

Vergaderjaar 1992–1993

23 012

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

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

Inhoudsopgave

I.	ALGEMEEN	2
1.	Inleiding	2
2.	Systematiek van het wetsvoorstel	4
3.	De commentaren op het concept-wetsvoorstel inzake gezag en omgang	5
4.	Inhoud en omvang van het gezag	10
5.	Het instituut van de toeziende voogdij en van de toeziende curatele	14
6.	Gezamenlijk gezag door de ouders na echtscheiding, ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed en na scheiding van tafel en bed	17
7.	Eenhoofdig ouderlijk gezag na echtscheiding, ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed en na scheiding van tafel en bed	20
8.	Gezamenlijk gezag door ongehuwde ouders die nimmer met elkaar gehuwd zijn geweest	22
9.	Omgang en informatie	25
10.	De bevoegde rechter	30
11.	Deregulering	31
II.	ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING	35

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

In de toelichting bij de Justitiebegroting voor het jaar 1986 (kamerstukken 19 200, hoofdstuk VI, nr. 2, p. 26 en 28) is medegedeeld dat in voorbereiding is een wetsvoorstel waarin zowel het gezag na echtscheiding als het gezag in situaties dat er nooit een huwelijk is geweest, zullen worden geregeld. In het kader hiervan is over bedoelde materie eerst een concept-wetsvoorstel opgesteld, getiteld nadere regeling van de ouderlijke zorg voor minderjarige kinderen en van de omgang, dat in 1986 met toelichting aan een aantal in de volgende paragraaf te noemen adviesinstanties is toegezonden. Vervolgens is op basis van dit concept-wetsvoorstel en na bestudering van de op het concept-wetsvoorstel ontvangen commentaren het onderhavige voorstel van wet opgesteld. Op de aan de vorige bewindslieden van Justitie uitgebrachte adviezen terzake wordt in het hiernavolgende teruggekomen. Inhoudelijk wijkt het voorliggende voorstel van wet in zoverre af van het eerdergenoemde concept-wetsvoorstel dat daarin het instituut van de toeziende voogdij (en in lijn daarmee, dat van de toeziende curatele) niet meer voorkomen. In paragraaf 1.3 en 1.5 zal nader worden ingegaan op de redenen die aan het voorstel tot het laten vervallen daarvan ten grondslag liggen.

In hoofdzaak bevat de ontwerpregeling de volgende punten:

- Alle bepalingen betreffende het gezag over minderjarige kinderen, die nu in twee titels zijn opgenomen, te weten titel 14 (ouderlijke macht) en titel 15 (voogdij), worden in één titel – titel 14 – ondergebracht.
- De term «ouderlijke macht» wordt vervangen door «ouderlijk gezag». Het aan ouders toekomende gezag wordt altijd ouderlijk gezag genoemd. De term voogdij wordt gereserveerd voor het juridisch gezag dat toekomt aan een ander dan een ouder.

Het concept-wetsvoorstel hanteerde in plaats van «ouderlijke macht» of «gezag» de termen «ouderlijke zorg» of «zorg». Mede naar aanleiding van in het merendeel van de adviezen hiertegen geuite bezwaren (zie paragraaf 1.3) is dit voorstel niet gehandhaafd.

- Het instituut van de toeziende voogdij vervalt (zie paragraaf 1.5.).
- Aan de inhoud en omvang van het gezag wordt een nadere invulling gegeven.

- Met elkaar gehuwde ouders oefenen gezamenlijk het gezag over hun minderjarige kinderen uit.

- Na de gerechtelijke ontbinding van het huwelijk of na scheiding van tafel en bed is voortzetting van het gezamenlijk gezag mogelijk. Daartoe moeten de ouders een eensluidend verzoek doen. Anders wordt het gezag aan een der ouders opgedragen. Sinds de beschikking van de Hoge Raad van 4 mei 1984, NJ 1985, 510 voorziet de rechtspraak in de mogelijkheid van tweehoofdig ouderlijk gezag.

De rechter wijst het verzoek tot tweehoofdig gezag af indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van de kinderen zouden worden verwaarloosd (artikel 251, tweede lid, laatste zin). Wordt het gezag aan een der ouders opgedragen dan dient de andere ouder in beginsel te worden geraadpleegd over van belang zijnde opvoedingsaangelegenheden, ook waar het betreft het vermogensbeheer. Daarnaast heeft deze ouder in beginsel recht op omgang en informatie.

- Indien de ouders niet met elkaar zijn gehuwd en dat ook niet zijn geweest, oefenen zij het gezag gezamenlijk uit, indien van hun voornemen daartoe aantekening wordt gedaan in het voogdijregister (artikel 252). Dit voorstel sluit aan bij het in 1981 in het voorontwerp Herziening van het afstammingsrecht gedane voorstel voor de gezamenlijke gezagsuitoefening door niet gehuwde ouders.

– De ouder die niet met het gezag is belast, heeft recht op omgang met het kind (artikel 377a). Op verzoek van de ouders of van één van hen stelt de rechter een regeling inzake de uitoefening van het omgangsrecht vast. Dat verzoek kan tegelijk worden gedaan met een verzoek inzake de toevertrouwing van het gezag aan de ouders of aan één van hen, maar kan ook los daarvan worden gedaan. De regeling is wat betreft opzet, structuur en ontzeggingsgronden gelijk aan de met ingang van 1 december 1990 in werking getreden nieuwe omgangsregeling, maar is tegelijkertijd ruimer van opzet, omdat de omgang wordt losgekoppeld van de scheidingssituatie.

– Daarnaast heeft de rechter de bevoegdheid een omgangsregeling vast te stellen tussen het kind en degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat en die ofwel bloedverwant in de tweede graad ofwel verwekker dan wel pleegouder is van het kind en voor wat betreft de laatste het kind ten minste een jaar heeft verzorgd en opgevoed. Voorwaarde daarbij is dat het belang van het kind zich niet tegen vaststelling van een omgangsregeling verzet of het kind dat twaalf jaar of ouder is, geen bezwaar heeft gemaakt (artikel 377f).

In paragraaf 9 zal nader worden ingegaan op de verschillen tussen beide regelingen.

– Verder wordt de niet met het gezag belaste ouder desgevraagd op de hoogte gesteld door derden van informatie inzake belangrijke feiten die de verzorging en opvoeding van het kind betreffen. Het gaat om personen die beroepshalve over de betreffende informatie beschikken. Hij of zij kan de informatie weigeren, indien de informatie niet op gelijke wijze zou worden verschaft aan degene die met het gezag is belast dan wel bij wie het kind gewoonlijk verblijft of indien zwaarwegende belangen van het kind zich tegen het verschaffen van de informatie verzetten (artikel 377c, eerste lid). Indien een geschil met de derde over het niet of onvolledig verschaffen van informatie ontstaat, kan de rechter hierover uiteindelijk beslissen.

– In titel 7 van het Derde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn nieuwe procedureregels betreffende het gezag, omgang en informatie opgenomen die zo eenvoudig mogelijk zijn gehouden. Verzoeken betreffende het gezag, de omgang en de informatie, evenals wijzigingsverzoeken, worden ingediend bij de rechter van de woonplaats of, als die er niet is, het werkelijk verblijf in Nederland van de minderjarige of, indien ook daarvan geen sprake, bij de rechter te 's-Gravenhage. Hoger beroep van de beslissing staat open – binnen drie weken – voor de verzoeker en ieder der ouders, alsmede bij toewijzing van het verzoek voor ieder ondanks wiens tegenspraak het verzoek is ingewilligd. Overigens gelden de algemene bepalingen van de eerste afdeling van titel 7 van het Derde Boek betreffende onder andere het horen van de minderjarige en geldt ook de algemene regeling van de verzoekschriftprocedure.

De onderhavige voorstellen bevatten uitsluitend de wijzigingen in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. In een afzonderlijk wetsvoorstel zullen worden opgenomen de wijzigingen van overige wetten die nodig zijn. Daarnaast zullen ook wijzigingen van koninklijke besluiten nodig zijn. Een voorbeeld daarvan is de wijziging van het Besluit voogdijregisters (Besluit van 26 november 1969, S. 526, tot vaststelling van een algemene maatregel van bestuur, bedoeld in artikel 244 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek). Aan de in artikel 2 van genoemd besluit opgesomde feiten zal moeten worden toegevoegd de aantekening van het voornemen van niet met elkaar gehuwde en nimmer met elkaar gehuwd geweest zijnde ouders tot gezamenlijke gezagsuitoefening over het kind.

