

De modernisering van het ouderlijk gezag

De afgelopen twee decennia

De situaties waarin ouderlijk gezag kan worden uitgeoefend zijn talrijk en divers. Zelfs zozeer, dat er sprake is van een onoverzichtelijk en ingewikkeld geheel. In de literatuur duiken termen op als doolhof² en complexiteit.³ In dit artikel geeft de auteur een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen in de afgelopen twee decennia.

J.H. de Graaf¹

medewerker Afdeling privaatrecht A UvA



De bestaande gezagssituaties zijn het resultaat van een aantal ontwikkelingen die zich in de afgelopen twee decennia hebben voorgedaan. Alvorens nader op een aantal van die gezagssituaties in te gaan, is het zinvol een overzicht te geven van die ontwikkelingen. Kenmerkend is dat zij alle betrekking hebben op art. 8 EVRM (het recht op bescherming van het gezinsleven), en hebben geleid tot een ont koppeling tussen gezag en huwelijk.

In de jaren '84 en '86 gaf de Hoge Raad de eerste aanzetten tot verandering. Op 4 mei 1984 (NJ 1985, 510) besliste de Hoge Raad dat het ouderlijk gezag niet noodzakelijkerwijs eindigt na beëindiging van het huwelijk. De toen geldende regel dat na beëindiging van het huwelijk, het ouderlijk gezag aan een van beide ouders diende te worden toegewezen, werd hiermee door de Hoge Raad buiten toepassing verklaard. Deze regel werd in strijd geacht met het door art. 8 EVRM gegarandeerde recht op gezinsleven.

De voor de hand liggende stap dat niet alleen ná, maar ook buiten

het huwelijk ouderlijk gezag mogelijk moest zijn, kon daarna niet lang uitblijven. De deur voor gezamenlijke gezagsuitoefening door niet-gehuwden, zwaaide dan ook open door de lentebesikkingen van HR 21 maart 1986 (NJ 1986, 585-589). Gezamenlijke gezagsuitoefening voor gescheiden en ongetrouwde ouders was daarmee een feit.

Deze in de rechtspraak gecreëerde mogelijkheden kregen in 1995 een wettelijke grondslag dankzij de 'Wet tot een nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen' (Stb. 1995, 240). In art. 1:251 BW is toen namelijk geregeld dat de ouders na ontbinding van hun huwelijk door echtscheiding op hun eensluitend verzoek gezamenlijk met het gezag belast kunnen blijven. En in art. 1:252 BW werd vastgelegd dat ouders die niet met elkaar gehuwd zijn (geweest) en nimmer het gezag over hun kinderen gezamenlijk hebben uitgeoefend, het gezamenlijk gezag verkrijgen, zulks na een aantekening in het gezagsregister op hun beider verzoek. Sinds

De wetgever bleek zich dit dilemma te realiseren en maakte impliciet zijn voorkeur kenbaar voor de biologische ouder

november 1995 kan dit gezamenlijk gezag van ouders in niet-huwelijkse relaties op verzoek van beide ouders of een van hen, weer worden beëindigd door de rechter (art. 1:253n BW).

In lijn met de maatschappelijke ontwikkelingen werd het daarna wenselijk geacht dat een ouder samen met een ander dan de ouder het gezag kan uitoefenen. Het gaat hier om situaties waarin de opvoeding niet langer berust bij de eigen (oorspronkelijke) ouders, maar is komen te liggen bij een eigen ouder en 'een ander'. Bij wet van 30 oktober 1997 (*Stb.* 1997, 506) die in werking is getreden op 1 januari 1998, is dit mogelijk gemaakt. Uitgangspunt hierbij is dat ingevolge art. 8 EVRM de feitelijke gezinssituatie juridisch zoveel mogelijk moet worden beschermd. Voorwaarden zijn wel dat de ouder het eenhoofdig gezag heeft en de ander in een 'nauwe persoonlijke betrekking' tot de minderjarige staat. Deze vorm van gezag is niet alleen bedoeld voor situaties waarin een ouder een nieuwe relatie aangaat met iemand van het andere geslacht, maar ook voor situaties waarin een kind opgroeit onder de verantwoordelijkheid van twee personen van gelijk geslacht. De regeling heeft dan ook een belangrijke impuls gegeven aan de gelijke behandeling van gelijkgeslachtelijke paren die zorgdragen voor de kinderen die in hun relatie opgroeien. Thans is deze regeling vervat in art. 1:253t BW.

