

Vergaderjaar 1992-1993

23 012

Nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen

B

ADVIES RAAD VAN STATE

Aan de Koningin

's-Gravenhage, 24 juni 1992

Bij Kabinetsmissive van 8 januari 1992, no. 92.000075, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt een voorstel van wet met memorie van toelichting, houdende nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen.

1. In dit wetsvoorstel wordt in artikel 251, tweede lid, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) een ander criterium voorgesteld dan in de rechtspraak wordt gehanteerd bij het beoordelen van een verzoek van de ouders gezamenlijk belast te blijven met de uitoefening van het gezag na ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed.

Volgens jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt (HR 4 mei 1984, NJ 1985, nr. 510) moet de rechter zich er bij een dergelijk verzoek van vergewissen of beëindiging van de door de beide ouders gewenste voortzetting van een gedeelde verantwoordelijkheid voor de opvoeding en verzorging van hun kind, in het belang van het kind nodig is.

De afwijzingsgrond, gegronde vrees dat de belangen van het kind worden verwaarloosd, die nu wordt

NADER RAPPORT

Aan de Koningin

's-Gravenhage, 29 januari 1993

Blijkens de mededeling van de Directeur van het Kabinet van 8 januari 1992, nr. 92.000075 machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies betreffende het bovenvermelde voorstel rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 24 juni 1992, bied ik U hierbij aan.

1. De formulering van de in artikel 251, tweede lid, Boek 1 BW opgenomen afwijzingsgrond geeft aan dat het verzoek om gezamenlijk met de uitoefening van het gezag belast te blijven alleen in geval van duidelijke contra-indicaties mag worden afgewezen. Zulks is gerechtvaardigd omdat het verzoek van beide ouders afkomstig is in die zin dat beide ouders hetzelfde verzoek doen. Zij geven hiermee aan de verzorging en opvoeding in goede onderlinge verstandhouding te willen voortzetten. Op het verzoek van beide ouders wordt evenwel niet alleen afgegaan. De hierbedoelde afwijzingsgrond geeft de rechter de mogelijkheid om, zo er gerede aanleiding bestaat eraan te twijfelen of het gezag op die wijze naar behoren zal worden uitgeoefend, het verzoek af te wijzen. In de memorie van toelichting is in dit verband als voorbeeld gegeven dat ter zitting blijkt dat het eensluidend verzoek

voorgesteld, is ontleend aan de algemeen in Boek 1 BW gebruikte grond om een verzoek van ouders te toetsen om in plaats van een derdevoogd of, wanneer de voorziening in het gezag is weggefallen, met het gezag te worden bekleed (memorie van toelichting, paragraaf 1,6). In de artikelen waar in de toelichting naar wordt verwezen, gaat het echter steeds om een verzoek tot uitoefening van de voogdij door, vanzelfsprekend, één persoon. De problemen die zich bij een gezamenlijke uitoefening van het gezag voor twee personen voor kunnen doen lijken een ruimer, zoals door de Hoge Raad geformuleerd criterium, dat het belang van het kind zich niet tegen inwilliging van het verzoek verzet, te rechtvaardigen. Ook in het advies van het College van Advies voor de Kinderbescherming wordt dit criterium voorgestaan.

Aan de hand hiervan kan de rechter nagaan of een afwijzing van het verzoek om gezamenlijke uitoefening van het gezag, hetgeen voor in ieder geval een van de ouders (die het gezag niet heeft) een inbreuk op het recht op eerbiediging van «family life» van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) betekent, gerechtvaardigd is ter bescherming van het geestelijk of lichamelijk welzijn van het kind of de rechten en vrijheden van anderen.

De Raad van State beveelt aan het criterium te wijzigen.

2. Artikel 377a geeft stringenter gronden voor afwijzing van een omgangsregeling dan artikel 377e, dat de mogelijkheid van een omgangsregeling schept voor bepaalde andere personen dan de ouders die een nauwe persoonlijke band hebben met het kind. Als motivering hiervoor vermeldt de toelichting dat – anders dan de ouders – deze categorie van personen geen recht op omgang met het kind heeft. De Raad acht deze motivering niet juist, immers op grond van artikel 8 EVRM is een ieder die tot een kind in zodanige betrekking staat dat hij met dit kind een familie- en gezinsleven in de zin van dat artikel heeft, gerechtigd daarmee regelmatig omgang te hebben wanneer het kind niet met hem samenwoont, tenzij één van de gronden van het tweede lid beperkingen rechtvaardigt. Zoals ook in de

onder druk van een der ouders is gedaan en in feite niet door beide ouders wordt gesteund. Vanuit deze benadering zouden wij de suggestie van de Raad om hier een ruimer geformuleerd criterium te hanteren, niet willen overnemen. Wel is de memorie van toelichting op dit punt verduidelijkt.