Voorts wordt, wat betreft de omschrijving van het begrip «ouder»

aangesloten bij hetgeen in wetsvoorstel 20 626 (Herziening van het afstammingsrecht) daaromtrent is bepaald. Ouders van een kind zijn de vader of moeder van het kind. Moeder van het kind is de vrouw uit wie het kind is geboren of die het kind heeft geadopteerd. Vader van het kind is de echtgenoot van de moeder, de ex-echtgenoot van de moeder, indien het kind binnen 306 dagen na de ontbinding van het huwelijk is geboren, de man die het vaderschap heeft aanvaard, de man die het kind heeft geadopteerd of de man wiens vaderschap gerechtelijk is vastgesteld. (Artt. 197 t/m 199 Boek 1 B.W. wetsvoorstel 20 626) Conform het in dat ontwerp gedane voorstel wordt in het onderhavige wetsvoorstel in plaats van «erkenning» de term aanvaarding van het vaderschap gebruikt.

Ten slotte, bij het opstellen van het onderhavige voorstel van wet is uitgegaan van het nieuwe scheidingsprocesrecht dat met ingang van 1 januari 1993 in werking is getreden (Wet van 1 juli 1992, Stb. 373). Met het wetsvoorstel Herziening van het procesrecht in zaken van personen- en familierecht (22 487) is nog geen rekening gehouden. Dit kan geschieden bij nota van wijziging.

In de hieronder volgende paragrafen wordt nader ingegaan op de genoemde hoofdpunten van het voorstel.

2. Systematiek van het wetsvoorstel

In de nieuwe opzet zijn de bepalingen betreffende het gezag over minderjarige kinderen alle ondergebracht in titel 14 van Boek 1 B.W. Hierdoor komt titel 15 van Boek 1 B.W., die thans de bepalingen over de voogdij bevat, vrij. Voorgesteld wordt om de bepalingen betreffende de omgang en informatie in deze vrijkomende titel 15 onder te brengen.

Titel 14 is mitsdien opnieuw ingedeeld en omvat derhalve zowel de regels voor het ouderlijk gezag als de regels voor de voogdij. Het opschrift van titel 14 luidt: «Het gezag over minderjarige kinderen». De indeling van de afdelingen is als volgt:

Afdeling 1: Algemeen

Afdeling 2: Ouderlijk gezag

Afdeling 3: Gemeenschappelijke bepalingen betreffende de gezagsuitoefening door de ouders gezamenlijk en de gezagsuitoefening door één van hen

Afdeling 4: Ondertoezichtstelling van kinderen

Afdeling 5: Ontheffing en ontzetting van het ouderlijk gezag

Afdeling 6: Voogdij

De afdelingen 2 en 6 zijn onderverdeeld in paragrafen.

Afdeling 2 heeft de volgende paragraafindeling:

Paragraaf 1: Het gezamenlijk gezag van ouders en de beëindiging daarvan

Paragraaf 2: Het gezag van één ouder

Paragraaf 3: Het bewind van de ouders

Afdeling 6 heeft een onderverdeling in paragrafen die overeenkomt met de huidige indeling in afdelingen van titel 15, met uitzondering van de huidige tweede en zesde afdeling van titel 15 die vervallen. De paragraafindeling is dan als volgt:

Paragraaf 1: Voogdij in het algemeen

Paragraaf 2: Voogdij door een der ouders opgedragen

Paragraaf 3: Voogdij door de rechter opgedragen

Paragraaf 4: Voogdij van rechtspersonen

Paragraaf 5: Ontslag van de voogdij

Paragraaf 6: Onbevoegdheid tot de voogdij

Paragraaf 7: Ondertoezichtstelling van onder voogdij staande minderjarigen

Paragraaf 8: Ontzetting van voogdij

Paragraaf 9: Het toezicht van de voogd over de persoon van de minderjarige

Paragraaf 10: Het bewind van de voogd

Paragraaf 11: De rekening en verantwoording bij het einde van de voogdij

3. De commentaren op het concept-wetsvoorstel inzake gezag en omgang¹

Het concept-wetsvoorstel is voor advies gezonden aan de volgende instanties:

- de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak;
- het College van Advies voor de Kinderbescherming;
- de Emancipatieraad;
- de Raad voor het Jeugdbeleid;
- de Nederlandse Orde van Advocaten;
- het (toenmalige) Werkverband Integratie Jeugdwelzijnswerk Nederland (WIJN);
- de Nederlandse Gezinsraad.

Commentaar is ook ontvangen van de Nederlandse Vereniging van Organisaties voor hulpverlening bij zwangerschap en alleenstaand ouderschap (Fiom), de Werkgroep Eén ouder Kinderen (WEK), het Adviesburo Kinderbescherming Konflikten (AKK) en de ISR sectie unithoofden van de raden voor de kindbescherming. Aangezien de van boven genoemde instanties ontvangen adviezen in de nota naar aanleiding van het eindverslag bij het wetsvoorstel nadere regeling van de omgang in verband met scheiding (18 964, nr. 8) zijn besproken voor zover deze de omgang na scheiding betreffen, ga ik in het hierna volgende slechts in op deze commentaren voor zover zij betrekking hebben op de voorstellen inzake de regeling van het ouderlijk gezag en de omgang in andere situaties dan in geval van scheiding.

De hoofdpunten van de adviezen zijn de volgende:

a. Terminologie zorg-gezag en derde voogdij.

Een meerderheid van de adviesinstanties heeft kritiek op het vervangen van de termen «ouderlijke macht» en «gezag» door respectievelijk «ouderlijke zorg» en «zorg». Het College van Advies voor de kindbescherming is van mening dat de term «ouderlijke zorg» niet volledig de inhoud van de ouderlijke macht dekt. Ouderlijke zorg duidt slechts op de feitelijke aangelegenheid van het verzorgen terwijl ouderlijke macht de juridische zeggenschap over een kind betreft, die toch ook in het kader van de nieuwe voorstellen niet is verdwenen, aldus het College. Ook de Emancipatieraad, de Raad voor het Jeugdbeleid, de Nederlandse Gezinsraad, de Vereniging voor Rechtspraak en de FIOM hebben soortgelijke bezwaren. Onder meer wordt ter zake opgemerkt dat de term zorg versluiert dat het gaat om gezag, beslissingsbevoegdheid en dragen van verantwoordelijkheid door de ouders en dat bovendien verwarring zal ontstaan met de feitelijke begrippen «zorg» en «verzorging». Bij nader inzien meen ook ik dat de term «gezag» waar het hier vooral gaat om het uitoefenen van ouderlijke bevoegdheden die juridisch van aard zijn, passender is dan de term «zorg». Derhalve is de term «zorg» vervangen door «gezag».

b. Gezamenlijk gezag na scheiding.

Vier instanties – het College van Advies voor de Justitiële Kinderbescherming, de Emancipatieraad, de FIOM en het A.K.K. kunnen het in het concept-wetsvoorstel gehanteerde uitgangspunt onderschrijven dat na

¹Ter inzage gelegd bij de afdeling Parlementaire Documentatie.