COMPLICATIES

De regeling heeft tot gevolg gehad dat er complicaties optraden. Immers, hoe viel de bescherming van het effectieve (nieuwe) familie- en gezinsleven te combineren met het zoveel mogelijk intact laten van de relatie met de andere ouder? Een kind kan maar twee ouders hebben. Hier streden de biologische ouder en de sociale ouder om voorrang.⁴

De wetgever bleek zich dit dilemma te realiseren en maakte impliciet zijn voorkeur kenbaar voor de biologische ouder. Want bij wet van 30 oktober 1997 (*Stb.* 506), die eveneens op 1 januari 1998 in werking trad, is art. 1:251 BW gewijzigd. Deze wijziging houdt in dat continuering van het gezamenlijk gezag na ontbinding van het huwelijk niet langer plaatsvindt op eensluidend verzoek van beide ouders, maar van rechtswege. Na echtscheiding blijven de ouders dus gezamenlijk belast met de uitoefening van het gezag over hun kinderen. Alleen indien een of beide ouders daarom vragen, kan de rechtbank bepalen dat het gezag over de kinderen aan één van hen alleen toekomt (art. 1:251 lid 2 BW).

Uit jurisprudentie blijkt dat de rechter slechts in uitzonderingsgevallen het gezamenlijk gezag op verzoek van een of beide ouders beëindigt, en het eenhoofdig gezag aan een van de ouders toekent. Het belang van het kind wordt hierbij doorslaggevend geacht. In beginsel is het kind het meest gediend met voortzetting van het geza-

menlijk ouderlijk gezag. Ouders dienen daarom in principe samen de verantwoordelijkheid voor hun kind(eren) te blijven dragen. Dit geldt niet alleen voor ouders na een echtscheiding, maar ook voor ongehuwde ouders die het gezamenlijk gezag over hun kinderen uitoefenen en uit elkaar gaan, aldus HR 28 maart 2003, *RvdW* 2003, 62.

KLEMCRIETERIUM

Van veel betekenis voor de praktijk zijn de uitspraken van de Hoge Raad van 10 september 1999 (*NJ* 2000, 20) en 19 april 2002 (*NJ* 2002, 458). Communicatieproblemen tussen ouders na een echtscheiding kunnen pas tot beëindiging van het gezamenlijk gezag leiden, indien zij zodanig ernstig zijn dat er daardoor een onaanvaardbaar risico bestaat dat de kinderen klem of verloren zouden raken tussen de ouders. Het begrip 'klemcriterium' is hiermee geïntroduceerd. Bovendien moet het zo zijn dat niet valt te verwachten dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering komt.

Een geschil over de verblijfplaats van een kind hoeft niet te leiden tot beëindiging van het gezamenlijk gezag en het toekennen van het eenhoofdig gezag aan een van de ouders. In zijn arrest van 15 december 2000 (*NJ* 2001, 123) heeft de Hoge Raad de rechter de mogelijkheid gegeven binnen het gezamenlijk gezag te bepalen dat het kind zijn gewone verblijfplaats bij een van de ouders heeft, welke beschikking in geval van onwil of onmacht van een ouder om met de emoties om te gaan, ook nog kan worden gewijzigd ten gunste van de andere ouder.

De strenge benadering van art. 1:251 lid 2 BW leidt ertoe dat men aan een verzoek tot vaststelling van het 'art. 1:253t BW-gezag' niet snel toekomt. Wanneer is dit wel het geval? In de eerste plaats wanneer een kind maar één ouder heeft, en in de tweede plaats in de gevallen waarin de echtscheiding vóór 1998 heeft plaatsgevonden (de



Opmerkelijk is dat art. 1:251 lid 2 BW niet van toepassing is op ontbinding van een geregistreerd partnerschap of van een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht

‘oude gevallen’). In die gevallen werd bij echtscheiding immers het gezamenlijk gezag opgeheven, tenzij het gezamenlijk verzoek van de ouders om het in stand te laten werd toegewezen. De meeste echtscheidingen van voor 1998 leidden er dan ook toe dat de verzorgende ouder het eenhoofdig gezag verkreeg en er voor de ander een informatie-, consultatie- en omgangsrecht resteerde.

