

Vergaderjaar 1993–1994

23 012

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

Nr. 8

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET EINDVERSLAG

Ontvangen 5 juli 1994

De vragen en opmerkingen uit het eindverslag beantwoord ik graag als volgt.

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

De leden van de PvdA-fractie vinden het gewenst dat het wetsvoorstel inzake de medevoogdij en de gezamenlijke voogdij voorafgaande aan de plenaire behandeling in de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt samengevoegd met het onderhavige wetsvoorstel tot één wetsvoorstel. Verder achten zij een gezamenlijke behandeling van dit wetsvoorstel met de wetsvoorstellen inzake het afstammingsrecht en het naamrecht wenselijk en vinden zij dat ook voor de hand liggend.

Dit wetsvoorstel codificeert voor een groot deel bestaande rechtspraak van de Hoge Raad inzake ouderlijk gezag en inzake omgang en brengt modernisering van de regels over de inhoud van het ouderlijk gezag. Vernieuwing is er bij voorbeeld op het punt van de informatie van derden aan een niet met het gezag belaste ouder. De vragen die bij het afstammingsrecht spelen (zoals: mag erkenning in beginsel alleen door de verwekker geschieden? In welke gevallen kan de toestemming van de moeder tot erkenning opzigezet worden? Kan een kind in familie-rechtelijke betrekking komen te staan tot twee personen van hetzelfde geslacht? Mag een gehuwde man een bij een andere vrouw verwekt kind erkennen?) zijn belangrijk en het is ook van groot belang om in samenspraak met de Staten-Generaal evenwichtige antwoorden op deze vragen te vinden, maar het overgrote deel van de familierechtspraktijk betreft niet deze zaken. De regeling van het gezag, de omgang en informatie in de meest voorkomende situatie dat de ouders scheiden en de regeling van gezamenlijk gezag door niet met elkaar gehuwde ouders zijn voor deze praktijk van belang.

Daarenboven is het niet waarschijnlijk dat de discussies over een vernieuwing van het afstammingsrecht uitmonden in regels die ertoe leiden dat zij die naar de huidige regels in juridische zin ouder zijn dat in de toekomst niet meer zouden (kunnen) zijn. Het is waarschijnlijker dat het

aantal gevallen dat iemand als ouder geldt, enigszins wordt uitgebreid. Zonder vooruit te willen lopen op nog te voeren discussies gaat het bij voorbeeld om de verwekker die nu niet kan erkennen omdat de moeder haar toestemming tot erkenning weigert. Het onderhavige wetsvoorstel is van belang voor al die gevallen dat de vader en moeder ouder in juridische zin zijn. Dus voor al die gevallen dat naar huidig recht en in de toekomst het kind een moeder en een vader heeft. Als de discussie over het afstammingsrecht ertoe leidt dat ook in andere gevallen dan naar geldend recht iemand ouder in juridische zin zal kunnen zijn, zullen de regels met betrekking tot (de inhoud van het) gezag, informatie, consultatie, kortom de regels van dit wetsvoorstel ook ten aanzien van die persoon van toepassing kunnen zijn. Ik zou het daarom betreuren als het onderhavige wetsvoorstel, nadat deze nota is verzonden, op mondelinge behandeling zou moeten blijven wachten totdat het wetsvoorstel inzake het afstammingsrecht dat voor advies bij de Raad van State aanhangig is, in diezelfde fase is gekomen.

Ook een samenvoeging van dit wetsvoorstel met het wetsvoorstel inzake de medevoogdij en de gezamenlijke voogdij (Kamerstukken II, 1993/94, 23 714, nrs. 1-3) op het moment dat laatstgenoemd wetsvoorstel ook gereed ligt voor mondelinge behandeling, zou leiden tot een terugslag in de voortgang van dit wetsvoorstel. Het karakter van beide voorstellen loopt ook uiteen. Dit wetsvoorstel volgt op het punt van het gezag de rechtspraak en is daarnaast voor een deel moderniserend van aard. Het wetsvoorstel inzake de medevoogdij en gezamenlijke voogdij daarentegen schept nieuwe mogelijkheden voor de verkrijging van gezag. Mogelijkheden die de huidige wet noch de huidige rechtspraak bieden en waarover de discussie in beide Kamers der Staten-Generaal gescheiden zou moeten worden gevoerd.

De opmerking van de leden van de VVD-fractie dat wetgeving bij wijze van codificatie zinvol is, maar dat daarnaast de wetgever onmiskenbaar zijn eigen, autonome wetgevende taak heeft, onderschrijf ik. Ook op het terrein van het familierecht beoog ik aan de eigen taak als medewetgever een goede invulling te geven.

De instemming waarmee de leden van de D66-fractie hebben kennis genomen van de memorie van antwoord verheugt mij. Het is zeker waar dat de herziening van het personen- en familierecht vorm begint te krijgen. Belangrijke wetgeving op dit terrein is inmiddels afgerond of bevindt zich in een afrondende fase, zoals de limitering van de alimentatie en de pensioenverevening, en zoals het familieprocesrecht en het mentorschap. Het wetsvoorstel inzake de registratie van een samenleving van twee personen is intussen ook bij de Tweede Kamer ingediend (Kamerstukken II 1993/94, 23 761, nrs. 1-3). Het zou ook naar mijn mening goed zijn als de komende kabinetsperiode de verdere modernisering van het personen- en familierecht voor een belangrijk deel definitief vorm krijgt.

Het lijkt ook mij zinvol de discussie over het al dan niet toestaan van familierechtelijke betrekkingen aan de (geregistreerde) partner van een ouder verder te voeren in het kader van het afstammingsrecht, waarvoor een nieuw wetsvoorstel voor advies naar de Raad van State is gezonden, en in het kader van het wetsvoorstel inzake de registratie van een samenleving van twee personen. Wat betreft «het pad van de juridische ficties» dat bij de afstamming niet bewandeld zou moeten worden, beperk ik mij dan ook tot de opmerking dat zowel bij de erkenning als bij de (stiefouder) adoptie recht en werkelijkheid elkaar nimmer in die zin hebben losgelaten dat bij voorbeeld een erkenning ook door een vrouw zou kunnen geschieden die vervolgens in juridisch opzicht geldt als de vader van het kind.

De hoofdlijnen van het nieuwe wetsvoorstel herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van de adoptie (het betreft hier

inderdaad één en hetzelfde wetsvoorstel) zijn de volgende: Aan de erkenning komt het karakter van een waarheidshandeling toe.

Evenals in het ingetrokken wetsvoorstel wordt bij de erkenning de mogelijkheid voorgesteld van vervanging door de rechtbank van de geweigerde of anderszins ontbrekende toestemming van de moeder of van het kind.

Verder vervalt het verbod van erkenning door een gehuwd man.

Overeenkomstig het ingetrokken wetsvoorstel worden gelijke mogelijkheden voor beide echtgenoten in het leven geroepen voor de ontkenning van het door huwelijk ontstane vaderschap.

De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is niet meer voorgesteld.

De in het ingetrokken wetsvoorstel voorgestelde aanpassing van de terminologie (het vervallen van de begrippen wettig en onwettig kind, alsmede van het begrip natuurlijk kind en van daarmee samenhangende uitdrukkingen) is – het spreekt welhaast vanzelf – in het nieuwe wetsvoorstel overgenomen.

Bij de stiefouderadoptie vervalt de constructie dat ook de juridische ouder het kind adopteert. Stiefouderadoptie wordt een vorm van éénouderadoptie binnen huwelijk. In een aantal gevallen kan ook door een of beide ongehuwde ouders adoptie plaatsvinden. Ten slotte wordt een aantal adoptievoorwaarden gewijzigd.

Ter zake van het wetsvoorstel inzake de doorbreking van het vetorecht van de ouder bij stiefouderadoptie (Kamerstukken I 1991/92, 22 006, nrs. 245, 245a tot en met c) is machtiging aan de Koningin gevraagd en verkregen om het wetsvoorstel in te trekken.

De leden van de GPV-fractie vragen wat na beslissingen van de Hoge Raad, die in het licht van artikel 8 EVRM zijn gegeven, nog de vrijheid is van de (nationale) wetgever. Bestaat er voor de wetgever de vrijheid om te beslissen de band tussen huwelijk en ouderlijk gezag te handhaven en derhalve te komen tot een breuk met de jurisprudentie ter zake, zonder in conflict te komen met artikel 8 EVRM?