scheiding één ouder wordt belast met het gezag, tenzij beide ouders uitdrukkelijk verzoeken om gezamenlijk met het gezag belast te blijven en dit verzoek gehonoreerd wordt. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak merkt op dat uit de toelichting niet duidelijk blijkt of is overwogen om een regeling te ontwerpen waarbij het gezamenlijk gezag na scheiding van rechtswege gehandhaafd blijft, tenzij een der ouders verzoekt om hem of haar alleen met het gezag te belasten. Men vindt dat de toelichting zich daaromtrent explicieter moet uitdrukken, mede gezien artikel 8 EVRM. Wat betreft deze opmerking wil ik er aanstonds op wijzen dat in paragraaf 1.11 over de deregulering het stelsel van automatisch doorlopen van het ouderlijk gezag na scheiding als een mogelijke variant is besproken. Wat betreft de toetsing van het van beide ouders afkomstige verzoek merken de Emancipatieraad en het AKK op dat gezamenlijke gezag alleen kan voortduren als beide ouders zeer betrokken zijn bij de verzorging en opvoeding. Het College, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de FIOm geven de voorkeur aan een verdergaande toetsing dan in het concept-wetsvoorstel wordt voorgesteld en zouden willen aansluiten bij de door de Hoge Raad bij beschikking van 21 maart 1986 geformuleerde criteria dat het belang van het kind zich niet tegen inwilliging van het verzoek verzet en tussen de ouders een goede verstandhouding behoort te bestaan. De Nederlandse Gezinsraad en het WIJN stellen een systeem voor dat wezenlijk verschilt van dat van het concept-wetsvoorstel. Zij zijn van mening dat het gezag na scheiding in beginsel zou moeten doorlopen. In het kort komen de overwegingen van de Nederlandse Gezinsraad op het volgende neer. Gezamenlijk gezag zal worden nagestreefd uit verantwoordelijkheidsgevoel en niet om elkaar dwars te zitten. Het kan voor een verzorger en opvoeder zeer bedreigend zijn het gezag te verliezen. Het gevoel «ontouderd» te worden en in veel gevallen de idee alleen nog goed te zijn voor het betalen van alimentatie en het hebben van omgang kunnen tot meningsverschillen leiden tijdens en na de scheiding, hetgeen werkt in het nadeel van het kind. Voorts, naarmate het aantal verzoeken om gezamenlijk gezag toeneemt, zal dit er in de praktijk steeds meer toe leiden dat de rechter zich conformeert aan de voorstellen van de ouders. Op deze wijze wordt eenzelfde regeling bereikt als bij niet met elkaar gehuwde ouders. Het WIJN hanteert als uitgangspunt dat ouders verplicht blijven het ouderlijk gezag uit te oefenen, los van hun onderlinge verhouding. Mede naar aanleiding van laatstgenoemde adviezen op dit punt zijn opnieuw beide systemen – dat van het toekennen van het gezamenlijk gezag na scheiding indien beide ouders uitdrukkelijk daarom vragen en dat van het automatisch doorlopen van het gezamenlijk gezag na scheiding, tenzij de ouders dan niet wensen – tegen elkaar afgewogen.

Om de navolgende redenen geef ik aan eerstgenoemd systeem, derhalve het in het concept-wetsvoorstel gehanteerde stelsel, de voorkeur. Ten eerste sluit het stelsel van voortzetting van het gezamenlijk gezag na scheiding na uitdrukkelijk verzoek van de ouders aan bij de reeds genoemde beschikking van de Hoge Raad van 4 mei 1984 en de naar aanleiding daarvan gevormde rechtspraak. Ten tweede waarborgt deze constructie het meest dat de ouders gezamenlijk hebben nagedacht over een beslissing ten aanzien van het voortzetten van het gezamenlijk gezag. Doordat zij een eensluidend verzoek om gezamenlijk gezagsuitoefening moeten doen, mag worden verwacht dat zij zich hebben bezonnen op de vraag of tussen hen ondanks de scheiding een zodanige goede onderlinge verstandhouding bestaat dat gezamenlijk gezag een juiste oplossing is. Het systeem van het automatisch doorlopen van het gezag na scheiding daarentegen noopt in mindere mate tot gezamenlijk overleg en beslissen hieromtrent en maakt minder inzichtelijk of de betrokken partijen dit meerhoofdig gezag ook echt wensen. Bovendien

wordt de door mij bepleite constructie van de mogelijkheid van toedeling van gezamenlijk gezag door het merendeel van genoemde adviesinstanties, waaronder de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak voorgestaan. Ten slotte zij vermeld dat de meeste ons omringende landen het gezamenlijk gezag kennen, echter na rechterlijke uitspraak op verzoek van partijen.

c. Gezamenlijk gezag van niet gehuwde en nimmer met elkaar gehuwd geweest zijnde ouders.

In het concept-wetsvoorstel is, naar analogie van de verkrijging van gezamenlijk gezag tijdens huwelijk, gekozen voor de verkrijging van gezamenlijk gezag door ongehuwde ouders buiten de rechter om, door aantekening van het voornemen daartoe in de voogdijregisters. Met dit stelsel wordt in beginsel door alle instanties ingestemd. Het College van advies voor de kindbescherming, het WIJN, de Nederlandse Gezinsraad en de Nederlandse Orde van Advocaten menen dat als het kind waarover men gezamenlijk gezag wil hebben twaalf jaar of ouder is, het gehoord moet worden, zodat in die gevallen rechterlijke tussenkomst nodig is. De Raad van het Jeugdbeleid bepleit rechterlijke toetsing, als er sprake is van verkrijging van gezamenlijk gezag op enig later moment dan bij de geboorte, opdat het kind – zowel boven als beneden de twaalf jaar – kan worden gehoord. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak is van mening dat bij een inhoudelijke toetsing van het voornemen van de ouders tot gezamenlijke gezagsuitoefening beter past een verzoek bij de kantonrechter met beroep bij de rechtbank. Ik ga hier als volgt op in.

In het concept-wetsvoorstel is evenals in het in 1981 uitgebrachte voorontwerp van wet Herziening van het afstammingsrecht, gekozen voor de verkrijging van het gezamenlijk gezag door gehuwde ouders buiten de rechter om, naar analogie van de verkrijging van gezamenlijk gezag tijdens huwelijk. Indien de ouders geruime tijd na de aanvaarding van het vaderschap van het kind met elkaar huwen of indien deze na de sluiting van het huwelijk plaatsvindt, verkrijgen de ouders automatisch het ouderlijk gezag. Ook in geval van een niet-huwelijkse relatie waarin beide ouders voor de eerste keer gezamenlijk gezag wensen, is rechterlijke tussenkomst mijns inziens niet nodig en ook niet gerechtvaardigd. Rechterlijke toetsing bij voorbeeld over de vraag of de ouders wel beiden bij de verzorging en opvoeding van het kind zijn betrokken, is een niet altijd noodzakelijke en dus te vergaande inmenging van de overheid in het gezinsleven. Er is alleen reden voor rechterlijke inmenging in het belang van het kind als bijzondere omstandigheden daartoe roepen, bijv. bij scheiding of in de situatie dat de ouders voor de tweede keer gezamenlijk gezag wensen. Evenmin zie ik aanleiding tot rechterlijke toetsing indien het kind waarover men gezamenlijk het gezag wil uitoefenen (voor de eerste keer) al wat ouder is. In de voorstellen van het wetsvoorstel Herziening van het afstammingsrecht moet bovendien een kind van 12 jaar of ouder met de vaderschapsaanvaarding instemmen.

De Emancipatieraad is voorts van oordeel dat gezamenlijk gezag van een ouder met een derde – niet-ouder ook mogelijk moet zijn. In dit verband zij ook gewezen op het onlangs door de Emancipatieraad uitgebracht rapport inzake afstamming en sociaal ouderschap (juni 1991) en het rapport van de Raad voor het Jeugdbeleid dat ook deze onderwerpen betreft (april 1990).

De Nederlandse Gezinsraad is dezelfde mening toegedaan; twee verzorgers/opvoeders die niet met het kind in familierechtelijke betrekking staan, zouden de mogelijkheid van gezamenlijk gezag moeten kunnen krijgen. In recente juridische literatuur wordt aan deze uitbreiding van het juridisch ouderschap in relatie met artikel 8 EVRM ook aandacht geschonken (zie bijvoorbeeld M. de Langen, De betekenis van artikel 8

Over dit punt zal binnenkort een standpunt worden ingenomen naar aanleiding van de bevindingen van de commissie-Kortmann en de andere, zoëven genoemde adviesorganen. Het wetsvoorstel kan zich voorhands beperken tot gezag voor hen die in juridische zin ouders van een kind zijn, en naderhand, indien het regeringsstandpunt en de meningsvorming daaromtrent aanleiding zou geven, worden aangepast.

d. Toezicht op het gezag dat één ouder heeft/toeziende voogdij.
In het concept-wetsvoorstel is het instituut van de toeziende voogdij gehandhaafd.