Bij een verzoek tot toewijzing van het ‘art. 1:253t BW-gezag’ worden de belangen van de andere eigen ouder meegewogen, maar de belangen van het kind staan – ook hier – voorop. Het ontbreken of moeizaam verlopen van een omgangsregeling tussen deze andere ouder en het kind, is op zichzelf onvoldoende reden om het verzoek af te wijzen, aldus HR 13 juli 2001, NJ 2001, 514. Opmerkelijk is een uitspraak van de Rechtbank Dordrecht van 13 januari 1999 (nr. 1115, RN kort). In deze zaak honoreert de rechtbank een verzoek van de vader en zijn broer om gezamenlijk met het gezag te worden belast.

De kans dat in de zogenaamde ‘oude gevallen’ de ouder aan wie het eenhoofdig gezag na de echtscheiding niet is toegewezen, het slachtoffer wordt van een art. 1:253t BW-verzoek, is recentelijk minder groot geworden door een uitspraak van het Hof Leeuwarden (5 februari 2003, NJ 2003, 352). Het hof heeft voor deze ouder de deur geopend om een verzoek in te dienen om alsnog samen met de andere ouder met het gezamenlijk gezag te worden belast. Het hof besliste in casu dat een vader zonder gezag, die het gezag samen met de moeder wilde uitoefenen, ontvankelijk was in zijn verzoek tot toekenning van gezamenlijk gezag, ondanks het feit dat de moeder aan dit verzoek niet wilde meewerken. Hierdoor werd niet voldaan aan het vereiste van art. 1:253o BW dat een verzoek om alsnog gezamenlijk met het gezag te worden belast, van beide ouders moet komen.

Het hof acht dit vereiste evenwel een ontoelaatbare inmenging in het gezins- en familielevens van de vader en mitsdien een schending van art. 8 EVRM. De Nederlandse staat verhindert met deze bepaling namelijk dat de inbreuk op het gezins- en familielevens die het toekennen van het eenhoofdig gezag als zodanig reeds is, weer ongedaan kan worden gemaakt. Aangezien we mogen aannemen dat de rechter bij de beoordeling van het verzoek tot herkrijging van het gezamenlijk gezag, aansluiting zal zoeken bij de ‘klem-criteria-arresten’ van de Hoge Raad, zal de ouder die het eenhoofdig gezag wel heeft, van goeden huize (of misschien wel van kwaden huize) moeten komen om dit gezag te behouden.

GEREGISTREERD PARTNERSCHAP

Tot slot nog enige opmerkingen over de nieuwste loot aan de gezagsstam: de regeling van art. 1:253aa BW en 1:253sa BW (wet van 4 oktober,

NOTEN

- 1 Met medewerking van mrs. M. Perfors en P.K.M. van der Mandele, advocaat respectievelijk medewerker bij Geelkerken & Linskens.
- 2 J.E. Doek: ‘Het gezag over minderjarigen, iets over een doolhof en het zoeken van (rode?) draden’, FJR oktober 2000.
- 3 A. Nuytinck: ‘De complexiteit van de gezagsregeling’, FJR juli/augustus 2002.
- 4 P. van Teeffelen: ‘Sociaal en biologisch ouderschap, enige kritische opmerkingen over art. 1:253tBW’, FJR mei 2001.



ber, Stb. 2001, 478). Deze wettelijke regeling is op 1 januari 2002 in werking getreden. Degenen op wie het van toepassing is, hoeven nu niet langer een ‘art. 1:253t BW-verzoek’ in te dienen. Art. 1:253aa BW bepaalt namelijk dat als een kind staande het geregistreerde partnerschap van zijn ouders (man/vrouwpaar) wordt geboren, deze ouders van rechtswege het gezamenlijk gezag uitoefenen. En in art. 1:253sa BW is vastgelegd dat als een kind staande het geregistreerd partnerschap of huwelijk van een ouder en een niet-ouder wordt geboren, deze ouder en niet-ouder eveneens het gezamenlijk gezag uitoefenen. Art. 1:253sa BW geldt zowel voor een man/vrouwpaar als een vrouw/vrouwpaar.

Opmerkelijk is dat art. 1:251 lid 2 BW niet van toepassing is op ontbinding van een geregistreerd partnerschap of van een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht (art. 1:253aa lid 2 BW en art. 1:253sa lid 2 BW). Dan geldt er dus een ander regime dan bij de ontbinding van een huwelijk, waarin beide ex-echtelieden ouders zijn van het kind. Dit leidt er toe dat we niet alleen te maken hebben met veel uiteenlopende gezagssituaties, maar ook met verschillen in het gezag als zodanig. Dit is onwenselijk en werkt verdere jurisprudentie met betrekking tot art. 8 EVRM in de hand. ●