeld onaanvaardbaar risico sprake is, de uitoefening van het gezamenlijk gezag eenvoudig verhinderd kan worden doordat de ouder die met het gezag is belast weigert met de andere ouder een verzoek te doen. Het is wenselijk dat het verzoek tot gezamenlijk gezag ook door één ouder kan worden gedaan om de volgende redenen. Artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) omvat het recht om een zaak in verband met de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen bij de rechter aanhangig te maken. Hoewel het recht tot toegang van de rechter beperkt kan worden, is er in genoemde gevallen geen goede reden om de eis van een gezamenlijk verzoek te stellen. De rechter zal het verzoek beoordelen op grond van het criterium dat door de Hoge Raad is geformuleerd, namelijk of er sprake is van een onaanvaardbaar risico dat kinderen klem of verloren zouden raken tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering komt.

Ook artikel 8 EVRM is hier van belang. Het toekennen van gezag aan één van de ouders als zodanig kan als een inbreuk op het gezins- en familieleven worden beschouwd. De rechter zou daarom desverzocht moeten kunnen beoordelen of er nog steeds sprake is van een rechtvaardiging voor deze inbreuk op grond van artikel 8, tweede lid, EVRM.

Aan de Nederlandse Orde van Advocaten, de Raad voor de Rechtspraak en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak is gevraagd of een wijziging van artikel 1:253o BW op bovengenoemde gronden wenselijk is.¹ Allen hebben ten aanzien van een wetswijziging positief geadviseerd. «Het wordt in de praktijk», aldus de Raad voor de Rechtspraak in zijn

¹ De adviezen zijn ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

advies, «als een onlogische belemmering ervaren dat de rechter in het kader van de echtscheidingsprocedure wel kan oordelen in een geschil over het gezamenlijk gezag, maar daarna slechts op gemeenschappelijk verzoek. Deze belemmering maakt het soms moeilijk om bij echtscheiding éénhoofdig gezag toe te wijzen, met de verwachting, dat na verloop van tijd de situatie zodanig kan veranderen, dat later weer gezamenlijk gezag mogelijk is.»

Op 5 februari 2003 (NJ 2003, 352) heeft het Hof Leeuwarden een vader zonder gezag, die het gezag samen met de moeder wilde uitoefenen, ontvankelijk verklaard in zijn verzoek. In zijn oordeel overweegt het Hof onder meer dat het vereiste van een gezamenlijk verzoek zoals neergelegd in artikel 1:253o, eerste lid, een inmenging is in het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven dat weliswaar is voorzien in de wet maar naar de mening van het Hof niet noodzakelijk is in een democratische samenleving ter bescherming van de belangen van het kind en ter bescherming van het belang bij eerbiediging van het familie- en gezinsleven van de met eenhoofdig gezag belaste ouder en het kind. Het Hof acht de tweede volzin van artikel 1:253o, eerste lid, een ontoelaatbare inmenging in het familie- en gezinsleven van de vader en mitsdien een schending van artikel 8 EVRM. Op grond van artikel 94 Grondwet wordt de betreffende volzin buiten toepassing gelaten.

5. Wijziging artikelen 253q, 253v en 277

Een vergelijkbare wijziging als in artikel 253o wordt voorgesteld voor de artikelen 253q, vijfde lid, 253v, derde en vierde lid, en 277, eerste lid: een verzoek tot gezamenlijk gezag kan, in tegenstelling tot de huidige situatie, worden gedaan door de ouders gezamenlijk of door één van hen.

Artikel 253q, derde lid, ziet op situaties waarin de ouder die niet met het gezag belast is, door de kantonrechter met het gezag wordt belast, omdat de ouder die het gezag heeft, onbevoegd is doordat hij onder curatele staat of zijn geestvermogens zodanig zijn gestoord dat hij het gezag niet kan uitoefenen (artikel 246). Wanneer in dergelijke situaties de grond voor onbevoegdheid vervalt, wordt de ouder die het gezag had en onbevoegd was, op zijn verzoek wederom met het gezag belast. Ook in deze situaties geldt dat door wijziging van omstandigheden gezamenlijk gezag in beginsel mogelijk kan zijn en er geen goede reden is om de eis van een gezamenlijk verzoek te stellen zoals vervat in het vijfde lid van artikel 253q. Artikel 8 EVRM is hier ook van belang, omdat de beslissing om de andere ouder wederom met het gezag te belasten, waardoor de ouder die het gezag tijdelijk heeft uitgeoefend het gezag weer verliest, als een inbreuk op het gezins- en familielevens kan worden beschouwd. Het is daarom gewenst dat de rechter op verzoek van één van de ouders kan beoordelen of er nog steeds sprake is van een rechtvaardiging voor deze inbreuk.

Wanneer een ouder en een ander het gezag gezamenlijk uitoefenen kan dit op verzoek beëindigd worden (artikel 253v, derde lid). Artikel 253v, vierde lid ziet op de situatie dat het gezamenlijk gezag van de ouder en de ander is beëindigd en het gezag aan de ander is opgedragen. In artikel 277 gaat het om herstel van het ouderlijk gezag na ontheffing of ontzetting. Ook voor deze bepalingen geldt dat er geen goede reden te geven is om de eis van een gezamenlijk verzoek te stellen om gezamenlijk met het gezag te worden belast. De rechter moet op verzoek kunnen toetsen of een inbreuk op het gezins- en familielevens nog steeds gerechtvaardigd is.