2. Het is waar dat het omgangsrecht gebaseerd is op het bestaan van gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM. Dit betekent echter niet dat de hierbedoelde toetsingsgronden voor alle gevallen dezelfde zijn. De tussen ouders en kinderen bestaande bijzondere relatie rechtvaardigt een meer stringent toetsingsbeleid in geval van omgang tussen de ouder en het kind. De strikt geformuleerde gronden onderstrepen het fundamentele karakter van dit omgangsrecht. Uit de jurisprudentie met betrekking tot artikel 8 EVRM kan worden afgeleid dat de afstammingsrechtelijke band tussen het kind en zijn ouders gezinsleven in de zin van dat artikel impliceert.

Mitsdien kan worden geconcludeerd dat zodanig juridisch ouderschap recht op omgang geeft. Tussen de in artikel 377e genoemde personen en het kind zal een als

toelichting staat vermeld, is het daarbij, gelet op artikel 14 EVRM, onverschillig of de betrekking tot het kind berust op wettig ouderschap, op een erkenning, op biologisch ouderschap of op een andere relatie die voor de toepassing van artikel 8 EVRM met de voorgaande op een lijn kan worden gesteld.

In dit verband merkt de Raad voorts op dat weliswaar de afwijzingsgronden van artikel 377a dezelfde zijn als die welke het huidige artikel 161, derde lid, vermeldt, doch de vraag rijst waarom thans niet – zoals ook door het College van Advies voor de Kinderbescherming en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) wordt voorgesteld – hier het belang van het kind als criterium wordt gehanteerd. De Raad verwijst te dien einde met instemming naar paragraaf 1,9 van de toelichting waar wordt gezegd dat «zoals altijd in gevallen van omgang met kinderen» het belang van het kind de doorslag geeft.

De afwijzingsgronden van artikel 377a waren derhalve te heroverwegen.

3. In diverse adviezen (Nederlandse Gezinsraad, NVvR, College van Advies voor de Kinderbescherming) wordt gepleit voor een zelfstandige rechtsingang voor het kind vanaf 12 jaar. De toelichting verwijst op dit punt naar artikel 377f en stelt dat daarin een informele rechtsingang is opgenomen.

Echter, het moge zo zijn dat de rechter ambtshalve een beslissing kan geven, doch dat betekent uiteraard niet dat hij een beslissing moet geven als de minderjarige daar om vraagt. Aan te geven ware waarom van een eigen rechtsingang is afgezien.

gezinsleven aan te merken betrekking evenwel eerst moeten worden aangetoond voordat een verzoek tot het treffen van een omgangsregeling kan worden ontvankelijk verklaard. In deze gevallen kan derhalve niet gesproken worden van een bij voorbaat bestaand, aan de onderlinge betrekkingen inherent, recht op omgang. Mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan, bestaat de mogelijkheid een omgangsregeling vast te stellen. Dit rechtvaardigt een ruimer afwijzingsbeleid dan in het geval van artikel 377a.

Wat betreft de ontzeggingsgronden van artikel 377a die reeds geldend recht zijn sinds 1 december 1990, zij opgemerkt dat niet is gebleken dat zij onvoldoende ruimte bieden om in een voorkomend geval het omgangsrecht in het belang van het kind te kunnen ontzeggen. Uit de inhoud van deze gronden blijkt dat het uiteindelijk het belang van het kind is, dat de doorslag geeft. Daar komt bij dat het hier recente wetgeving betreft. Ook dat is een goede reden niet tot heroverweging van artikel 377a over te gaan.

3. Tijdens de behandeling, in het bijzonder de mondelinge behandeling, van genoemd wetsvoorstel in de Tweede Kamer, is door de toenmalige bewindslieden van Justitie uitvoerig ingegaan op de bij hen bestaande bezwaren tegen een eigen rechtsingang voor het kind (Handelingen, Tweede Kamer 20 januari 1988, pagina 38–2132, linkerkolom en de pagina's 38–2142 en 2143). In de notitie inzake de rechtspositie van minderjarigen is andermaal uiteengezet waarom een formele rechtsingang voor de minderjarige niet nodig en gewenst wordt geacht (Tweede Kamer vergaderjaar 1989–1990, 21 309, nr. 2, blz 18 t/m 21). Dat ik die mening nog steeds ben toegedaan, blijkt uit de op 2 november 1992 aan de Tweede Kamer toegezonden brief, waarbij wordt aangeboden de in het mondeling overleg over voornoemde notitie toegezegde evaluatie, getiteld «Eigen rechtsingang voor minderjarigen, ervaringen met artikel 1: 162a BW». In de onderhavige memorie van toelichting zal in par. 9 (omgang en informatie) op een en ander worden gewezen.