Het is in eerste instantie de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens over het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven die consequenties heeft voor de inhoud van het Nederlandse personen- en familierecht. De Nederlandse Hoge Raad zou in zijn beslissingen aan het respect voor – de eerbiediging van – het familie- en gezinsleven een verderstreckende betekenis kunnen toekennen dan het Europese Hof te Straatsburg doet, maar dat is, voor zover het betreft de band tussen ouderlijk gezag en huwelijk, niet het geval. Het Europese Hof heeft immers in de zaak *R. v. United Kingdom* (8 juli 1987, A 121, NJ 1988, 828) aangegeven (par. 64) dat «the exercise of parental rights and the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitute fundamental elements of family life». In de zaak *Nielsen* (28 november 1988, A 144, NJ 1991, 541) heeft het Europese Hof dit nog eens herhaald. Het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven omvat met andere woorden ouderlijk gezag. Het onthouden van ouderlijk gezag aan een ouder impliceert een inmenging van de zijde van de overheid in het recht op «respect for family life». Een dergelijke inmenging moet gerechtvaardigd kunnen worden, hetgeen wil zeggen dat deze de toetssteen van artikel 8, tweede lid, EVRM moet kunnen doorstaan. Belangrijk daarbij is dat er een «pressing social need» voor de inmenging moet kunnen worden aangegeven en dat de inmenging evenredig moet zijn aan het doel dat daarmee wordt beoogd. In dit geval is dat doel gelegen in de bescherming van de belangen van het kind. Het valt in deze tijd moeilijk staande te houden dat het gezamenlijke ouderlijk gezag ter bescherming van de belangen van het kind alleen gedurende het huwelijk kan bestaan. Daarbij komt nog dat het begrip «family» in «family life» zowel ziet op de wettige als op de natuurlijke familie (zie daarvoor reeds het *Marckx*-arrest (13 juni 1979, A 31, NJ 1980,

462), par. 40: «the members of the »illegitimate« family enjoy the guarantees of Article 8 on an equal footing with the members of the traditional family»).

Gelet op de in dit opzicht vaste rechtspraak van het Europese Hof zijn de baanbrekende uitspraken van de Hoge Raad over het gezamenlijke ouderlijk gezag na scheiding en buiten huwelijk duidelijk te plaatsen. Het is buitengewoon onwaarschijnlijk dat het Europese Hof te Straatsburg over een en ander anders zou denken. De vrijheid voor de wetgever om de koppeling tussen uitsluitend het huwelijk en (gezamenlijk) gezag te handhaven, is dan ook nauwelijks aanwezig.

2. Inhoud en omvang van het gezag

De leden van de PvdA-fractie vragen waarom wij niet ter gelegenheid van de memorie van antwoord gereageerd hebben op het advies van de Raad voor het Jeugdbeleid over de leeftijdsgrens in artikel 162a van Boek 1, of waarom wij dat niet zonodig daarna bij afzonderlijke brief hebben gedaan. Er is over deze kwestie niet alleen aan de Raad voor het Jeugdbeleid advies gevraagd, maar ook aan de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) en aan het College van advies voor de justitiële kinderbescherming. Het advies van de NVvR is van 28 april 1994. Dat van het College van 16 mei 1994. Gelet op de data waarop deze adviezen werden ontvangen, is de voorkeur uitgegaan naar een integrale reactie ter gelegenheid van het uitbrengen van deze nota. De drie adviezen zijn bij deze nota gevoegd.¹

De Raad voor het Jeugdbeleid heeft bij zijn advies ook de Nederlandse Gezinsraad betrokken. Beide raden vinden dat het antwoord op de vraag of de leeftijdsgrens van twaalf jaren bij de informele rechtsingang aan herijking toe is, niet los gezien kan worden van de vraag in hoeverre de rechter vrij is om al dan niet te beslissen op een verzoek van een minderjarige. Zij stellen dat, als de rechter niet gehouden is een verzoek van een minderjarige in behandeling te nemen het hanteren van een leeftijdsgrens onnodig is. De rechter kan immers elk verzoek van een kind zonder opgaaf van redenen naast zich neerleggen. Met een informele rechtsingang worden kinderen, zo menen deze raden, niet serieus genomen.

Deze raden kiezen voor de constructie dat kinderen tot twaalf jaar in hun verzoek tot vaststelling, wijziging of beëindiging van een omgangsregeling ontvangen kunnen worden en dat kinderen vanaf twaalf jaar in zodanige verzoeken ontvangen moeten worden. Zij willen op dit moment vasthouden aan de grens van twaalf jaar in verband met de belasting die het effectueren van deze rechten met zich mee kan brengen en omdat van een minderjarige van twaalf jaar of ouder verwacht mag worden dat hij zich ervan bewust is dat het bij de rechter indienen van een verzoek consequenties heeft.

De NVvR heeft naar aanleiding van de vraag naar herijking van de leeftijdsgrens van artikel 162a (in het wetsvoorstel is dit artikel 377g) het gevoelen ingewonnen van de leden van de familiekamers van de rechtbanken en gerechtshoven. De uitkomst van deze raadpleging was dat het algemene oordeel is dat de leeftijdsgrens van 12 jaar gehandhaafd behoort te worden en er geen aanleiding is deze grens geheel te laten vervallen of te verlagen. Gewezen wordt op de noodzaak kinderen zoveel mogelijk buiten de strijd van de ouders te houden, en op het risico van manipulatie van jonge kinderen door de ouders. Overigens wordt aangegeven dat rechters de beperking die de huidige leeftijdsgrens met zich meebrengt soepel willen hanteren. Het aantal gevallen waarin dit nodig zou zijn, is naar de ervaring van de rechters buitengewoon klein.

Het College van advies voor de justitiële kinderbescherming (hierna: het College) adviseert de leeftijdsgrens van twaalf jaren in artikel 162a (377g) te schrappen en daarvoor in de plaats als criterium te kiezen «het in staat

¹ Ter inzage gelegd bij de afdeling Documentaire documentatie.

zijn tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake», ook al laat dit criterium onzekerheid bestaan en verschaft een leeftijdsgebonden criterium duidelijkheid. Het College vindt het door hem voorgestelde criterium beter passen bij artikel 12 van het Verdrag inzake de rechten van het kind. Verder merkt het College op dat het nadeel dat een kind wordt misbruikt door de ouders voor het eigen standpunt van die ouder niet opweegt tegen het voordeel van de informele rechtsingang in die gevallen waarin de ouders stilzitten en niet ten behoeve van het kind willen optreden. Aan het informele karakter van de rechtsingang is naar het oordeel van het College een aantal voordelen verbonden. In die gevallen waarin het kind onder de druk van één van de ouders handelt, behoeft de rechter het verzoek niet in behandeling te nemen, terwijl in tegenstelling tot een formele rechtsingang het praktische voordeel bestaat dat voor de betrokken minderjarige geen processuele verplichtingen gelden.

De voordelen van een informele rechtsingang die het College noemt, spreken mij aan. Dat het informele karakter van de rechtsingang zou impliceren dat kinderen niet serieus zouden worden genomen als zij de stap tot een verzoek aan de rechter hebben gezet, vind ik een wat ongenueanceerde uitspraak. Uit de praktijk blijkt juist dat kinderen die een verzoek in verband met een omgangsregeling doen wel degelijk serieus worden genomen. Dat is ook het uitgangspunt van de informele rechtsingang. De vraag of wens van de minderjarige wordt serieus opgepakt en beoordeeld. Het is echter heel wel mogelijk dat achter de directe wens iets anders schuilt, zoals ook door het College wordt aangegeven. In die gevallen moet naar andere wegen dan een formele beslissing gezocht kunnen worden om de kennelijke problemen in goede banen te leiden.

Wat betreft de herijking van de leeftijdsgrens opgenomen in artikel 162a (377g van het wetsvoorstel) het volgende. Het College zou in plaats van de leeftijd van twaalf jaar willen uitgaan van een inhoudelijk criterium, te weten dat de minderjarige in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. Dit lijkt een goed voorstel. Het criterium zou echter kunnen betekenen dat ook kinderen van twaalf jaar of ouder die door de rechter niet in staat worden geacht tot een redelijke waardering van hun belangen in verband met de omgang of de informatieverschaffing om die reden door de rechter niet worden ontvangen in hun wensen met betrekking tot de omgang of de informatieverschaffing. Dat lijkt niet de bedoeling te zijn. In geen van de adviezen is hiervoor een argument te vinden. Mede omdat de rechterlijke macht algemeen van oordeel is dat vastgehouden dient te worden aan de grens van twaalf jaar, stel ik daarom voor dat het criterium «in staat tot een redelijke waardering ter zake» als aanvulling op de leeftijdsgrens van twaalf jaar gaat fungeren voor kinderen die deze leeftijd nog niet hebben bereikt. Aan een verruiming van de informele rechtsingang voor kinderen beneden de twaalf jaar die de Raad voor het Jeugdbeleid en de Nederlandse Gezinsraad bepleiten, wordt hiermee tegemoet gekomen.

Artikel 377g komt dan te luiden:

«De rechter kan, indien hem blijkt dat een minderjarige van twaalf jaar of ouder hierop prijs stelt, ambtshalve een beslissing geven op de voet van de artikelen 377a, 377b of 377f, dan wel zodanige beslissing op de voet van artikel 377e wijzigen. Hetzelfde geldt indien de minderjarige de leeftijd van twaalf jaren nog niet heeft bereikt, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake.» Bij tweede nota van wijziging is dit voorgesteld.

De leden van de PvdA-fractie vragen nogmaals aandacht voor het voorstel van Prof. mr. J. de Boer om in het Burgerlijk Wetboek een sanctieloos verbod op het slaan van kinderen op te nemen. Daarbij geven deze leden aan dat het hen niet gaat om een verbod op de «pedagogische tik» of «draai om de oren», maar om het met opzet toebrengen van leed.

Zij zijn van mening dat van internationale verdragen op dit gebied niet veel te verwachten valt.

In vervolg op het artikel in het Nederlands Juristenblad (NJB) van 25 maart 1994, waaraan deze leden refereren, heeft de heer De Boer in NJB nr. 16 van 22 april 1994 (pagina 542) zijn voorstel toegelicht. Hij stelt daarin dat hij onder «straf» niet verstaat «die spontane nijldige uitvallen van ouders», te vertalen met een tik of een draai om de oren die deze leden eveneens buiten beschouwing willen laten, maar de «weloverwogen leedtoebrenging wegens een overtreding». De Boer ontleent deze omschrijving van het begrip «straf» aan een definitie van J. Rummelink (Hazewinkel Suringa, 1994), bedoeld voor het strafrecht. De uitwerking van deze omschrijving door De Boer voor de gezinssituatie luidt vervolgens: «het veelvuldig en stelselmatig slaan van kinderen». Volgens De Boer benadert deze omschrijving de «weloverwogen leedtoebrenging», zoals door Rummelink bedoeld.

Ik ben, anders dan De Boer, van mening dat tegen deze «weloverwogen leedtoebrenging» wel degelijk met behulp van het strafrecht kan worden opgetreden. Ik mag daarvoor verwijzen naar Hazewinkel-Suringa (1994, pagina 355 en 356), waarin gesproken wordt over de castigatio paterna.

Hoewel deze tuchtiging normaal gesproken bestaat uit het opzettelijk lichamenlijk letsel of leed toebrengen, is daarbij in beginsel geen sprake van mishandeling. Doch zelfs al in oude jurisprudentie gold hierbij steeds het voorbehoud van de proportionaliteit en wederrechtelijkheid (bij voorbeeld H.R. 10 februari 1902, W 7723, Rb Amsterdam 14 december 1888, W 5751, PR Rotterdam 23 september 1942, NJ 1943, 535).

Gaat het, aldus Rummelink, niet om opvoeding of zijn de aangewende middelen daartoe ongepast, dan wordt de castigatio paterna mishandeling.

Bij de door De Boer gehanteerde indeling van fysiek optreden jegens kinderen in vier categorieën kunnen mijns inziens dan ook vraagtekens worden geplaatst. De categorie waar het De Boer om gaat, wél lichamenlijke straf – die verboden zou moeten worden ingevolge het B.W. – maar géén mishandeling, bestaat niet. Als fysiek optreden jegens een kind, volgens de door De Boer gehanteerde definitie, valt onder het begrip «licamenlijke straf», dan is er of sprake van buitenproportioneel optreden tegen een kind of dit dient de opvoeding niet, waardoor dat optreden onder de delictsomschrijving van de mishandeling komt te vallen en er dus strafrechtelijk tegen opgetreden kan worden.

Ik vraag mij bovendien af of er meer te verwachten zou zijn van een verbodsbepaling waar geen sanctie op is gesteld. Artikel 3 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens is op iedereen, ook op kinderen, van toepassing, individueel afdwingbaar en in Nederland rechtstreeks werkend. De Zweedse burgerrechtelijke bepaling, die lichamenlijke straf of enige andere vernederende behandeling verbiedt (uit de formulering blijkt dat de «straf», om onder deze bepaling te vallen, zodanig ernstig moet zijn dat er sprake is van vernederende behandeling), biedt dan ook, naar mijn overtuiging, geen andere of meer garantie op correcte behandeling dan het Nederlandse recht (daaronder begrepen de verdragen, waaraan Nederland gebonden is). Het lijkt mij dan ook niet nodig, zoals de leden van deze fractie voorstellen, om organen als de Raad voor het Jeugdbeleid, thans hierover advies te vragen.

De leden van de PvdA-fractie wijzen op de situatie dat een tijdens de scheidingsprocedure geboren kind dat door de nieuwe partner van de moeder is verwekt, de echtgenoot van de moeder tot vader heeft. Deze moet eerst het vaderschap ontkennen voordat de partner van de moeder het kind kan erkennen. Zolang dat niet gebeurt, oefenen naar de wet de als gehuwd geldende moeder en haar echtgenoot gezamenlijk het gezag uit over het kind.

Naar huidig recht kan de moeder in deze situaties het vaderschap van haar echtgenoot niet ontkennen. Volgens het bij de Raad van State

aanhangige wetsvoorstel herziening van het afstammingsrecht zal de moeder dat in deze situaties wel kunnen. De weg is dan open voor de partner van de moeder om te erkennen. Dit was ook al voorgesteld in het intussen ingetrokken wetsvoorstel houdende herziening van het afstammingsrecht.

De leden van de CDA-fractie zetten uiteen waarom zij er nog steeds aan twijfelen of de formulering van de rechten en plichten van ouders en kinderen de onderlinge gezagsverhouding voldoende duidelijk maakt. Zij vinden dat in de formulering dat «ouders in toenemende mate rekening dienen te houden met de mening van het kind» de beslissingsbevoegdheid van ouders tot aan de meerderjarigheid van een kind, onvoldoende tot uitdrukking komt en vrezen voor onnodige inmenging in gezagsaangelegenheden. Het derde lid van het voorgestelde artikel 247 is, volgens deze leden, niet noodzakelijk omdat de rechtspraktijk ook zonder dit lid de gezagsverhouding op basis van de feitelijke omstandigheden kan vaststellen.

Uit de formulering van artikel 249 blijkt expliciet dat een kind tot aan zijn meerderjarigheid rekening dient te houden met de aan het gezag ontleende bevoegdheden die de ouder of de voogd toekomen. Dit betekent in de praktijk dat een minderjarige zich zal moeten neerleggen bij de in alle redelijkheid genomen beslissingen van de ouders. Hij of zij zal het gezag van de ouders moeten respecteren. De beslissingsbevoegdheid is echter niet absoluut, zoals ook de leden van deze fractie erkennen.

Zeker als er sprake is van een oudere minderjarige die met naar heersende maatschappelijke opvattingen onredelijke beslissingen van zijn ouders geconfronteerd wordt, kan het zijn dat hij of zij zich daar niet zonder meer bij hoeft neer te leggen. Loopt een conflict hoog op en is de uiteindelijke beslissing van groot belang voor de ontwikkeling van het kind, dan kan een eventueel aangestelde bijzondere curator en de rechter de beslissingsbevoegdheid van de ouders zodanig nuanceren, dat het conflict op een manier wordt opgelost die in het belang van het kind is.

Het door de ouders uit te oefenen gezag is gebonden aan de belangen van het kind. Zoals overal in het personen- en familierecht waar de belangen van het kind spelen, wordt rekening gehouden met de mening van het kind vanaf het moment dat deze geacht kan worden om zich over de zaak een mening te vormen en om de consequenties daarvan te overzien. Het is dan niet meer dan logisch dat in de verhouding ouders-kind dit uitgangspunt ook tot uitdrukking wordt gebracht. Daarmee wordt bovendien aangesloten bij hetgeen in de praktijk als normaal wordt ervaren. Naar mijn oordeel wordt hiermee niet onnodig getreden in de verhoudingen tussen ouders en kind.

Het verheugt mij dat de leden van de CDA-fractie de verruiming van de mogelijkheden van benoeming van een bijzondere curator een evenwichtige en toereikende stap achten. Zij vragen hoe, ingeval de bijzondere curator een advocaat is, de financiering geregeld is. In artikel 2 van het Besluit draagkrachtcriteria rechtsbijstand (Staatsblad 1994, 33) is omtrent de financiering van de rechtsbijstand die door een minderjarige zelf wordt gevraagd, het volgende bepaald. Overeenkomstig de reeds bestaande praktijk worden minderjarigen van 16 en 17 jaar die uitwonend zijn dan wel thuiswonend zijn en eigen inkomsten hebben zelfstandig als rechtsbijstandgerechtigden aangemerkt. Bij thuiswonenden moet het dan wel gaan om minderjarigen waarvan de ouder(s) voor minder dan de helft in het onderhoud bijdragen. Inkomsten uit bij voorbeeld alleen een vakantiebaan of een krantenwijk zijn onvoldoende. Indien de inkomsten van de thuiswonende onvoldoende zijn of indien het betreft een minderjarige die de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt en hij of zij heeft een geschil met de eigen ouders (daar gaat het hier om) wordt het inkomen en vermogen van de ouders niet in aanmerking genomen. De ouders zullen immers waarschijnlijk niet bereid zijn (mee) te betalen voor

de rechtsbijstand. In dat geval wordt alleen van het inkomen en het vermogen van de minderjarige uitgegaan.

De leden van de VVD-fractie vragen wie in het kader van artikel 250 een zaak onder de aandacht van de kantonrechter kan brengen. Evenals onder het huidige recht geschiedt de benoeming op verzoek van een belanghebbende of ambtshalve (artikel 960, tweede lid, Rv.; het daar bepaalde wordt bij tweede nota van wijziging overgebracht naar artikel 250). Tot de kring van belanghebbenden moet ook de minderjarige zelf gerekend worden. Het begrip belanghebbende is omschreven in het wetsvoorstel houdende herziening van het familieprocesrecht (Kamerstukken I 1993/94, 22 487, nr. 297). Om als belanghebbende aangemerkt te kunnen worden, moet degene rechtstreeks in zijn of haar rechten of verplichtingen geraakt worden. Het is niet voldoende als men zich betrokken voelt bij (sympathie opbrengt voor) een zaak.