ARTIKELEN

Artikel I

A

Bij de wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het gezamenlijk gezag van rechtswege bij geboorte tijdens een geregistreerd partnerschap (artikel 1:253sa, derde lid) is naamskeuze mogelijk gemaakt voor kinderen geboren tijdens een geregistreerd partnerschap indien de geregistreerde partners van rechtswege het gezamenlijk gezag uitoefenen. Niet uitdrukkelijk is voorzien in naamskeuze voor kinderen geboren tijdens het huwelijk, waarbij de echtgenoten van rechtswege het gezag uitoefenen op grond van artikel 253sa, eerste lid, hoewel dit gelet op het eerste lid van artikel 253sa wel de bedoeling is geweest. De voorgestelde bepaling stelt buiten twijfel dat naamskeuze ook mogelijk is door een ouder en zijn echtgenoot die niet de ouder is.

De wijzigingen zijn opgenomen in artikel 5, vierde, vijfde en achtste lid van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en niet als aanvulling op het derde lid van artikel 253sa. Dit is gedaan uit oogpunt van systematiek en is toegelicht in paragraaf 3 van het algemeen deel van de toelichting.

B

Artikel 253aa bevat een overeenkomstige bepaling als die van artikel 251 en houdt in dat ouders van rechtswege gezag hebben over hun kind als dit tijdens hun geregistreerd partnerschap is geboren. De bepaling ziet op situaties dat de mannelijke geregistreerde partner tijdens de zwangerschap het kind heeft erkend, zodat hij vanaf de geboorte in familie-rechtelijke betrekking tot het kind staat.

Door de voorgestelde wijziging wordt verduidelijkt dat de bepaling alleen van toepassing is op situaties waarin het kind geboren wordt binnen het geregistreerd partnerschap van de ouders. Alleen de moeder en de geregistreerde partner van de moeder die tevens de ouder is van het staande hun geregistreerd partnerschap geboren kind, oefenen van rechtswege gezamenlijk het gezag uit over dit kind.

C

De voorgestelde wijziging van dit artikel maakt het mogelijk dat een verzoek tot het wijzigen van eenhoofdig gezag in gezamenlijk gezag ook door één ouder kan worden ingediend. Voor de motivering van de wijziging wordt verwezen naar paragraaf 4 van het algemeen deel van de toelichting.

D

Als ten tijde van de onbevoegdheid van een ouder de ander met het gezag wordt belast, kan het gezamenlijk gezag worden hersteld als de grond voor onbevoegdheid is vervallen. De wijziging van dit artikel maakt het mogelijk dat dit niet alleen op beider verzoek maar ook op verzoek van één van hen kan worden gedaan. Voor de motivering van de wijziging wordt verwezen naar paragraaf 5 van het algemeen deel van de toelichting.

E

Dit artikel ziet op situaties dat een kind wordt geboren tijdens het huwelijk of geregistreerd partnerschap van een ouder en een niet-ouder en het kind niet tevens in familierechtelijke betrekking staat tot een andere ouder.

De voorgestelde wijziging verduidelijkt dat in dergelijke situaties het gezamenlijk gezag over het kind, dat wordt geboren tijdens het huwelijk of geregistreerd partnerschap van de ouder (moeder) en de niet-ouder (echtgenote of geregistreerde partner) van rechtswege door hen en dus niet door een ander wordt uitgeoefend.

Het derde lid van artikel 253sa kan vervallen, omdat het nu in artikel 5 is opgenomen. Voor de motivering van de wijziging wordt verwezen naar paragraaf 3 van het algemeen deel van de toelichting.

F

Door de wijziging van het derde en vierde lid van dit artikel wordt het mogelijk om zowel in het geval dat het gezamenlijk gezag van een ouder en een ander wordt beëindigd of in het geval dat het gezag aan ander is opgedragen nadat het gezag van de ouder en die ander is geëindigd, dat ook één ouder een verzoek kan indienen tot gezamenlijk gezag van beide ouders. Voor de motivering van de wijziging wordt verwezen naar paragraaf 5 van het algemeen deel van de toelichting.

G

De wijziging van dit artikel maakt het mogelijk dat bij herstel in het gezag na een ontheffing of ontzetting een verzoek tot gezamenlijk gezag ook kan worden gedaan door één ouder. Voor de motivering van de wijziging wordt verwezen naar paragraaf 5 van het algemeen deel van de toelichting.

Artikel II

In het voorgestelde artikel is een tweetal overgangsbepalingen opgenomen. Het eerste lid ziet op situaties dat aan de ouder en zijn echtgenoot die niet de ouder is naamskeuze is geweigerd door de ambtenaar van de burgerlijke stand, omdat naar diens oordeel de wet hierin niet voorzagt. Het is onbekend in hoeveel gevallen het afleggen van een verklaring ten onrechte daadwerkelijk is geweigerd en of er gevallen zijn geweest waarin men op grond van artikel 27 BW in beroep is gekomen bij de rechtbank, omdat dit niet centraal wordt geregistreerd. Dat het is gebeurd, is wel zeker. Ook is met zekerheid te zeggen dat de ambtenaar van de burgerlijke stand een aantal keer in eerste instantie heeft aangegeven naamskeuze te weigeren, maar dat, nadat betrokkenen juridische ondersteuning hadden ingeschakeld, naamskeuze alsnog werd toegestaan. Op grond van het voorgestelde artikel kunnen de echtgenoten tot twee jaren na de inwerkingtreding van deze wet alsnog bepalen welke van hun beider geslachtsnamen het kind zal hebben.

In het tweede lid is bepaald dat rechtshandelingen van of jegens de ouder die niet de geregistreerde partner is, welke zijn verricht voor de inwerkingtreding van deze wet in de uitoefening van het gezamenlijk gezag over hun kind op grond van artikel 253aa, geldig zijn. Voor de motivering van dit artikel wordt verwezen naar het slot van paragraaf 2 van het algemeen deel van de toelichting.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner