

Vergaderjaar 2007–2008

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

B

VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR JUSTITIE¹

Vastgesteld 9 mei 2008

Het voorbereidend onderzoek heeft de commissie aanleiding gegeven tot het maken van de volgende opmerkingen en het stellen van de volgende vragen.

Algemeen

De leden van de **CDA**-fractie hebben met belangstelling kennis genomen van het wetsvoorstel. Zij kunnen zich vinden in de verduidelijking van de gezagsregels in Boek 1 BW, de naamskeuze zoals die nu in artikel 1:5 BW zal worden opgenomen en de regeling voor een eenzijdig verzoek met betrekking tot het gezamenlijk gezag.

De leden van de **VVD**-fractie hebben met belangstelling kennis genomen van het wetsvoorstel. Zij constateren dat er geruime tijd verstreken is sinds het indienen van het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer op 3 december 2003 en het aannemen ervan door de Tweede Kamer op 4 maart 2008. Het amendement Van der Laan, waarover door de Raad van State op 6 april 2006 advies is uitgebracht en dat uiteindelijk is ingetrokken, is daarvan in belangrijke mate de oorzaak. De leden van de VVD-fractie hebben nog enkele vragen over het wetsvoorstel.

Rechter

In het wetsvoorstel wordt nog steeds gesproken over de kantonrechter als de bevoegde rechter, terwijl sinds de inwerkingtreding op 1 mei 2007 van het wetsvoorstel waarbij de bevoegdheden tussen rechtbank en kantonrechter zijn herschikt², de rechtbank de bevoegde rechter is in alle gezagskwesties. Naar het oordeel van de leden van **de vaste commissie voor Justitie** van de Eerste

Kamer dient het wetsvoorstel op dit punt gewijzigd te worden alvorens de Eerste Kamer een finaal oordeel over het wetsvoorstel kan vellen. Is de regering op de hoogte van deze onjuistheid in het wetsvoorstel en kan de regering aangeven op welke wijze en op welke termijn hij zich voorstelt deze onjuistheid in het wetsvoorstel te herstellen?

¹ Samenstelling:

Holdijk (SGP), Dölle (CDA), Tan (PvdA), Van de Beeten (CDA), voorzitter, Broekers-Knol (VVD), De Graaf (VVD), Kneppers-Heynert (VVD), Kox (SP), Westerveld (PvdA), vice-voorzitter, Russell (CDA), Engels (D66), Franken (CDA), Peters (SP), Quik-Schuijt (SP), Haubrich-Gooskens (PvdA), Ten Horn (SP), Janse de Jonge (CDA), Koffeman (PvdD), Böhler (GL), Van Bijsterveld (CDA), Strik (GL), Lagerwerf-Vergunst (CU), Rehwinkel (PvdA), Duthler (VVD) en Yildirim (Fractie-Yildirim).

² Stb. 2007, 110.

Nietige rechtshandelingen

Een ander probleem zien **de leden van de commissie** in het bepaalde in artikel II lid 2 van het wetsvoorstel. Er wordt gesteld, dat het door een onjuiste interpretatie van de bestaande wet mogelijk is dat de moeder en de erkenner die niet de geregistreerde partner is van de moeder, op grond van artikel 253aa van rechtswege het gezamenlijk gezag uitoefenen, en dat de erkenner in de uitoefening hiervan rechtshandelingen heeft verricht. Als voorbeeld wordt genoemd dat de erkenner toestemming heeft verleend om het kind bij te schrijven in het paspoort van de moeder of erin heeft toegestemd dat op grond van het bepaalde in artikel 1:234 het kind bepaalde rechtshandelingen zou verrichten. Zulke rechtshandelingen zijn nietig omdat de erkenner hiertoe niet bevoegd was. De regering betoogt nu dat het niet wenselijk is dat deze rechtshandelingen, die vóór de inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel zijn verricht, nietig blijven.

Deze wens spreekt de aan het woord zijnde leden aan, maar zij vragen zich af of deze nietige rechtshandelingen thans generiek geldig kunnen worden verklaard. Een nietige rechtshandeling wordt immers geacht niet te (hebben) bestaan en eventuele rechtsgevolgen worden geacht nooit te zijn ingetreden, zodat het verlenen van terugwerkende kracht geen optie is. De enige mogelijkheid om in een individueel geval aan dit probleem te ontsnappen, lijkt de conversie als bedoeld in artikel 3:42 BW, waarbij de rechter per geval kan vaststellen dat degene die wel het gezag uitoefent de bedoelde toestemming zou hebben gegeven of alsnog bereid is zulks te doen.