Het College van Advies voor de Kinderbescherming meent dat de functie van toeziende voogd dermate gering is dat deze gemist kan worden. De Nederlandse Gezinsraad alsmede de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak zijn eenzelfde mening toegedaan. Onder verwijzing naar paragraaf 1.5 waarin aan deze kwestie verder aandacht zal worden geschonken, wil ik op deze plaats volstaan met de volgende opmerkingen. De toeziende voogdij betreft vooral het toezicht op het bewind over het vermogen van de minderjarige. Ook de kantonrechter heeft een toezichthoudende taak waar het gaat om dit vermogensbeheer. Het komt mij voor dat het betrekken van nog een derde bij dit toezicht in wezen niets toevoegt. Voorgesteld wordt dan ook het instituut van de toeziende voogdij niet langer te handhaven. Dit betekent dat het onderhavige voorstel evenmin voorziet in de functie van toezichthoudende ouder als equivalent voor de ouder-toeziende voogd. Dat neemt niet weg dat ik het in de situatie van eenhoofdig ouderlijk gezag van wezenlijk belang acht dat de niet met het gezag belaste ouder ten opzichte van zijn kinderen een zekere door de andere ouder te respecteren rechtspositie behoudt. Uitgangspunt behoort te zijn dat de relatie van beide ouders met het kind zo veel als mogelijk en verantwoord is, behouden blijft. In die gedachtengang is naast het aan die ouder in beginsel toekomende omgangsrecht en informatierecht ten opzichte van derden een bepaalde inbreng van zijn kant met betrekking tot het kind regarderende aangelegenheden gerechtvaardigd. Eén ouder wordt weliswaar belast met de dagelijkse verzorging en opvoeding, maar de andere ouder blijft ouder en blijft derhalve betrokken bij de zorg over het kind. Deze opvatting laat zich vertalen in de bepaling dat de gezagsdragende ouder de andere ouder over het kind informeert en deze raadpleegt wanneer er beslissingen moeten worden genomen zowel wanneer het gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon van het kind als zijn vermogen betreft. Het ligt in de bedoeling dat dit bijzondere recht op informatie en overleg de andere ouder automatisch toekomt. Bedoelde medebetrokkenheid behoeft dus niet door een rechterlijke uitspraak te worden bevestigd. Aan de andere kant kan het zo zijn dat het ter bescherming van het belang van het kind nodig is de niet gezagsdragende ouder dit recht te ontnemen. Het onderhavige voorstel biedt de rechter hiertoe de mogelijkheid. Zie in dit verband ook HR 8 februari 1991, N.J. 1992, 21. Zoals reeds opgemerkt zal in het vervolg van deze memorie, in paragraaf 1.5 hierop nog worden teruggekomen.

Ten slotte, volgens de Emancipatieraad zou de mogelijkheid dat één ouder het gezag over de persoon van het kind heeft en de andere ouder het gezag over het vermogen van het kind moeten worden geschrapt. Er gaat de suggestie vanuit, aldus de Emancipatieraad, dat de vrouw geschikt is voor het gezag over de persoon van het kind, maar niet met geld kan omgaan. De raad meent ook dat het voorstel aanleiding kan geven tot conflicten. De hier voorgestelde regeling bestaat thans reeds in geval van scheiding van tafel en bed. Het voorstel is deze mogelijkheid te verruimen tot alle gevallen, waarin één der ouders het gezag krijgt. Voorwaarde voor deze splitsing tussen gezag over de persoon en over

het vermogen van de minderjarige is dat de ouders het zelf moeten willen. Indien in een voorkomend geval één ouder met het gezag wordt belast, maar niet zo deskundig is op financieel terrein, is het goed denkbaar dat de andere ouder die meer financieel inzicht heeft de vermogensrechtelijke kant van de gezagsuitoefening op zich neemt. Als de ouders het daarover eens zijn, kan daar in het beginsel toch niets op tegen zijn. Daargelaten de vraag of in de praktijk dit onderdeel van het gezag niet veelal aan de man wordt overgelaten, zie ik niet in dat met dit voorstel zou worden gesuggereerd dat vrouwen wel geschikt zijn om kinderen op te voeden, maar niet met geld kunnen omgaan. Waar het hier veeleer om gaat is, dat de mogelijkheid wordt uitgebreid om bij éénhoofdig gezag de andere ouder met het beheer over het vermogen te belasten, indien deze daartoe bereid is en de met het gezag belaste ouder dit wenst. De reden hiervoor zal veelal zijn dat laatstgenoemde ouder gedeeltelijk wordt ontlast en de andere ouder eenvoudigweg op financieel gebied meer deskundigheid bezit. Het komt er op aan dat goede afspraken worden gemaakt. Daarmee kan potentiële conflictstof worden weggenomen.

e. Omgang en informatie.

Zoals reeds opgemerkt in het begin van dit hoofdstuk wordt in dit bestek niet meer ingegaan op de commentaren op het omgangsrecht van de ouder, aangezien deze in het kader van wetsvoorstel 18 964 reeds aan de orde zijn geweest. De voorstellen die in dit verband nog resteren betreffen:

1. de omgangsregeling voor anderen dan juridische ouders die in een nauwe persoonlijke betrekking staan tot het kind;
2. de mogelijkheid om van een derde informatie over het kind te verkrijgen (artikel 377c concept-wetsvoorstel).

Ad 1

Met uitzondering van de FIOM is dit voorstel door de adviesinstanties gunstig ontvangen. De mogelijkheid van een dergelijke omgangsregeling is beperkt tot bloedverwanten in de eerste en tweede graad en zij die het kind gedurende ten minste een jaar hebben verzorgd en opgevoed. Het College van Advies voor de kinderscherming en de Nederlandse Gezinsraad zijn van oordeel dat deze beperkingen zouden moeten vervallen. De Nederlandse Gezinsraad zou de beide omgangsregelingen, zoals voorgesteld, willen doen samensmelten tot één regeling waarbij het criterium voor het recht op omgang is de nauwe persoonlijke betrekkingen en waarbij de strikte ontzeggingsgronden die gelden bij de omgang na scheiding, zouden gelden. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak kan begrip opbrengen voor de wens de kring van gerechtigden tot omgang uit te breiden tot buiten die der ouders, maar vindt wel dat er voor gewaakt dient te worden dat het kind met een cumulatie van omgangsregelingen en daarmee samenhangende procedures wordt geconfronteerd.

In het onderhavige wetsvoorstel wordt aan de biologische vader niet de voorwaarde gesteld dat hij het kind ten minste één jaar moet hebben verzorgd en opgevoed. Aanleiding voor deze aanpassing vormde vooral het arrest van de Hoge Raad van 10 november 1989, NJ 1990, 628 (zie ook HR 26 januari 1990, NJ 1990, 630). In het hiernavolgende zal hierop worden teruggekomen. Voor het overige worden genoemde beperkingen door mij gehandhaafd. Gelet op de belangen van het kind komt het mij ongewenst voor om aan het ontstaan van situaties als waarvoor laatstgenoemde adviesinstantie waarschuwt, mee te werken. Dit rechtvaardigt het aanbrengen van de onderhavige beperkingen, opdat niet een al te grote groep van mensen in beginsel omgang met het kind zou kunnen claimen.

Ad 2

Met de regeling omtrent de informatie stemmen het toenmalige W.I.J.N., de Nederlandse Gezinsraad en de Raad voor het Jeugdbeleid in. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak vraagt zich af hoe dit informatierecht zich verhoudt tot de privacy van het kind en de verzorgende ouder. Vooropgesteld zou moeten worden de verplichting voor de verzorgende ouder om desgevraagd de hier bedoelde informatie aan de niet-verzorgende ouder te verstrekken. Deze verplichting zou wettelijk moeten worden vastgelegd, aldus de Vereniging. Het College van Advies voor de Kinderbescherming zou het verstrekken van de informatie afhankelijk willen stellen van de (oudere) minderjarige in verband met de privacy-aspecten. De Emancipatieraad adviseert het recht op informatie niet in de wet op te nemen wegens strijd met de privacy van het kind en de verzorgende ouder.

Ik ben van oordeel dat de ouder die betrokken wil blijven bij de ontwikkeling van zijn kind ook de mogelijkheid van informatieverzekrijging van een derde als hier bedoeld moet worden geboden. Door de in de voorgestelde voorziening aangebrachte restricties wordt voldoende rekening gehouden met de privacy van het kind en de verzorgende ouder.

f. Bevoegde rechter.

Uit het advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak kan de conclusie worden getrokken dat de afdeling Kantonrechters en de afdeling Familie- en Jeugdrechtspraak de voorkeur geven aan een systeem waarin alle gezagsregelingen door de rechtbank worden getroffen en alle beslissingen, inzake het vermogensbeheer ten aanzien van minderjarigen bij de kantonrechter berusten. De Nederlandse Orde van Advocaten meent dat concentratie van de absolute bevoegdheid bij de rechtbank, waar de kinderrechter door zijn achtergrond, kennis en ervaring beter toegerust lijkt voor de in deze materie te nemen beslissingen, aanbeveling verdient. Ook het College van Advies voor de Kinderbescherming alsmede het voormalige W.I.J.N. zijn blijkens hun opmerkingen over dit onderwerp voorstander van een dergelijke concentratie.