4. De kritiek van de NVvR (advies van 25 juni 1987) op de rol die in artikel 252 aan de griffier wordt toegekend bij het toetsen van een verzoek om gezamenlijk gezag voor ouders binnen een niet-huwelijkse relatie wordt niet weggenomen door een beroepsmogelijkheid bij de kantonrechter.

De vraag of de griffier wel in staat is een verzochte aantekening te weigeren op grond van geestelijke stoornis blijft onbeantwoord. Voorts acht de Raad de in het derde lid opgenomen beperkte beroepsmogelijkheid op de kantonrechter niet in overeenstemming met artikel 6 EVRM, waar het hier om een «burgerlijk recht» gaat en het EVRM-hof eist dat de rechter een volledige «determination» kan maken. De bepaling ware te heroverwegen.

5. In het wetsvoorstel worden de termen «minderjarige kinderen», «minderjarigen» en «kinderen» of «kind» door elkaar gebruikt zonder dat daarvoor reden lijkt te bestaan. Nu er een integrale wijziging van de gezagsregeling aan de orde is komt het juist voor over de gehele linie de term «minderjarigen» te gebruiken.

6. Overeenkomstig het in wetsvoorstel 20 626 (Herziening afstammingsrecht) gedane voorstel wordt in het onderhavige wetsvoorstel in plaats van «erkenning» de term aanvaarding van het vaderschap gebruikt, aldus de toelichting (paragraaf I 1,1). Het

4. Met betrekking tot de in artikel 252, tweede lid, genoemde weigeringsgronden gaat het, behoudens in het geval van onbevoegdheid wegens een geestelijke stoornis, om een feitelijke constatering. Enige beoordelingsruimte ontbreekt, waardoor er voor toetsing geen plaats is. De gegrondheid van de aan de weigering ten grondslag liggende gezagsvoorziening kan in dit kader niet aan de orde worden gesteld. Zulks dient te geschieden in het teken van de desbetreffende procedure inzake het gezag. Bijvoorbeeld in het geval van ontheffing of ontzetting van één ouder zal, indien de ouders menen voor gezamenlijk gezag in aanmerking te komen, deze ouder eerst een verzoek tot herstel in het gezag moeten doen. Van een inbreuk op het in artikel 6 EVRM neergelegde recht kan mitsdien niet worden gesproken.

Indien de griffier twijfelt of een zodanige geestelijke stoornis aanwezig is, dat van onbevoegdheid sprake is, kan hij de betrokken ouder vragen een verklaring van een deskundige over te leggen.

5. Niet zonder reden worden in het wetsvoorstel meerdere termen gebruikt om het kind aan te duiden. Dit gebeurt vooral om redenen van stylistische aard. In de bepalingen die direkt de relatie ouders-kinderen betreffen, – het gaat hier om het merendeel van de bepalingen – wordt de term «kind» of «kinderen» gehanteerd, waar nodig – omwille van de duidelijkheid – voorzien van het additief «minderjarige». In de context van bedoelde bepalingen wordt het gebruik van deze termen het meest aangewezen geacht. Wordt in meer algemene zin over het kind gesproken, dan wordt de term «de (een) minderjarige(n)» gebruikt. Over het algemeen wordt deze lijn ook thans in Boek 1 gevolgd. Ik zou dit patroon niet willen doorbreken. Evenwel behoeven uit een oogpunt van consistentie de artikelen 245, eerste lid, 249 en 277, eerste lid, op dit punt aanpassing.

6. Overeenkomstig het advies van de Raad wordt thans in de toelichting alleen de term «aanvaarding van het vaderschap» gehanteerd.

gebruik van deze term ware in de toelichting consequent door te voeren.

7. De artikelen 249 en 253I bevatten verplichtingen van de minderjarige. Daargelaten of zij passen in een wetsvoorstel als het onderhavige, is artikel 249 wel zeer vrijblijvend en in ieder geval alleen van toepassing op oudere minderjarigen. De Raad beveelt aan het artikel te schrappen.

Aangezien voorts de in artikel 253I genoemde verplichting alleen speelt indien en voor zover de desbetreffende ouder dat wenst, ware het artikel aldus te redigeren dat deze behalve op het vruchtgenot van het vermogen tevens aanspraak kan maken op een deel van de inkomsten uit arbeid als bijdrage in de kosten van de huishouding.