De leden van deze fractie vragen hen te overtuigen van het belang van de artikelen 247, derde lid, en 249. Zij vrezen een verder juridificeren van de gezinssituatie.

Natuurlijk zijn ouders vrij hun kinderen naar eigen inzicht op te voeden. Sommige ouders zijn strenger dan andere en een kind zal het misschien niet altijd prettig vinden om te gehoorzamen, maar zal zich daarbij in de praktijk, al dan niet morrend, neerleggen. Daarbij hebben de artikelen 247, derde lid, en 249 niet het oogmerk de gezinssituatie verder te juridificeren, maar vast te leggen hetgeen in de praktijk als geldend in de relatie tussen ouder en kind aan de orde is. Het gezag van de ouder moet door een kind worden gerespecteerd. Maar van de ouders mag verwacht worden dat zij met de wensen en meningen van het kind rekening houden in de gevallen dat ervan mag worden uitgegaan dat het kind in staat mag worden geacht zich duidelijk een mening te vormen over de zaken die hemzelf aangaan.

In de praktijk spreekt dit zo vanzelf dat er weinig problemen te verwachten zijn. In die gevallen echter dat de relatie tussen ouders en kind zodanig is dat een ouder bij voorbeeld het steeds zelfstandiger wordende en steeds beter tot oordelen in staat zijnde kind eenzijdig zijn beslissingen blijft opleggen (er is met andere woorden geen discussie mogelijk), kan het recht een hulpmiddel vormen om een behoorlijk verstoorde relatie te herstellen. Daartoe kan dan gebruik gemaakt worden van de weg van een bijzondere curator.

In antwoord op de vraag naar rechtspraak waarop de formulering gebaseerd zou zijn wil ik, als voorbeeld, verwijzen naar een uitspraak van het Hof te Leeuwarden (NJ 1983, 135), waarbij de rechter besliste dat «De thans heersende opvatting is dat naar mate het kind ouder wordt aan hem in toenemende mate mondigheid toekomt. Hiervoor is nog geen wettelijke vorm gevonden, maar dit neemt niet weg dat de ouder zich mede heeft te richten naar die toenemende mondigheid. De macht van de ouder neemt naar haar inhoud in betekenis af naar mate het kind naar de volwassenheid toegroeit. Indien tussen ouder en kind een conflict is ontstaan is het dus niet zonder meer voor de oplossing van dit conflict bepalend welke het standpunt is van de ouder.» De artikelen 247, derde lid, en 249 zijn overigens mede geconcipieerd naar aanleiding van voorstellen van een zevental jeugdrechtsspecialisten in NJB 1975, afl. 4 en van de Raad voor het Jeugdbeleid (rapport Jeugd met recht, 1988, blzz. 77/78).

De leden van de VVD-fractie vragen ook of de figuur van de bijzondere curator de problemen waarmee het kind te maken heeft, niet te veel juridificeert en of niet beter bij voorbeeld het maatschappelijk werk een oplossing zou kunnen bieden. Juridificering bevordert de sfeer in het gezin niet, zo merken deze leden op. Ik ben er zeker voorstander van dat, daar waar het mogelijk is om gezinsconflicten buiten de rechter om op een goede manier op te lossen, van die mogelijkheid gebruik gemaakt wordt.

Dat is nu de praktijk en dat zal naar mijn oordeel onder de nieuwe regelgeving niet behoeven te veranderen. Soms lopen de belangen- tegenstellingen tussen ouder en kind evenwel zo hoog op dat een benoeming van een bijzondere curator aangewezen is. Ik noem als voorbeeld een geval dat een jongen tijdens zijn middelbare schoolop- leiding uitzonderlijk hoog scoort in de exacte vakken. Hij wil graag in Delft gaan studeren maar mag van zijn ouders alleen naar de Technische Hogeschool in de buurt van zijn woonplaats, omdat hij dan niet het ouderlijk huis uit hoeft. Ik zou me kunnen voorstellen dat in deze situatie een bijzondere curator wordt benoemd. Deze zal in het algemeen niet onmiddellijk een procedure starten, maar eerst proberen de tegenstelling tussen ouder en kind door bemiddeling uit de wereld te helpen. Indien dat niets oplost, kan aan een procedure gedacht worden. De voorlegging van het conflict aan een rechter is met andere woorden een uiterst redmiddel. Overigens prefereer ik deze gang van zaken boven een rechtstreekse eigen rechtsingang van het kind die naar mijn oordeel tot meer juridifi- cering van gezinsconflicten leidt dan de weg van de bijzondere curator.

De leden van de VVD-fractie geven aan niet gelukkig te zijn met de term «bijzondere curator». Deze term is overgenomen uit het huidige recht, waar in verband met de behartiging van de belangen van een minder- jarige door een ander dan een ouder in concrete gevallen, steeds gewag gemaakt wordt van de bijzondere curator. Deze figuur wordt dan ook niet nieuw ingevoerd. De taak van een bijzondere curator op grond van artikel 250 wordt wel uitgebreid. Daarbij gaat het er niet om dat deze figuur geen macht zou hebben. Hij kan na benoeming door de kantonrechter optreden in die gevallen dat er een belangentegenstelling tussen ouder en kind bestaat.

De leden van deze fractie benadrukken dat zij voorstander zijn van een eigen rechtsingang voor minderjarigen. Zij vragen op welke wijze en welke termijn het functioneren van de bijzondere curator zal worden geëvalueerd. Deze evaluatie zal plaatsvinden zodra er materiaal is waarop deze betrekking kan hebben. De meer uitgebreide taak voor de bijzondere curator zal ingevoerd kunnen worden zodra het onderhavige voorstel van wet in werking treedt.

De leden van de GPV-fractie verzoeken de regering dieper in te gaan op het schrappen van de bepaling dat het kind aan zijn ouders eerbied en ontzag verschuldigd is. Zij menen dat in het voorstel de gelijkwaardigheid in de relatie «gezaghebber» en «ontzaggever» onvoldoende tot uitdrukking komt en verzoeken te overwegen de huidige tekst van artikel 245, eerste lid, te handhaven.

In tegenstelling tot hetgeen de leden van deze fractie menen, wordt niet alleen de plicht van de ouder het kind te verzorgen en op te voeden expliciet genoemd. In artikel 249 wordt het kind verplicht rekening te houden met het gezag van de ouder (en met de belangen van andere gezinsleden). Op grond van deze bepaling dient het kind het correctierecht van ouders te accepteren en daarmee dus het gezag van de ouder te respecteren.

Het huidige artikel 245, eerste lid, dat niet alleen op minderjarige kinderen betrekking heeft, maar op ieder kind van welke leeftijd ook, geeft uitdrukking aan hetgeen behoort, maar is eigenlijk geen rechtsvoorschrift. Sanctionering van het voorschrift behoort dan ook niet tot de mogelijk- heden. Ik betwijfel of er in een Burgerlijk Wetboek van deze tijd wel voldoende behoefte bestaat aan een morele waarde als hier bedoeld. Dat neemt niet weg dat de strekking van deze waarde wordt onderschreven.

Handelingsonbekwaamheid

De leden van de VVD-fractie stellen een vraag naar de bewijslast- verdeling in verband met de veronderstelling van de toestemming van een ouder ter zake van het verrichten van rechtshandelingen door een

minderjarige, in die gevallen dat het een rechtshandeling betreft ten aanzien waarvan in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is dat minderjarigen van bepaalde leeftijd deze verrichten (artikel 234, derde lid).

In het meest voor de hand liggende geval wordt de minderjarige door zijn wederpartij bij de rechtshandeling gedagvaard tot nakoming. Omdat de minderjarige ook processueel onbekwaam is, dient de ouder van de minderjarige qualitate qua in de procedure tegen de minderjarige op te treden. De ouder kan in deze procedure een beroep doen op de onbekwaamheid van de minderjarige en het ontbreken van toestemming tot het verrichten van de specifieke rechtshandeling. Daartegenover kan de wederpartij bij de rechtshandeling aanvoeren dat het een rechtshandeling betreft ten aanzien waarvan het in deze maatschappij gebruikelijk is, mede gelet op de leeftijd van de minderjarige, dat deze door de jongen of het meisje zelf wordt verricht. Naar mijn mening zal het dispuut zich primair richten op de vraag of het standpunt van de wederpartij van de minderjarige dat toestemming mocht worden verondersteld bij deze rechtshandeling, juist is. In eerste instantie zal de wederpartij van de minderjarige hieromtrent het nodige moeten stellen en bewijzen.

Slaagt deze daarin niet, dan komt de vraag aan de orde of door de ouder uitdrukkelijk toestemming was verleend tot het verrichten van de rechtshandeling. Indien de ouder dat ontkent, zal de wederpartij met het nodige bewijs op tafel moeten komen.