Onder verwijzing naar paragraaf 1.10 van deze memorie, die op de absolute competentie betrekking heeft, merk ik hier reeds op dat in afwachting van de toekomstige integratie van gerechten thans geen competentieverschuivingen worden voorgesteld.

4. Inhoud en omvang van het gezag

Minderjarige kinderen staan onder gezag, over het algemeen onder gezag van hun ouders. Artikel 245, eerste lid, Boek 1 B.W. bepaalt dat het kind aan zijn ouders eerbied en ontzag verschuldigd is. Ingevolge het tweede lid van dit artikel zijn de ouders verplicht hun minderjarige kinderen te verzorgen en op te voeden. Op grond van artikel 247 Boek 1 B.W. voeren de ouders het bewind over het vermogen van hun kinderen en vertegenwoordigen zij hun kinderen in burgerlijke handelingen. De artikelen 248 e.v. Boek 1 B.W. geven hiervan een nadere uitwerking. De financiële verplichting die ouders op grond hier van ten opzichte van hun kinderen hebben, is uitgewerkt in de artikelen 392 en 404 Boek 1 B.W. Welke de omvang en reikwijdte van deze opvoedingstaak van de ouder is, wordt behoudens waar het betreft de daaraan verbonden materiële aspecten niet verder aangegeven.

In de notitie betreffende de rechtspositie van minderjarigen (21 309, nr. 2) toonden de toenmalige bewindslieden van Justitie zich voorstanders van een nadere invulling van de bepaling van artikel 245. Zoals ook bleek tijdens het mondeling overleg op 7 november 1990 over genoemde notitie hecht ook ik eraan de betekenis van artikel 245

voornoemd en de begrenzingen die hieraan gesteld kunnen worden, nader aan te duiden.

Doelstelling van de aanpassing van artikel 245 is het nader preciseren van de gezagsrelatie tussen een ouder en een kind met name in immateriële zaken, en het gestalte geven aan de huidige in de jeugdrechtspraak en de rechtspraak voorkomende opvattingen met betrekking tot interne juridische ouder-kind betrekkingen. In dit verband wil ik in het bijzonder in herinnering roepen de destijds door een zevental jeugdrechtspecialisten gedane voorstellen met betrekking tot een nadere invulling van artikel 246 (NJB 1975, afl. 4) en het voorstel voor een nieuw artikel 246 van de Raad voor het Jeugdbeleid (rapport Jeugd met recht, 1988, blzz. 77/78). De daarin neergelegde gedachten spreken mij aan. Leidend beginsel is dat de ouder en het kind, ieder als drager van rechten en plichten, op voet van gelijkwaardigheid met elkaar dienen om te gaan. Dit impliceert enerzijds dat ouders in de uitoefening van het gezag rekening dienen te houden met de opvattingen van hun minderjarige kinderen in de mate waarin hun persoonlijkheid zich ontwikkelt en met hun daaraan gekoppelde toenemende behoefte naar zelfstandigheid. Het opleggen van beperkingen aan het kind, het stellen van grenzen aan het zelf mogen beslissen, kan dan zijn rechtvaardiging vinden in de omstandigheid dat het kind wegens onzelfstandigheid en onbekwaamheid bescherming behoeft. Anderzijds zal het kind de aan de ouder toekomende bevoegdheden in het kader van de gezagsuitoefening dienen te respecteren en rekening dienen te houden met diens aanspraken alsmede met mogelijke aanspraken van andere gezinsleden op bepaalde rechten. Genoemd correctierecht van ouders ten opzichte van hun kind houdt mede verband met de aanwezigheid van broers en zussen van het kind en hun belangen. In het nieuwe artikel 247, dat het huidige artikel 245 vervangt, is aangegeven wat in dit opzicht kan en mag worden verwacht van de ouders als gezagsdragers. Artikel 249 betreft de verhouding van het kind ten opzichte van de ouders en de andere gezinsleden. Een en ander komt erop neer dat het kind beslissingen van zijn/haar ouders – die vanzelfsprekend genomen dienen te zijn overeenkomstig de regel van het nieuwe artikel 247, derde lid – dient op te volgen.

De hierboven genoemde uitgangspunten gelden eveneens in de situatie dat een derde het gezag uitoefent, derhalve in geval van voogdij. Indien het kind in een pleeggezin verblijft, bij voorbeeld in de situatie dat de voogdij bij een rechtspersoon berust, zullen naar duidelijk moge zijn ook de pleegouders zich hiernaar moeten richten (zie ontwerp-artikel 248).

Een andere regel die in dit kader herziening behoeft, is de volgende. Ingevolge het huidige artikel 250 Boek 1 B.W. kan voor het kind een bijzondere curator worden benoemd indien de belangen van het kind met die van zijn beide ouders in strijd zijn. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het hier in de eerste plaats gaat om vermogensrechtelijke belangengestellingen. Blijkens de rechtspraak wordt deze regel soms extensief uitgelegd en wordt in geval van een belangenconflict van immateriële aard een bijzondere curator benoemd. Genoemde interpretatie past bij bovenstaande overwegingen. Bestaan tussen ouder en kind over een bepaald opvoedingsvraagstuk wezenlijke problemen, dan moet het mogelijk zijn, ook voor het kind zelf, om benoeming van een bijzondere curator te verzoeken. Mitsdien is aan de bepaling van artikel 250 in genoemde zin formeel uitbreiding gegeven.

De al dan niet bestaande noodzaak van een dergelijke benoeming zal de kantonrechter, die hierover beslist, aan de betrokken belangen van ouder en kind en hun onderlinge verhoudingen dienen te toetsen. Het huidige artikel 250 bevat geen toetsingsgebod. Er mag evenwel van worden uitgegaan dat in de praktijk de aard van de belangenstrijd tussen

de ouders en het kind alsmede het belang dat het kind heeft bij vertegenwoordiging door een bijzondere curator ook thans reeds de belangrijkste factoren vormen bij de oordeelsvorming van de rechter over de wenselijkheid van een benoeming.

Om wille van de duidelijkheid, te meer daar in het onderhavige voorstel ook niet-vermogensrechtelijke geschillen uitdrukkelijk onder de werking van de regel van artikel 250 worden gebracht, wordt voorgesteld genoemde criteria – de ernst van het bestaande conflict en het belang van de minderjarige – expliciet in het nieuwe artikel 250 te noemen. Als grond voor de benoeming van een bijzondere curator wordt de voorwaarde gesteld dat het belang van de minderjarige hiertoe noodzaakt. Daarbij moet de kantonrechter de aard van de belangenstrijd in aanmerking nemen. Uit deze formulering volgt dat het moet gaan om belangentegenstellingen in substantiële zaken.

De vraag of de minderjarige een verzoek tot benoeming van een bijzondere curator kan doen, wordt door mij bevestigend beantwoord. Evenals onder het huidige recht geschiedt de benoeming op verzoek van een belanghebbende of ambtshalve (artikel 960, tweede lid, Rv.). Tot de kring van belanghebbenden moet ook de minderjarige worden gerekend.

Mutatis mutandis geldt bovenstaande ook indien het gezag door een voogd wordt uitgeoefend. Ook het huidige recht kent de voorziening van benoeming van een bijzondere curator indien de minderjarige onder voogdij staat.

Qua systematiek ligt het voor de hand deze voorziening op te nemen na de bepalingen over de inhoud van het gezag (zie het nieuwe artikel 250).

Onder gezag staan van een ouder of voogd betekent eveneens dat men handelingsonbekwaam is tenzij met oordeel des onderscheids én met toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger wordt gehandeld. Ter versterking van de rechtspositie van minderjarigen zijn in genoemde notitie over de rechtspositie van jeugdigen (nr. 21 309) voorstellen gedaan ten aanzien van de huidige wettelijke regeling van artikel 234 Boek 1 B.W. over het verrichten van rechtshandelingen door minderjarigen. Dit heeft ertoe geleid dat thans wordt voorgesteld te bepalen dat de minderjarige handelingsbekwaam is mits hij handelt met toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger. De toestemming wordt voorondersteld, indien het gaat om een rechtshandeling die in het maatschappelijk verkeer normaliter door leeftijdsgenoten van die minderjarige zelfstandig wordt verricht (zie de wijziging onder M 10). De gedachten die hieraan ten grondslag liggen zijn de volgende.