7. De bepaling van artikel 249 dient in samenhang te worden gezien met de bepaling van de artikelen 247 en 248. Zij vormen elkaars pendant. Zoals uiteengezet in de memorie van toelichting bevatten zij een nadere concretisering van de gezagsrelatie tussen ouders en kinderen, waarbij het wederzijds respect een belangrijk uitgangspunt vormt. Inhoudelijk liggen deze artikelen in de lijn van het in zijn advies inzake de rechtspositie van jeugdigen (januari 1988) gedane voorstel van de Raad voor het Jeugdbeleid wettelijk vast te leggen dat het ouderlijk gezag naar redelijkheid en billijkheid dient te worden uitgeoefend en dat met elkaars rechten en bevoegdheden dient te worden rekening gehouden. Hiermede wordt aangegeven hetgeen in de praktijk veelal reeds geschiedt. Als zodanig draagt ook de bepaling van artikel 249 een bevestigend karakter. De term «vrijblijvend» acht ik hier dan ook niet van toepassing. Overigens behoeft het hier niet alleen om oudere minderjarigen te gaan.

Ook in de thans geredigeerde vorm is het duidelijk dat de bepaling van artikel 253I slechts toepassing vindt voorzover de ouder gebruik maakt van zijn recht op een gelijke bijdrage. Bovendien sluit de hier voorgestelde redactie beter aan bij de bestaande praktijk. Mitsdien zou ik de suggestie van de Raad niet willen overnemen.

Ik moge nog Uw aandacht vragen voor het volgende.

In het antwoord op vragen van het lid der Tweede Kamer Wolffensperger over testamentaire voogdij (Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, Aangangsel nr. 691), is door de Minister van Justitie en mij gesteld dat in het kader van het onderhavige wetsvoorstel wijziging van de artikelen 285 en 286 Boek 1 B.W. zal worden bevorderd.

Het gaat hier om het geval dat de overleden ouder, die na de scheiding met het gedag was belast, testamentair een voogd had benoemd. De gronden waarop het verzoek van de overlevende ouder om met het gezag te worden belast, kan worden afgewezen, verschillen afhankelijk van de situatie. Is de testamentair

benoemde voogd nog niet als zodanig opgetreden, dan wordt ingevolge artikel 285, vierde lid, een verzoek van de overlevende ouder slechts afgewezen, indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van de kinderen zouden worden verwaarloosd. Heeft echter de testamentaire voogd de voogdij-benoeming aanvaard en oefent hij of zij ten tijde van voormeld verzoek de voogdij reeds uit, dan is artikel 286, tweede en derde lid, van toepassing. Het betreft dan een voogdijwijziging. Beoordeeld wordt dan of deze in het belang van het kind is. Erkend wordt dat dit in bepaalde gevallen tot onbillijkheden kan leiden. Gedacht wordt aan de situatie dat de overlevende ouder vrij kort na aanvaarding van de voogdij door de testamentaire voogd verzoekt met het gezag te worden belast. Ik acht het gewenst dat in zulk een geval (tot één jaar nadat de gezagsuitoefening is begonnen) dezelfde beoordelings – grond wordt gehanteerd als geschiedt in het geval dat de testamentaire voogdij nog niet is begonnen. Met de in de onderhavige ontwerperegeling alsnog voorgestelde aanpassing van de nieuwe artikelen 253g en 253h wordt zulks bereikt.

Bij nader inzien ben ik van mening dat ook het instituut van de toeziende curatele zou dienen te vervallen.

Hiervoor gelden dezelfde redenen als aangevoerd bij het doen vervallen van het instituut van de toeziende voogdij (memorie van toelichting, par. 1.5). Ook de bevoegdheden van de toeziende curator zijn ten opzichte van de curator zeer beperkt van aard en dragen een subsidiair karakter, terwijl ook hier de kantonrechter toezicht houdt. Er zij bovendien op gewezen dat in de praktijk nagenoeg geen gebruik wordt gemaakt van de wettelijk bestaande mogelijkheid om in geval van beschermingsbewind (titel 19 Boek 1 B.W.) meer dan één bewindvoerder te benoemen. Verder zij nog vermeld dat ingevolge het wetsvoorstel Mentorschap ten behoeve van meerderjarigen (22 474) altijd één mentor wordt benoemd. Naar mijn mening ligt het dan ook in de rede het instituut van de toeziende curatele eveneens op te heffen. Het wetsvoorstel is hierop aangepast.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het voren staande rekening zal zijn gehouden.

De Vice-President van de Raad van State,
W. Scholten

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Justitie,
A. Kosto