3. Het instituut van de toeziende voogdij en van de toeziende curatele

De leden van de VVD-fractie vragen een overzicht van de taken en bevoegdheden van de voogd en van de medevoogd, die in het wetsvoorstel inzake de medevoogdij en de gezamenlijke voogdij (Kamerstukken II 1993/94, 23 714, nrs. 1-3) wordt geïntroduceerd, mede gelet op de voorgenomen afschaffing van de toeziende voogdij. In de eerste plaats verdient opmerking dat de voogd altijd een niet-ouder is ingevolge het onderhavige wetsvoorstel (artikel 245, derde lid). Dat geldt ook voor de medevoogd ingevolge de voorgestelde wijziging van artikel 245, derde lid, in wetsvoorstel 23 714. Verder komt in het onderstaande de gezamenlijke voogdij niet apart aan de orde, aangezien het dan gaat om twee voogden die gezamenlijk de voogdij uitoefenen. De medevoogd is altijd degene die samen met een ouder het gezag over de minderjarige uitoefent, maar die zelf niet de ouder is van een kind.

Voogdij omvat ingevolge artikel 245, tweede lid, de uitoefening van gezag over een minderjarig kind. De voogd (of de voogden bij gezamenlijke voogdij) draagt ingevolge artikel 336 zorg dat de minderjarige overeenkomstig diens vermogen wordt verzorgd en opgevoed. Evenals voor de ouder geldt voor de voogd dat verzorging en opvoeding onder andere impliceert de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamenlijk welzijn van het kind en het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid (artikel 248 j° 247, tweede lid). Ook artikel 247, derde lid, geldt ingevolge artikel 248 voor de voogd. Verder gelden de artikelen 249 (dat ziet op de plichten van de minderjarige tegenover de ouder of voogd) en artikel 250 (bijzondere curator) voor de voogd. Hij of zij is niet onderhoudsplichtig jegens het kind.

De medevoogd heeft dezelfde rechten en plichten inzake de uitoefening van het gezag jegens het kind als de ouder. Hij is, zolang de medevoogdij voortduurt, onderhoudsplichtig jegens het kind (artikel 253x van wetsvoorstel 23 714).

Een toeziende voogd oefent naar huidig recht geen gezag uit. Hij ziet toe op de uitoefening van de voogdij en heeft daartoe een beperkt aantal bevoegdheden. In het algemeen impliceren deze bevoegdheden geen mogelijkheid tot rechtstreekse gezagsuitoefening. Alleen in het geval van strijdigheid van belangen tussen de voogd en het kind, neemt de

toezieende voogd de belangen van het kind waar. Een geschil tussen ouder en kind over de opvoeding betekent nog niet dat er strijdigheid bestaat tussen de belangen van de ouder en het kind. De positie van een toezieende voogd is dan ook onvergelijkbaar met die van een medevoogd of die van twee voogden die gezamenlijk het gezag uitoefenen.

De leden van de VVD-fractie vragen, gelet op de afschaffing van de toezieende voogdij, naar een standpunt over de suggestie om een voor het kind vertrouwde (aan)verwant aan te wijzen die kan bemiddelen in geschillen tussen ouder en kind over de opvoeding. Deze zou de plaats kunnen innemen van de toezieende voogd. De toezieende voogd kan immers iemand zijn op wie het kind een beroep kan doen en met wie het kind een emotionele en vertrouwensband kan opbouwen.

Een persoon tot wie het kind zich kan wenden als het problemen met de ouder heeft en een andere ouder (of een medevoogd) om wat voor reden dan ook ontbreekt, kan voor het kind heel goed zijn. Dat kan de toezieende voogd zijn, maar bij voorbeeld ook een huisvriend, een goede vriendin van de moeder, of bij voorbeeld de vroegere oppas van de kinderen. Het zou ook de peetoom of peettante kunnen zijn. De terughoudendheid die de leden van de VVD-fractie hierboven onder punt 2 (inhoud en omvang van het gezag) tonen, waar het gaat om mogelijke juridificering van de verhoudingen tussen ouders en kinderen, is naar mijn oordeel ook voor deze situatie relevant. Het lijkt mij dat zoveel mogelijk voorkomen moet worden dat geschillen over de opvoeding tussen ouder en kind langs juridische weg zouden moeten worden opgelost. Indien de vertrouwenspersoon voor het kind een juridische positie zou moeten krijgen – hetgeen impliceert dat aan hem of haar ook bevoegdheden en plichten moeten worden toegekend – is het gevaar dat een niet-juridisch geschil op de spits wordt gedreven en verwordt tot een juridisch geschil, groot. Daarom ben ik van oordeel dat, hoe goed het ook kan zijn dat het kind iemand anders dan de ouder of de medevoogd heeft tot wie het zich kan wenden bij mogelijke problemen met de ouder of de medevoogd, een speciale positie in juridisch opzicht niet nodig en niet gewenst is.

4. Gezamenlijk gezag door de ouders na echtscheiding, ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed en na scheiding van tafel en bed (artikel 251, tweede lid)

De leden van de CDA-fractie houden aarzeling een relatie waarin allerlei zaken als omgang, informatieverstrekking dan wel de financiën niet onderling geregeld kunnen worden, «geschikt te verklaren» voor het laten voortduren van het gezag na scheiding.

Het lijkt mij dat onderscheid gemaakt moet worden tussen enerzijds het verzoek van ouders, die gezamenlijk het gezag willen blijven uitoefenen, om onderling gemaakte afspraken (waarover zij het onderling eens zijn) in een beschikking vast te leggen, opdat mogelijke problemen voor de toekomst worden voorkomen en opdat een executoriale titel beschikbaar is in het bijzonder in verband met de alimentatie voor de kinderen. Deze ouders kunnen zeer wel in staat zijn gezamenlijk het gezag over hun kinderen uit te oefenen. Anderzijds ben ik het met de leden van de CDA-fractie eens dat ingeval de ouders het zowel over de financiën als over de omgang en de informatieverstrekking niet eens zijn, het niet waarschijnlijk is dat de gezamenlijke gezagsuitoefening een succes zal zijn. In dergelijke gevallen is het onwaarschijnlijk dat het verzoek tot gezamenlijke gezagsuitoefening van beide ouders afkomstig zal zijn. Een eensluidend verzoek is volgens artikel 251, tweede lid al een eerste voorwaarde. Daarnaast biedt artikel 251, tweede lid, de mogelijkheid het verzoek tot gezamenlijke gezagsuitoefening af te wijzen, indien de vrees gerechtvaardigd is dat de belangen van het kind in de knel zouden komen.

6. Gezamenlijk gezag van ongehuwde ouders die nimmer met elkaar gehuwd geweest zijn (artikel 252)

De leden van de CDA-fractie voelen zich niet goed in staat om een oordeel te geven over artikel 252 door het ontbreken van de nieuwe regeling met betrekking tot het afstammingsrecht. Voor een oordeel over artikel 252 achten zij het nodig te weten wie als «ouders» in de zin van dat artikel gelden.

De moeder en vader van een kind zijn de ouders ingevolge het huidige en ook volgens het wetsvoorstel inzake de herziening van het afstammingsrecht dat voor advies bij de Raad van State ligt. Moeder van het kind is – naar huidig en nieuw recht – de vrouw die het kind heeft gebaard of die het kind heeft geadopteerd. Vader van het kind is – naar huidig en nieuw recht – de echtgenoot van de moeder of de gewezen echtgenoot, indien het kind binnen 306 dagen na de ontbinding van het huwelijk is geboren, degene die het kind heeft erkend of degene die het kind heeft geadopteerd.

Voor het geval van verkrijging van gezamenlijk gezag als bedoeld in artikel 252 gaat het niet om de gevallen van huwelijk of adoptie. Het gaat om de situatie dat de ouders niet gehuwd zijn en ook nimmer met elkaar gehuwd geweest zijn. Ouders zijn degenen die in familierechtelijke betrekking tot hun kind staan (de vader en de moeder). De moeder staat dat door de geboorte van het kind uit haar. De vader kan in dit geval in familierechtelijke betrekking tot het kind komen te staan door erkenning. Uitgangspunt voor erkenning is de biologische band tussen de man (de natuurlijke vader) en het kind.

Eén van de voorwaarden voor een beroep op artikel 252 is het zijn van ouder in de juridische betekenis van het woord. «Hun kinderen» in artikel 252 zijn dan ook de kinderen tot wie de ouders in familierechtelijke betrekking staan. Aan de griffier die de aantekening verricht, zal dit moeten blijken. Daartoe zullen de ouders een afschrift (of eventueel een uittreksel) van de geboorteakte van het kind, waarover zij gezamenlijk het gezag wensen uit te oefenen aan de griffier moeten kunnen overleggen.

De leden van de CDA-fractie vinden de eisen, gesteld in artikel 252 vooralsnog onvoldoende, omdat er geen toets op de kwaliteit van de relatie als voorwaarde is opgenomen. Zij zijn van oordeel dat weliswaar bij het huwelijk die toets ook niet geldt, maar dat tussen echtgenoten onderling rechten en plichten bestaan (die ook het belang van het kind dienen) die voor ongehuwd samenlevenden niet gelden.