Enerzijds sluit de huidige regeling onvoldoende aan aan hetgeen in het dagelijkse leven gebruikelijk is, namelijk dat minderjarigen tal van rechtshandelingen in feite zelfstandig verrichten. Kinderen van verschillende leeftijdscategorieën nemen op die manier regelmatig aan het rechtsverkeer deel. Anderzijds is er de noodzaak van bescherming van de minderjarige tegen eventuele nadelige gevolgen van zijn handelen voortkomende uit onzelfstandigheid en onervarenheid. Dit gegeven alsmede de verantwoordelijkheid van de ouder c.q. voogd ten opzichte van het kind en – niet te vergeten – het belang van de derde rechtvaardigen als uitgangspunt dat de ouder c.q. de voogd tussenbeide komt dan wel zelf voor de minderjarige optreedt. Dit laatste zal vrijwel altijd het geval zijn bij de zeer jonge kinderen. Daarbuiten worden kinderen geacht steeds mondiger te worden naarmate zij ouder worden en zullen zij steeds vaker met toestemming van hun wettelijke vertegenwoordiger rechtshandelingen kunnen verrichten of naar maatschappelijk gebruik geheel zelfstandig kunnen optreden. De toenemende mondigheid doet de behoefte aan bescherming van de minderjarige en de hier bedoelde bevoegdheid van zijn wettelijke vertegenwoordiger afnemen. Deze gedachte heeft ook reeds in de praktijk erkenning gevonden.

Zoals ook reeds naar voren kwam in de beantwoording van de vragen over de onderhavige notitie (21 309, nr. 4) en tijdens het mondeling overleg daarover d.d. 7 november 1990 wordt de hierboven weergegeven visie door mij gedeeld. Een regeling waarbij de handelingsbekwaamheid van de minderjarige gekoppeld wordt aan de toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger, en deze toestemming onder bepaalde omstandigheden wordt voorondersteld, sluit bij de realiteit aan en geniet daarom mijn voorkeur.

In deze opzet wordt de minderjarige geacht met toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger te handelen indien het gaat om een rechtshandeling die gewoonlijk door minderjarigen van zijn leeftijd wordt verricht. Uiteraard mag van deze veronderstelling niet worden uitgegaan indien blijkt van bezwaar van de wettelijke vertegenwoordiger. Bij deze aanname wordt het criterium «in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk» gebezigd, dat derhalve de term «oordeel des onderscheids» moet vervangen. Zoals aangegeven in voornoemde notitie heeft de Commissie Wiarda in haar rapport Jeugdbeschermingsrecht (blz. 94 e.v.) voorstellen gedaan met betrekking tot het onderhavige onderwerp. Deze komen er op neer dat een minderjarige beneden de twaalf jaar handelingsonbekwaam is, tenzij in het maatschappelijk verkeer een ander gebruik bestaat. De minderjarige in de categorie 12–16 jaar is met toestemming bekwaam. Hij is ook bekwaam zonder toestemming te handelen indien het maatschappelijk gebruik dat toelaat en voor zover zijn wettelijk vertegenwoordiger van geen bezwaar heeft doen blijken. De minderjarige van 16 jaar en ouder is bekwaam zonder toestemming te handelen tenzij het maatschappelijk gebruik toestemming vereist. Waar het betreft de minderjarige jonger dan 16 jaar komt het onderhavige voorstel inhoudelijk overeen met dit van de Commissie Wiarda. Wat betreft de minderjarigen in de leeftijdscategorie van 16 en 17 jaar is er weliswaar een verschil in benadering, maar in concreto zal deze tot dezelfde uitkomst leiden; in het voorstel van de Commissie worden rechtshandelingen zonder toestemming verricht, tenzij....., in het hier aan de orde zijnde systeem behoeft het kind de toestemming van zijn ouder/voogd, tenzij.....

Het hier voorgestelde stelsel maakt geen onderscheid naar leeftijds grenzen. Hiervan is afgezien omdat gelet op de praktijk iedere leeftijdsgrens in zekere mate willekeurig is en bovendien de te stellen grenzen tamelijk betrekkelijk zouden zijn in verband met het hanteren van het criterium «in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk». Eerst en vooral gaat het er om hetgeen in de praktijk op dit punt geschiedt tot wettelijk uitgangspunt te maken. Allerlei rechtshandelingen worden verricht door minderjarigen zonder dat de wederpartij de toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger vraagt. Bij voorbeeld het kopen van levensmiddelen, ook door minderjarigen van beneden de 12 jaar, het kopen van een buskaartje of kaartje voor een filmvoorstelling, het aanschaffen van (studie) boeken of geluidsbanden, het ontplooiën van activiteiten en het in verband daarmee verrichten van rechtshandelingen op het gebied van sport en spel. Het gaat om handelingen en transacties ten aanzien waarvan men ervaringsgewijs weet dat wel in het handelsverkeer de ongeschreven regel bestaat, dat toestemming van de ouders/voogd niet wordt gevraagd. Naarmate de minderjarige ouder wordt, zal hij steeds zelfstandiger kunnen optreden. Zo zal bijvoorbeeld een 17-jarige minderjarige die zelfstandig woont alle handelingen, die horen bij dat zelfstandig wonen, in de regel alleen verrichten. Een en ander neemt niet weg, dat in specifieke wetgeving het aanhouden van leeftijden aangegeven kan zijn; een goed, recent voorbeeld daarvan is het Wetsvoorstel omtrent de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling (Tweede Kamer, vergaderjaar 1990–1991, 21 561, nr. 8).

Terugkomende op het criterium «in het maatschappelijk verkeer

gebruikelijk» kan worden gesteld dat deze term beter aansluit bij de werkelijkheid zoals hiervoor aangegeven, dan het thans in het tweede lid van artikel 234 gehanteerde begrip «oordeel des ondersheids». Met de Commissie Wiarda ben ook ik van mening dat het meer objectiverende criterium «in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk» voor de derde met wie wordt gehandeld beter te hanteren is.

Ik acht het niet nodig te bepalen dat de toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger op schrift moet zijn gesteld. Mijns inziens moet dit aan de praktijk worden overgelaten. De derde met wie wordt gehandeld kan altijd, bij voorbeeld indien hij twijfelt, een op schrift gestelde toestemming verlangen, althans een schriftelijk bewijs waaruit de toestemming blijkt. Een minderjarige die bijvoorbeeld een typecursus wil gaan volgen, zal veelal een handtekening van zijn wettelijke vertegenwoordiger moeten overleggen. Buiten de transacties die zonder dat daarover twijfel kan bestaan vallen onder het begrip «in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk» is het in het belang van de andere partij te verzoeken om een schriftelijke toestemming, tenzij de toestemming uit andere feiten of omstandigheden is af te leiden. Op die manier wordt voorkomen dat achteraf wordt tegengeworpen dat de toestemming heeft ontbroken.

Naar mijn mening is het niet nodig om in dit verband een aparte voorziening te treffen voor de minderjarige die verstandelijk het vermogen mist de gevolgen van de door hem te verrichten rechtshandeling te overzien als gevolg van zijn geestelijke toestand of anderszins (de minderjarige derhalve die geestelijk gehandicapt is of die zonder dat van een dergelijke handicap sprake is, niet leeftijdsadequaat optreedt). Ingevolge artikel 33 Boek 3 B.W. is voor de geldigheid van een rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard, vereist. In artikel 34, eerste lid, Boek 3 B.W. wordt deze regel voor het geval van een geestelijke stoornis nader geëxpliciteerd. Een met de verklaring overeenstemmende wil wordt geacht te ontbreken indien de stoornis een redelijke waardering der bij de handeling betrokken belangen belette of indien de verklaring onder invloed van die stoornis is afgelegd. Dit laatste wordt vermoed het geval te zijn geweest indien de rechtshandeling voor de gestoorde nadelig was, mits echter dit nadeel op het tijdstip der handeling redelijkerwijs was te voorzien. Ingevolge het tweede lid van genoemd artikel 34 maakt een zodanig ontbreken van wil een rechtshandeling vernietigbaar, en een eenzijdige rechtshandeling die niet tot een of meer bepaalde personen gericht was, nietig.