Gaarne vernemen de leden van de vaste commissie voor Justitie of de regering niet met hen van mening is, dat deze benadering de voorkeur verdient boven een algemene geldig verklaring van de gevolgen van onbevoegd gegeven toestemmingen, welke laatste benadering in het geheel niet past in ons systeem van het Burgerlijk Wetboek.

Klemcriterium

Op grond van artikel 253c van het wetsvoorstel kan, zo lezen de leden van de **VVD**-fractie, de tot het gezag bevoegde vader van het kind, die nimmer het gezag gezamenlijk met de moeder heeft uitgeoefend, de kantonrechter (dit moet zijn: de rechtbank) verzoeken de ouders met het gezamenlijk gezag dan wel hem alleen met het gezag over het kind te belasten. Indien het verzoek ertoe strekt de ouders met het gezamenlijk gezag te belasten en de andere ouder met gezamenlijk gezag niet instemt, wordt het verzoek slechts afgewezen als er een onaanvaardbaar risico bestaat dat het kind klem zou raken tussen de ouders (het klemcriterium). Het criterium bij toewijzing van het eenzijdig verzoek om gezamenlijk gezag van een ouder die dat nooit heeft gehad, dient niet het klemcriterium te zijn. Het klemcriterium is ontwikkeld in het gezag na echtscheiding. Als ouders nooit gezamenlijk gezag hebben gehad, dient een gezagswijziging in het belang van het kind te zijn en dient er meer ruimte te zijn om een verzoek tot gezamenlijk gezag af te wijzen. Bij amendement is het strenge criterium voor afwijzing van een verzoek om gezamenlijk gezag van ouders die dit nooit hebben gehad, ingevoerd.

Hoezeer ook de indieners van het amendement voor ogen hebben gehad om te bevorderen dat gezamenlijk gezag de normale situatie is, toch menen de leden van de VVD-fractie dat het klemcriterium als enig criterium bij (het afwijzen van) een verzoek op grond van artikel 253c niet juist is, want te beperkt, aangezien de situatie een wezenlijk andere is dan die van ouders die dit gezag ooit samen hebben uitgeoefend. Hoe beoordeelt

de regering dit? Ziet de regering mogelijkheden voor enige flexibiliteit met betrekking tot het klemcriterium in geval van een verzoek op grond van artikel 253c? Zo ja, kan de regering dit nader aangeven. Zo nee, wat betekent dit voor het belang van het kind?

De leden van de **SP**-fractie hebben eveneens enkele vragen met betrekking tot het in artikel 253c opgenomen klemcriterium. De vader die nooit tezamen met de moeder gezamenlijk het gezag heeft uitgeoefend, kan de rechtbank verzoeken de ouders gezamenlijk met het gezag te belasten. Indien de moeder daar niet mee instemt, kan het verzoek alleen worden afgewezen op grond van a) korthedshalve het – van de Hoge Raad afkomstige – klemcriterium, of b) wanneer afwijzing anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

Het klemcriterium staat dus voorop. Kan de regering uitleggen hoe dit criterium zich verhoudt tot artikel 3 van het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK)? Het artikel valt niet anders te lezen dan dat wanneer gezamenlijk gezag voor het kind nadelig zou zijn, maar niet zó schadelijk dat het klem of verloren zou raken, de rechter het verzoek van één ouder gezamenlijk met het gezag te worden bekleed móet toewijzen. Verwacht de regering niet dat de rechter op grond van genoemd artikel 3 IVRK regelmatig zijn toevlucht zal nemen tot de onder b) geformuleerde escape? Zo ja, waarom dan toch vasthouden aan het klemcriterium in plaats van het belang van het kind voorop te stellen? Is dat omdat de Hoge Raad dit heeft gesteld? Zo ja, ligt het voortouw niet duidelijk bij de wetgever en niet bij de rechtspraak?

Artikel-253t-gezag

De leden van de **VVD**-fractie constateren dat het wetsvoorstel geen wijziging bevat van het zogenoemde «artikel-253t-gezag»; het artikel-253t-gezag in lesbische relaties wordt niet aangepast. Kan de regering toelichten waarom daartoe niet is overgegaan? Zoals bekend, wordt in de rechtspraak over het artikel-253t-gezag verschillend gedacht¹. Door het artikel-253t-gezag aan te passen zou de gewenste verduidelijking gerealiseerd kunnen worden.

De leden van de commissie zien de beantwoording door de regering met belangstelling tegemoet.

De voorzitter van de commissie,
Van de Beeten,

De griffier van de commissie,
Van Dooren

¹ Zie Hof Arnhem 18 oktober 2005, AU4705 en Hof 's Gravenhage 7 september 2005, AU2911.