Met de belangen van het kind wordt door een tweetal in artikel 252 reeds gestelde voorwaarden rekening gehouden. In de eerste plaats betreft dit de zoëven besproken eis dat het kind in familierechtelijke betrekking tot beide ouders dient te staan. Daaruit vloeit voort dat zowel de moeder als de vader rechten en verplichtingen tegenover het kind hebben. Vaak zal daarnaast de moeder als ouder het gezag uitoefenen over het kind en uit dien hoofde blijkens de ook voor haar geldende artikelen 245 tot en met 250 van dit wetsvoorstel rechten en verplichtingen tegenover het kind hebben. De moeder is jegens het kind onderhoudsplichtig op grond van titel 17 Boek 1 B.W. De vader is dat ook uit hoofde van zijn juridisch vaderschap. Verder blijkt uit het feit dat de vader samen met de moeder het verzoek tot gezamenlijk gezag doet in de eerste plaats dat de moeder ermee instemt dat zij het gezag met de vader zal delen. In de tweede plaats blijkt daaruit dat de vader ook de rechten en plichten die uit de gezagsuitoefening voortvloeien, op zich wil nemen. Deze voorwaarden acht ik tezamen noodzakelijk en samen met de voorwaarden van artikel 252, tweede lid, ook voldoende om gezamenlijke gezagsuitoefening mogelijk te doen zijn.

Daarbij komt nog het volgende. Naar huidig jurisprudentierecht is het mogelijk dat ouders die in familierechtelijke betrekking tot het kind staan, een verzoek aan de kantonrechter richten tot verkrijging van gezamenlijk

gezag. Naar de letter van de uitspraak van de Hoge Raad hierover moet de kantonrechter nagaan of het belang van het kind zich niet tegen de gezamenlijke gezagsuitoefening verzet en of een goede onderlinge verstandhouding nodig voor de gezamenlijke uitoefening van het gezag aannemelijk is. De praktijk laat zien dat een deel van de kantonrechters dergelijke verzoeken schriftelijk afdoet. Ander onderzoek dan naar de voorwaarden welke uit het afschrift of uittreksel van de geboorteakte en uit een uittreksel uit het voogdijregister blijken wordt niet gedaan. Een ander deel van de kantonrechters stelt het op prijs als de ouders «even komen». Ter zitting volgt een kort gesprek dat niet te kwalificeren valt als een toets op de goede onderlinge verstandhouding (de kwaliteit van de relatie). Ouders kwalificeren dit als een «uitje».

Een toets op de kwaliteit van de relatie is, gelet op de invulling die nu wordt gegeven aan de eisen die de Hoge Raad stelt, moeilijk te realiseren. Dit zou uitgebreid onderzoek vergen, waarbij vooraf bepaalde, maar moeilijk te formuleren maatstaven als uitgangspunt zouden moeten gelden.

Over het aangekondigde voorstel met betrekking tot de erkenning door een gehuwd man, waarover de leden van de CDA-fractie een opmerking maken, zal in het kader van het wetsvoorstel herziening van het afstammingsrecht zinvol verder gesproken kunnen worden.

De leden van de VVD-fractie vragen naar de gang van zaken als niet met elkaar gehuwde ouders die het gezag over hun kind gezamenlijk uitoefenen, uit elkaar gaan. Ingevolge artikel 253n kunnen zowel de ouders gezamenlijk als ook ieder van hen afzonderlijk de rechter verzoeken de gezamenlijke gezagsuitoefening te beëindigen in het licht van de gewijzigde omstandigheden. De wijziging van omstandigheden bestaat er immers in dat de ouders hun onderlinge relatie hebben beëindigd. Evenals bij scheiding is het ook nu de rechter die hierover beslist.

7. Omgang en informatie (titel 15)

De leden van de PvdA-fractie waren verbaasd dat via nota van wijziging betreffende artikel 377f de bezwaren van het kind tegen omgang met anderen dan de ouders minder zwaar lijken te kunnen worden gewogen dan ingeval van omgang met een ouder.

Het was niet de bedoeling van de wijziging van artikel 377f dat de bezwaren van het kind minder zwaar zouden worden gewogen, maar dat er een beoordelingsruimte voor de rechter wordt gecreëerd om de bezwaren van het kind te kunnen wegen. Een dergelijke weging van bezwaren van het kind is, zij het op andere wijze, ook aanwezig in artikel 377a, derde lid, onder c, aangezien niet alle bezwaren van het kind doorslaggevend zijn voor weigering van de omgang, maar ernstige bezwaren van het kind.

Indien het enkele bezwaar van het kind luidt dat het geen zin heeft om eens in de drie weken op een middag een paar uur naar oma te gaan, moet er een mogelijkheid voor de rechter zijn om aan een dergelijk bezwaar voorbij te gaan. In de oorspronkelijke formulering waar stond dat de rechter het verzoek afwijst (...) indien het kind, dat twaalf jaar of ouder is, bezwaar maakt, zou naar de letter genomen ieder bezwaar van het kind leiden tot afwijzing van het verzoek. Zoals hierboven aangegeven, kan dat niet de bedoeling van de regeling zijn. De ratio van de bij nota van wijziging voorgestelde wijziging is hierin gelegen en niet in het feit dat het kind niet meer serieus genomen zou worden.

Ik ben het met de leden van de CDA-fractie eens dat contact tussen ouders en kinderen iets wezenlijks betreft en dat dit ertoe noopt dat in de gevallen dat deze contacten problemen opleveren, grote inspanningen nodig zijn om contacten met een ouder of met beide ouders (weer) op gang te brengen. In de praktijk zijn de inspanningen er ook op gericht om zoveel als mogelijk contacten toch tot stand te brengen. Dat het recht

daarbij in een zeer beperkt aantal gevallen geen uitkomst kan bieden, gelet op de zeer verstoorde verhoudingen tussen ex-echtgenoten, betekent naar mijn oordeel niet dat het recht tekortschiet.

In de praktijk komt het voor dat bij het frustreren van een omgangsregeling door de ouder die daarvan de dupe is, primair voogdijwijziging wordt verzocht en subsidiair bij voorbeeld wijziging van de omgangsregeling. In de praktijk ook wordt wel gedreigd met voogdijwijziging als een ouder stelselmatig en zonder goede redenen een omgangsregeling boycot.

Tot de elementen van een goede gezagsuitoefening als ouder kan worden gerekend het loyaal meewerken aan de uitvoering van een omgangsregeling en het stimuleren van het kind tot instandhouding van de contacten met de andere ouder. De vraag kan dan ook worden gesteld of het zonder zwaarwegende redenen frustreren van een omgangsregeling, een gezagswijziging rechtvaardigt. Zijn er onvoldoende zwaarwegende redenen voor het weigeren van de omgang dan zal naar mijn oordeel daarnaast ook nog moeten worden afgewogen of een ingrijpende verandering van de leefsituatie van het kind die met een wijziging van het gezag gepaard gaat, wordt gerechtvaardigd door de houding van de ouder die de omgang frustreert.

Een voogdijwijziging moet immers ook overigens in het belang van het kind zijn. Dit belang blijft doorslaggevend, zoals ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van voogdijwijziging naar voren komt (HR 12 februari 1981, NJ 237 en HR 8 januari 1988, NJ 857). In deze beide uitspraken overweegt de Hoge Raad dat aan de hand van de mogelijkheden die ieder der ouders te bieden heeft moet worden beoordeeld of de verzochte voogdijwijziging in het belang van het kind is.

Bij de beoordeling van het belang van het kind zal de rechter, zo vervolgt de Hoge Raad, tevens rekening moeten houden met mogelijke nadelen die voor het kind verbonden kunnen zijn aan een in zijn feitelijke leefsituatie optredende verandering die van een wijziging in het gezag het gevolg zal zijn.

Het gaat er dan ook niet om of de ouder ondanks het frustreren van de omgang tot verzorging in staat is, het gaat erom of het belang van het kind gediend is met voogdijwijziging, waarbij zoals hierboven is aangegeven de verandering in de leefsituatie mogelijk nadelig voor het kind zou kunnen zijn.

Ik kom tot de conclusie dat voogdijwijziging als dwangmogelijkheid bij het frustreren van een omgangsregeling alleen werking kan hebben en in de huidige praktijk ook zo wordt gehanteerd, als de voogdijwijziging op zichzelf in het belang van het kind is.

De leden van de CDA-fractie vragen vervolgens waarom in het kader van de informatieverschaffing door derden, die zij overigens positief beoordelen, niet volstaan kan worden met het belang van het kind als weigeringsgrond. Als het moet gaan om zwaarwegende belangen kan dit het risico inhouden dat het kind toch lijdt onder de informatieverschaffing door derden. Bovendien vrezen deze leden interpretatieproblemen ten aanzien van het begrip zwaarwegende belangen.

De regeling voor de informatie van derden kent verschillende beperkingen. In de eerste plaats geldt de regeling alleen voor derden die beroepshalve over informatie over het kind beschikken, dus bij voorbeeld niet voor een familielid. In de tweede plaats behoeft de informatie niet uit eigen beweging door de derde te worden verstrekt, maar zal er in het algemeen een concrete vraag van de niet met het gezag belaste ouder aan ten grondslag moeten liggen. In de derde plaats behoeft de derde de informatie niet te verstrekken als hij die ook niet zou verstrekken aan de met het gezag belaste ouder (op grond van zijn beroepsgeheim). In de vierde plaats moet het belangrijke informatie over het kind betreffen. In de vijfde plaats betreft het informatie over de persoon van het kind en zijn

verzorging en opvoeding en in het algemeen dus geen informatie die het eventuele vermogen van het kind betreft.