Dit neemt niet weg dat het in zijn eigen belang is dat de wettelijke vertegenwoordiger van de hier bedoelde minderjarige zorgt voor het scheppen van voldoende duidelijkheid wat betreft eventuele bezwaren van zijn kant tegen bepaalde door zijn pupil te verrichten rechtshandelingen. Dit in verband met de in de artikelen 35 en 36 Boek 3 B.W. vervatte bescherming van derden.

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

Het huidige recht kent een ouder-voogdij en een derde-voogdij. De ouderlijke macht is in beginsel gekoppeld aan het huwelijk der ouders. Indien dat is ontbonden of indien er geen sprake is van een huwelijk, wordt het gezag dat door ouders wordt uitgeoefend voogdij genoemd, zoals ook het gezag dat door derden wordt uitgeoefend. In het thans voorgestelde stelsel van gezag is de term voogdij voorbehouden aan het gezag over een kind dat aan een derde toekomt. Het gezag dat aan ouders of aan één ouder toekomt wordt als ouderlijk gezag aangeduid.

De koppeling tussen ouderlijk gezag en huwelijk wordt daarmee losgelaten.

Onder het thans geldende recht is in iedere voogdij naast de voogd een toeziende voogd (artikel 307, eerste lid, Boek 1 B.W.). Ingevolge artikel 313 Boek 1 B.W. neemt de toeziende voogd de belangen van de minderjarige waar, wanneer deze in strijd zijn met die van de voogd. Dit waarnemen kan zowel in als buiten rechte geschieden. Zijn de belangen van de minderjarige ook in strijd met die van de toeziende voogd, dan wordt de minderjarige terzake vertegenwoordigd door een door de kantonrechter te benoemen bijzondere curator. In het algemeen kan worden gesteld dat de toeziende voogd een zekere controle toekomt op het door de gezagsdrager gevoerde vermogensbeheer. Zo moet de toeziende voogd zorgdragen dat de voogd in alle nalatenschappen die de minderjarige opkomen, een boedelbeschrijving of een verklaring dat de nalatenschap een waarde van f 10 000 niet te boven gaat, opmaakt (artikel 314 j° 339 Boek 1 B.W.). Ingevolge artikel 338 Boek 1 B.W. dient de voogd ervoor te zorgen dat het vermogen van de minderjarige in het bijzijn van de toeziende voogd wordt geïnventariseerd. In plaats van de boedelbeschrijving kan volstaan worden met een verklaring die ook door de toeziende voogd wordt ondertekend, indien de goederen van de minderjarige een waarde van f 10 000 niet te boven gaan (artikel 338 Boek 1 B.W.). Verder kan de kantonrechter ambtshalve, maar ook op verzoek van de toeziende voogd de voogd verplichten periodiek een rekening van zijn bewind over de goederen van de minderjarige in te dienen. De toeziende voogd krijgt een afschrift van die rekening en kan, binnen twee maanden, eventuele bezwaren hiertegen bij de kantonrechter indienen (artikel 359 Boek 1 B.W.).

Ingevolge artikel 370 Boek 1 B.W. kan de kantonrechter een bewindvoerder benoemen, maar onderbewindstelling kan ook door de toeziende voogd worden verzocht, evenals de opheffing van het bewind en het ontslag van de bewindvoerder. Ook is de toeziende voogd zo mogelijk tegenwoordig bij het afleggen van rekening en verantwoording door de voogd bij het einde van diens bewind (artikel 374 Boek 1 B.W.).

Bij de boedelscheiding moet de toeziende voogd aanwezig zijn (artikel 183, lid 3, Boek 3 B.W.).

Daarnaast bepaalt artikel 315 Boek 1 B.W. dat de toeziende voogd in de voogdij doet voorzien bij blijvende of tijdelijke ontstentenis van de voogd (zie ook lid 2).

Een andere bevoegdheid van de toeziende voogd is het stuiten van het voorgenomen huwelijk van de minderjarige (artikel 51, lid 1, Boek 1 B.W.).

Bij de voorbereiding van de onderhavige voorstellen is de vraag gerezen of aan het instituut van de toeziende voogdij zelf nog bestaansrecht toekomt. Om de navolgende redenen meen ik van niet.

Uit het bovenstaande blijkt dat de bevoegdheden van de toeziende voogd een zeer beperkt ten opzichte van die van de voogd vooral, subsidiair karakter dragen. Zijn taak ligt in hoofdzaak op zakelijk financieel terrein. Indien de minderjarige geen vermogen van enig belang heeft, zal de toeziende voogdij van geringe betekenis zijn. In de regel beschikken minderjarigen niet over vermogen van enig belang.

Het toezicht op het bewind van de voogd berust bij de kantonrechter. In geval van vermogen van enige omvang wordt dit toezicht voldoende geacht. Bovendien kan de kantonrechter een bewindvoerder benoemen, indien daartoe aanleiding bestaat (artikel 370 Boek 1 B.W.). Blijkens eerdergenoemd advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak acht zij het instituut van de toeziende voogdij overbodig naast het toezicht van de kantonrechter op het beheer van het vermogen van de minderjarige. Het College van Advies voor de Kinderbescherming en de Nederlandse Gezinsraad zijn eenzelfde mening toegedaan. De overige over het voorontwerp gezag en omgang geraadpleegde adviesinstanties,

als genoemd in paragraaf 3, hebben zich over afschaffing van de toeziende voogdij niet expliciet uitgelaten.

In geval van ontstentenis van degene die het gezag uitoefent kan indien dit nodig mocht zijn, de raad voor de kindbescherming ingrijpen. Indien de noodzaak daartoe aanwezig is, kan de ouder/voogd worden vervangen. Bij wanbeheer heeft de kantonrechter de bevoegdheid in te grijpen. De raad voor de kindbescherming kan dan worden ingeschakeld (artikelen 365 t/m 367 Boek 1 B.W.). In het geval dat de belangen van de gezagsdrager in strijd zijn met die van de minderjarige biedt het onderhavige voorstel de mogelijkheid dat voor de minderjarige een bijzondere curator wordt benoemd.

Bij het bovenstaande ga ik er van uit dat ook in geval van eenhoofdig gezag degene die het gezag uitoefent in staat zal zijn dit ook ten aanzien van het beheer over het vermogen van de minderjarige op juiste en verantwoorde wijze te doen. Ook thans heeft onder bepaalde omstandigheden de ouder die alleen het gezag uitoefent, i.c. de ouderlijke macht heeft, niemand naast zich om toezicht uit te oefenen, zoals bij ontheffing of ontzetting van een der ouders en in de gezagssituatie na scheiding van tafel en bed. Geen toezicht is er ook wanneer tijdens huwelijk een van de ouders lange tijd afwezig is, bij voorbeeld langdurig in het buitenland verblijft.

Uit het voorgaande volgt dat naar mijn opvatting het rechtsinstituut van de toeziende voogdij ook dient te worden afgeschaft wanneer het gezag bij een ouder alleen berust. Zeker in die situatie geeft het instituut in de praktijk aanleiding tot misverstanden; bij sommigen bestaat de idee als zou het bepaalde bevoegdheden ten aanzien van de verzorging en opvoeding van het kind met zich brengen, hetgeen niet het geval is.

Hiermede bedoel ik niet te zeggen dat de andere ouder, die derhalve niet met het gezag is belast, geen bepaalde verantwoordelijkheden en bevoegdheden, zijn kind betreffende, zouden moeten toekomen. In de situatie dat één ouder het gezag uitoefent, acht ik het van eminent belang, dat de andere ouder mede betrokken is bij de zorg over zijn kinderen. Het is naar mijn mening de taak van de wetgever hiervoor voorwaarden te scheppen opdat de niet gezagsdragende ouder aan deze medebetrokkenheid gestalte kan geven en op die manier onduidelikheden en misvattingen worden voorkomen.