Ten slotte wordt de informatie niet verstrekt als zwaarwegende belangen van het kind zich daartegen verzetten. Als de vijf hiervoor genoemde beperkingen geen problemen opleveren, ben ik van oordeel dat niet te gemakkelijk gezegd moet kunnen worden dat het niet in het belang van het kind is dat de informatie wordt verstrekt. Ik vrees bij verruiming van het criterium «zwaarwegende belangen» dat daarop snel een beroep wordt gedaan en de ouder die niet met het gezag is belast (en die misschien het kind maar weinig ziet) van belangrijke informatie over hem of haar verstoken blijft. Ik besef zeer wel dat het ook voor derden moeilijk kan zijn om te bepalen of er gegronde redenen zijn, ontleend aan de belangen van het kind, om de informatie niet te verschaffen.

Uitgangspunt is evenwel dat, indien de vijf hierboven aangegeven beperkingen geen opgeld doen, de informatie wordt verschaft. Zou het kind in de knel komen door de informatieverschaffing dan kan dit anders liggen.

Het uiteindelijke oordeel over wat het begrip «zwaarwegende belangen» inhoudt, is voorbehouden aan de rechter (artikel 377c, tweede lid).

De leden van de VVD-fractie vragen op welke wijze en door wie aan de ouder die niet met het gezag is belast, wordt medegedeeld dat verschaffing van informatie en consultatie niet in het belang van het kind is.

Verder willen zij weten of de grondslag is afwezigheid van het belang van het kind of strijd met dat belang.

Blijkens artikel 377b, eerste lid, is de ouder die alleen met het gezag is belast gehouden de andere ouder informatie te verschaffen over belangrijke aangelegenheden die het kind betreffen en gehouden deze andere ouder daarover te raadplegen. Dat betekent dat die ouder niet heeft te oordelen of de informatie aan en consultatie van de andere ouder al dan niet in het belang van het kind is. Aan artikel 377b ligt ten grondslag dat de andere ouder belang kan hebben bij informatie over het kind en bij consultatie en dat hij of zij, omdat hij ouder is, daarop recht heeft. Verder veronderstelt de wet dat deze informatieverschaffing in het belang van het kind is. De rechter beoordeelt zo nodig of informatieverschaffing dan wel consultatie achterwege moet blijven, omdat het belang van het kind dat eist (artikel 377b, tweede lid).

Grondslag voor deze beoordeling is niet de afwezigheid van het belang van het kind, maar strijd met het belang van het kind.

Over rechterlijke uitspraken over de regeling van het gezag en de omgang bij scheiding is door het WODC begin tachtiger jaren een dossieronderzoek gedaan (zie WODC-rapport, nr. 84, Ministerie van Justitie 1987). In ongeveer 12% van alle scheidingszaken waarbij minderjarige kinderen betrokken zijn, wordt in een beschikking een omgangsregeling vastgelegd. In 3% betreft dit een door ouders onderling overeengekomen omgangsregeling. In 7% betreft dit een regeling waarmee beide ouders uiteindelijk kunnen instemmen en in 2% is een regeling vastgesteld die niet de instemming van beide ouders heeft. Over de totstandkoming van bezoeksregelingen na scheiding is ook in het begin van de tachtiger jaren door J. Griffiths en E.G.A. Hekman onderzoek gedaan (zie het onderzoeksverslag, Coördinatiecommissie wetenschappelijk onderzoek kinderbescherming, augustus 1985). Specifiek over problemen bij de nakoming van omgangsregelingen is geen onderzoek gedaan. Gelet op de hierboven vermelde gegevens kan relatief gezien het aantal problematische omgangsregelingen niet erg groot zijn. Naar aanleiding van de vraag van de leden van de VVD-fractie of ik bereid ben dergelijk onderzoek te bevorderen, merk ik op dat het nog niet duidelijk is wat het doel zou moeten zijn van nieuw onderzoek naar de uitvoering van omgangsregelingen. Er bestaat redelijk zicht op de problemen die zich bij de uitvoering kunnen voordoen. Er bestaat ook redelijk zicht op de

mogelijkheden en onmogelijkheden in dit verband van het gebruik van (juridische) middelen om het recht op omgang te effectueren. In dit licht heeft een onderzoek als voorgesteld, mede gelet op de keuzes die moeten worden gemaakt, omdat niet al het onderzoek dat op zichzelf interessant zou kunnen zijn, verricht kan worden, geen hoge prioriteit.

De leden van de VVD-fractie vragen vervolgens hoe de rechtspositie van de grootouders is ten aanzien van omgang met hun kleinkind, over wie door schoondochter of schoonzoon de voogdij wordt uitgeoefend. Ingevolge artikel 377f kunnen de grootouders verzoeken een omgangsregeling met hun kleinkind vast te stellen. Zij zijn ontvankelijk in een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling, indien zij in een nauwe persoonlijke betrekking tot hun kleinkind staan. Dat kan bij voorbeeld het geval zijn als zij regelmatig voor hun kleinkind zorgden (bij voorbeeld als oppas in de werktijd van beide ouders) of als zij zeer regelmatige en intensieve contacten met hun kleinkind onderhielden. Deze voorwaarde voor ontvankelijkheid sluit aan bij rechtspraak van de Hoge Raad hierover (HR 15 mei 1987, NJ 1988, 654). Zijn de grootouders ontvankelijk in hun verzoek dan kan het verzoek worden afgewezen indien het belang van het kleinkind zich tegen omgang verzet of dit kind daartegen bezwaar maakt. Een omgangsregeling kan bij voorbeeld inhouden dat eens in de twee of drie weken het kleinkind een middag naar de grootouders gaat.

Overigens kan vanzelfsprekend het kleinkind in het kader van de omgang met de ouder die niet het gezag heeft (in dit geval de zoon of dochter) bij de grootouders op bezoek gaan. In de praktijk gebeurt dat regelmatig.

Er zijn zeker gevallen bekend uit de gepubliceerde jurisprudentie van verzoeken tot vaststelling van een omgangsregeling tussen anderen dan de ouders met een kind. Hierboven is al verwezen naar jurisprudentie van de Hoge Raad inzake omgang met grootouders. Gewezen kan ook worden op de rechtspraak over de omgang met de natuurlijke vader, de verwekker, van een kind, zoals HR 10 november 1989, NJ 1990, 628 en HR 24 april 1992, NJ 1992, 478. Zie voor een geval waarin de ex-vriendin van de moeder van een kind, dat in overleg tussen beide vriendinnen toen de relatie nog goed was, bij een van beiden is verwekt, een omgangsregeling wenste: HR 5 december 1986, NJ 1987, 957. Uit lagere jurisprudentie is bij voorbeeld het geval bekend van een omgangsregeling tussen twee minderjarige zusjes (Rb. Breda, 30 mei 1991, NJ 1992, 451).

De leden van de VVD-fractie vragen vervolgens naar de verhouding tussen het aantal moeders en het aantal vaders aan wie kinderen bij echtscheiding worden toegewezen. In Nederland werd begin tachtiger jaren in 89% van de gevallen de moeder met het gezag na scheiding belast en in de overige gevallen de vader. Dit cijfer is een gemiddelde. Over jongere kinderen krijgen moeders vaker het gezag dan het gemiddelde dat hier is aangegeven. Bij oudere kinderen krijgen vaders vaker het gezag dan hier is aangegeven. Het geslacht van de kinderen maakt voor de toewijzing van het gezag niet uit. Opmerking verdient dat deze cijfers dateren van voor de door de jurisprudentie gecreëerde mogelijkheid van gezamenlijk gezag na scheiding. Over de verhoudingen in andere EG-landen zijn mij geen gegevens bekend.

Ten slotte vragen de leden van de VVD-fractie in verband met de informatievervalsing door derden voor wie het beroepsgeheim geldt.

In artikel 377c wordt als beperking op de informatievervalsing door een derde die beroepshalve over belangrijke informatie over het kind beschikt, onder andere aangegeven dat de vervalsing achterwege blijft als deze ook niet zou plaatsvinden aan de ouder die het gezag over het kind alleen uitoefent. In dat geval houdt de desbetreffende persoon de informatie die het kind hem of haar in zijn functie heeft toevertrouwd voor zich. Zo zullen de mededelingen die het kind van vijftien jaar in vertrouwen aan zijn advocaat doet, op grond van zijn beroepsgeheim niet aan zijn ouders (wel of niet met het gezag belast) worden verstrekt.

Een kind van zestien jaar of ouder is bekwaam tot het maken van een testament (artikel 944 Boek 4 B.W.). De notaris zal de mededelingen die een minderjarige die ten overstaan van hem in dergelijk verband doet, niet aan zijn ouders mededelen, ongeacht of deze wel of niet met het gezag belast zijn. Deze voorbeelden zijn uiteraard met andere uit te breiden.

De leden van de GPV-fractie vragen aandacht voor de relatie van het recht op omgang van de verwekker, die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, voorgesteld in het onderhavige wetsvoorstel met het wetsvoorstel inzake de donorgegevens kunstmatige inseminatie (Kamerstukken II 1992/93, 23 207, nr. 2).

Allereerst dient een misverstand in verband met wetsvoorstel 23 207 uit de weg te worden geruimd. Het kind van twaalf jaren of ouder kan de persoonsidentificerende gegevens van de donor niet verkrijgen. Daartoe dient het kind zestien jaar of ouder te zijn volgens wetsvoorstel 23 207. In het algemeen worden in de praktijk ten aanzien van deze oudere kinderen geen omgangsregelingen meer vastgesteld. Zij maken zelf uit of en zo ja, hoe vaak er omgang met de ander zal zijn. Een kind van die leeftijd wordt niet meer gehaald en gebracht en kun je moeilijk meer dwingen om een vastgestelde omgangsregeling van bij voorbeeld eens in de veertien dagen een weekend stipt na te komen. In de praktijk gaat het erom dat deze kinderen gestimuleerd blijven worden de ander(e) ouder) te bezoeken.

Het is dan ook niet waarschijnlijk dat ten aanzien van het kind van zestien jaar dat de persoonsidentificerende gegevens van de donor heeft verkregen en tussen wie en de donor een affectieve relatie groeit (dat laatste kost ook tijd) nog een omgangsregeling door de rechter wordt vastgesteld.

Afgezien van de praktische kant van de zaak wordt een donor in het algemeen niet als verwekker aangemerkt. De verwekker is degene die de daad van verwekking heeft verricht en dat kan van de donor niet gezegd worden. In het nieuwe wetsvoorstel houdende herziening van het afstammingsrecht en van de regeling van de adoptie dat voor advies naar de Raad van State is gezonden, is ook uitdrukkelijk bepaald dat de donor niet als verwekker wordt aangemerkt. Dat betekent dat artikel 377f de donor uitsluit, behoudens in het geval de donor als pleegouder kan worden aangemerkt (dan is hij degene die anders dan als ouder gedurende ten minste een jaar het kind als behorende tot zijn gezin heeft verzorgd en opgevoed).

8. De bevoegde rechter

De leden van de CDA-fractie blijven de keuze voor de kantonrechter als de bevoegde rechter in bepaalde zaken niet juist vinden. Inhoudelijke argumenten verliezen het hier van financiële argumenten.

Ik merk op dat het niet zozeer gaat om een keuze voor de kantonrechter als wel om het niet wijzigen van de absolute competentie in zaken waarin ook nu al de kantonrechter de bevoegde rechter is. Het gaat hier om de zaken waarvoor een specialisatie als die van de kinderrechter bij de rechtbank geen absoluut vereiste is. De reden die de leden van de CDA-fractie noemen, namelijk de gevoeligheid van de zaken, is naar mijn oordeel betrekkelijk. Zo is de benoeming van een bijzondere curator door de kantonrechter een kwestie die niet om redenen van specialisatie en gevoeligheid dwingend door de rechtbank zou moeten geschieden. Weigering van een aantekening van gezamenlijke gezagsuitoefening door ouders die niet met elkaar gehuwd zijn en dat ook nimmer geweest zijn wegens onbevoegdheid tot het gezag anders dan door minderjarigheid of ondercuratelestelling, is geen zaak met een zo gevoelig karakter dat om die reden de kinderrechter daarover zou moeten beslissen. Zo is ook de verkrijging van het gezag door de moeder die ten tijde van de geboorte

van haar kind daartoe onbevoegd was, als op het moment dat zij bevoegd is geworden een ander met het gezag is belast, een kwestie die ook nu door de kantonrechter wordt beslist (artikel 287 huidig recht, artikel 253b wetsvoorstel). Hetzelfde geldt voor verzoeken van de vader tot verkrijging van het gezag anders dan na scheiding (artikel 288 huidig recht, artikel 253c). Er is ook niet gebleken dat de kantonrechter hiertoe onvoldoende deskundig is en dat de gevoeligheid van de zaak ertoe zou moeten leiden dat de rechtbank de bevoegde rechter wordt.

Deze voorbeelden kunnen met andere worden aangevuld.

9. Deregulering

Het gestelde op pagina 32 van de memorie van antwoord inzake het gemis aan gegevens over het aantal verzoeken tot benoeming van toezienende voogden en toezienende curatoren, namelijk dat daarover geen gegevens voorhanden zijn, betreft niet gegevens met betrekking tot gezags- en omgangszaken. Over deze zaken en over jeugdbeschermingszaken worden gegevens verzameld door het Centraal Bureau voor de Statistiek. Jaarlijks verschijnt de publicatie «Burgerlijke en administratieve rechtspraak» van dit Bureau, waarin de gegevens als door de leden van de VVD-fractie bedoeld, zijn opgenomen.

II. ARTIKELEN

Artikel I

Artikelen 253b, c, d en e

De leden van de VVD-fractie vragen naar de rechtspraktijk van verzoeken van moeders die ten tijde van de geboorte van het kind onbevoegd zijn tot de voogdij en die, eenmaal bevoegd tot het gezag, verzoeken om daarmee te worden belast.

De onbevoegdheid tot de voogdij van deze moeders vloeit meestal voort uit het feit dat zij minderjarig zijn. Totdat zij meerderjarig zijn geworden (dat wil zeggen de achttienjarige leeftijd hebben bereikt dan wel eerder in het huwelijk zijn getreden), zou als niet in het gezag wordt voorzien, het gezag «openstaan», hetgeen onwenselijk is. In deze gevallen wordt daarom een ander belast met het gezag (bij voorbeeld een grootouder of de vader van het kind).

Sinds 1 november 1993 geldt echter ook artikel 291a Boek 1 B.W. (in dit wetsvoorstel is dat artikel 253ha) dat voorziet in de meerderjarigverklaring van de minderjarige moeder, juist met het oog op de gezagsuitoefening door de moeder over haar kind. Een verzoek tot meerderjarigverklaring kan al voor de bevalling aan de kinderrechter worden gedaan.

In het kader van de meerderjarigverklaring, geldt als criterium voor de rechter dat hij de verkrijging van het gezag door de moeder in het belang van het kind wenselijk moet oordelen.

Is het gezag voor de meerderjarigheid open blijven staan, dan verkrijgt de moeder van rechtswege het gezag op het moment dat zij bevoegd tot het gezag wordt (in het algemeen: meerderjarig wordt).

Is op het tijdstip van haar meerderjarigheid een derde met het gezag belast dat wordt het verzoek van de moeder in principe ingewilligd, tenzij er gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind verwaarloosd worden. Zo zou het gevaar voor verwaarlozing van het kind door een drugsverslaafde jonge moeder die een verzoek tot verkrijging van het gezag doet, kunnen leiden tot afwijzing van het verzoek.

Indien intussen de vader van het kind met het gezag is belast, wordt een ander criterium gehanteerd voor inwilliging van het verzoek van de moeder: in dat geval moet de kantonrechter inwilliging in het belang van

het kind wenselijk oordelen. Uit het verschil in beoordeling ingeval een derde met het gezag is belast en ingeval de andere ouder met het gezag is belast, kan een voorkeur geproefd worden voor de gezagsuitoefening door een ouder. Bij een verzoek tot overgang van het gezag van de ene naar de andere ouder is het belang van het kind doorslaggevend. Daarbij zal een rol kunnen spelen dat deze overgang voor het kind kan betekenen dat zijn leefsituatie ingrijpend verandert. Uitgangspunt bij de beoordeling is dat beide ouders in principe geschikt zullen zijn voor de uitoefening van het gezag. Het gaat er niet om dat de een het een beetje beter doet dan de ander. Uiteraard kan dit anders liggen in buitengewone omstandigheden, zoals in het geval dat een van beiden drugsverslaafd zou zijn.

Artikelen 253 j en k

Artikel 253j stemt overeen met het huidige artikel 248 Boek 1 B.W. Indien de minderjarige een vordering tot schadevergoeding wegens slecht bewind van de ouders instelt, moet hij vertegenwoordigd worden door een bijzondere curator of door de opvolger van de ouders in het bewind. Na de meerderjarigheid kan het meerderjarig geworden kind zelf de vordering instellen. De ouders die aansprakelijk zijn voor slecht bewind, zijn verplicht tot het doen van rekening en verantwoording van hun bewind, opdat degene die aansprakelijkheid stelt, ook in de gelegenheid komt, dit aan te tonen.

Artikel 253l

De leden van de VVD-fractie vroegen in het voorlopig verslag of bij het bepalen van subsidies rekening wordt gehouden met de verplichting van het kind naar draagkracht bij te dragen in de kosten van de huishouding van het gezin, indien het kind bij de ouder inwoont en anders dan incidenteel inkomsten uit arbeid geniet. Bij de bepaling van de hoogte van de huursubsidie wordt met het inkomen van een kind rekening gehouden, voor zover dit een bedrag van 9000 gulden aan belastbaar inkomen te boven gaat. Bij de bepaling van de hoogte van de studiefinanciering wordt geen rekening gehouden met de in Boek 1 B.W. opgenomen verplichting naar draagkracht bij te dragen in de kosten van de huishouding. Studiefinanciering wordt niet beschouwd als inkomsten uit arbeid van het kind.

De Minister van Justitie,
A. Kosto