Een en ander is neergelegd in een aparte titel, titel 15, die het opschrift «Omgang en informatie» draagt. Overeenkomstig de nieuwe artikelen 377a en 377b heeft de niet met het gezag belaste ouder een omgangsrecht, en een informatierecht dat deze tegenover derden geldend kan maken. Voorts wordt uitgegaan van een expliciete gehoudenheid van de met het gezag belaste ouder om de andere ouder over gewichtige verzorgings- en opvoedingsaspecten te informeren en indien terzake beslissingen moeten worden genomen hem vooraf te raadplegen, hetzij rechtstreeks hetzij door tussenkomst van derden. Dit behoort ook te geschieden waar het gaat om vermogensrechtelijke aangelegenheden (artikel 377b). Dit uitgangspunt wordt gerechtvaardigd in het algemeen door de van nature bestaande bijzondere rechtsverhouding tussen ouders en hun kinderen en in het bijzonder door de daaruit voortvloeiende medebetrokkenheid van de niet met het gezag belaste ouder bij de zorg over zijn kinderen. Naast omgang en de bereidheid om te komen tot goede afspraken op dat punt is ook de bereidheid tot overleg met elkaar over zaken die van belang zijn voor de ontwikkeling van het kind, in het belang van dat kind, in het bijzonder van een goede ouder-kind relatie. Is er een omgangsregeling getroffen, dan zal de medewerking die de met het gezag belaste ouder daaraan behoort te verlenen, reeds inhouden dat laatstgenoemde ouder de ander in voldoende mate op de hoogte houdt van het wel en wee van het kind. Maar ook indien een verzoek tot het treffen van een omgangsregeling is

afgewezen, behoort het in beginsel zo te zijn dat de andere ouder informatie krijgt over zijn kind en op de hoogte blijft in het bijzonder waar het betreft belangrijke ontwikkelingen in diens leven. Deze opvatting sluit aan bij de beschikking van de Hoge Raad van 8 februari 1991, NJ 1992, 21, waaruit kan worden geconcludeerd dat er onder omstandigheden een gehoudenheid is van de met het gezag belaste ouder om de andere ouder te informeren over belangrijke feiten en omstandigheden betreffende het kind.

De andere ouder blijft ouder in juridisch opzicht. Als zodanig komt hem ook onder het thans geldende recht een aantal bevoegdheden toe. Zo dient hij toestemming te geven tot het huwelijk van zijn kind (artikel 35, eerste lid, Boek 1 B.W.) en heeft hij ingevolge artikel 51 Boek 1 B.W. de bevoegdheid het huwelijk van zijn kind te stuiten. Het past geheel in de hiervoor weergegeven visie ten aanzien van de positie van de niet met het gezag belaste ouder dat deze in het nieuwe systeem dit soort bevoegdheden behoudt.

Voorgesteld wordt derhalve het instituut van de toeziende voogdij te doen vervallen. Bij eenhoofdig gezag (ná scheiding of nadat de ouders eerst gezamenlijk het gezag hebben uitgeoefend na scheiding of in een niet-huwelijkse relatie) is de met het gezag beklede ouder gehouden de andere ouder te informeren en eventueel te raadplegen in elk geval waar het betreft belangrijke opvoedingskwesties. Heeft de minderjarige vermogen van enige omvang en zijn er op dit vlak belangrijke kwesties aan de orde die om een beslissing vragen, dan moet de andere ouder ook daarin worden gekend en heeft hij op die manier de gelegenheid zijn mening daaromtrent aan de met het gezag belaste ouder kenbaar te maken. Het gaat hier om een recht dat de niet gezagsdragende ouder van rechtswege toekomt. Het moge duidelijk zijn dat indien in het nieuwe stelsel het kind slechts één ouder heeft in juridisch opzicht, geen derde wordt ingeschakeld om toezicht in welke vorm dan ook op de met het gezag belaste ouder uit te oefenen. Wél houdt artikel 253k ook voor deze ouder een beperking in van zijn bevoegdheden als bewindvoerende ouder in verband met de toezichthoudende taak van de kantonrechter op het bewind van ouders en voogden.

Het vorenvermelde omtrent de bevoegdheden van de toeziende voogd, is evenzeer van toepassing op de toeziende curator: ook diens bevoegdheden zijn ten opzichte van de curator zeer beperkt van aard, en dragen een subsidiair karakter. Ook hier is sprake van toezicht óók door de kantonrechter, terwijl de toeziende curatele niet die betekenis heeft die de toeziende voogdij voor een gescheiden ouder kan hebben. Het ligt daarom voor de hand de toeziende curatele eveneens te doen vervallen. Daartoe is ook aanleiding nu in geval van beschermingsbewind (titel 19 Boek 1, B.W.) weliswaar meer dan één bewindvoerder kan worden benoemd, doch daartoe in de praktijk slechts bij uitzondering blijkt te worden overgegaan, terwijl volgens het wetsvoorstel Mentorschap ten behoeve van meerderjarigen (22 474) altijd één mentor wordt benoemd. Zie de onderdelen M, 63–65, van artikel I, en D, 7 en 8 van artikel II.

6. 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)

Onder de huidige wetgeving komt door echtscheiding aan het van rechtswege bestaande collectieve gezag van ouders een eind. Het concept-wetsvoorstel over het ouderlijk gezag gaat uit van het deels op jurisprudentie van de Hoge Raad gebaseerde stelsel dat hier te lande in de praktijk reeds jaren wordt gehanteerd dat na echtscheiding het gezamenlijk ouderlijk gezag op verzoek van beide ouders kan voortduren. Gewezen wordt op de beschikkingen van de Hoge Raad van 4 mei 1984,

NJ 1985, 510 en 21 maart 1986, NJ 1986, 585. Daarin heeft de Hoge Raad bepaald dat onder omstandigheden de ouderlijke macht na scheiding kan doorlopen en zich voor deze beslissing mede gebaseerd op artikel 8 EVRM. Naar de mening van de Hoge Raad is de benoeming van één van de ouders tot voogd na de echtscheiding een inmenging in het gezinsleven als bedoeld in artikel 8 EVRM. Deze inmenging is evenwel in beginsel toegestaan nu zij bij de wet is voorzien – namelijk in artikel 161, eerste lid, Boek 1 B.W. – en in het algemeen, in verband met de tussen de ouders te verwachten spanningen, zal worden gerechtvaardigd door de belangen van het kind. Het kind heeft recht op bescherming daarvan. Dit kan anders zijn, indien de ouders zich in staat achten het kind in goede onderlinge verstandhouding te blijven verzorgen en opvoeden en zij op die grond beiden verzoeken om gezamenlijk met het gezag over het kind belast te blijven. Onderzocht dient dan te worden of de beëindiging van de ouderlijke macht van de ouders gezamenlijk door de benoeming tot voogd van één van hen met het oog op de belangen van het kind – op bescherming waarvan het recht heeft – nodig is. In de beslissing van 21 maart 1986 worden de voorwaarden om het gezamenlijk gezag na scheiding te doen voortduren nog eens op een rijtje gezet.

Naast de mogelijkheid dat na scheiding beide ouders belast blijven met de gezagsuitoefening, komt het in de rechtspraak voor dat verzoeken van gescheiden ouders – van wie de een na scheiding tot voogd is benoemd en de ander tot toeziend voogd – om gezamenlijk gezag worden ingewilligd.

In het thans voorliggende voorstel van wet is ook gekozen voor deze mogelijkheid van voortzetting van het gezamenlijk gezag. Om redenen als hiervóór in paragraaf 3 uiteengezet geef ik hieraan de voorkeur boven een regeling van automatisch doorlopen van het gezamenlijk gezag.

Destijds heeft de Commissie Wiarda in haar rapport Jeugdbeschermingsrecht (1971, p. 88/89) reeds aanbevolen het ouderlijk gezag niet te beperken tot de situatie binnen het huwelijk. De Commissie is van mening dat, ook wanneer het gezag door één van de ouders wordt uitgeoefend, gesproken moet worden van ouderlijk gezag. Zij stelt verder dat in het door haar voorgestane systeem na echtscheiding of na ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed niet één der ouders tot voogd wordt benoemd. In de thans voorliggende voorstellen zijn deze gedachten verwerkt.

Indien de ouders het gezamenlijk gezag over de kinderen na de scheiding wensen te continueren, moeten zij daartoe een eensluidend verzoek indienen bij de rechter (artikel 251, tweede lid). De ouders kunnen dit verzoek gezamenlijk dan wel ieder afzonderlijk doen. Uit het feit dat beide ouders hetzelfde verzoek doen dan wel zij gezamenlijk dit verzoek doen, kan in veel gevallen al wel worden afgeleid dat de ouders de verzorging en opvoeding van de kinderen in goede onderlinge verstandhouding willen voortzetten. Het verzoek wordt afgewezen indien gegronde vrees bestaat dat de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd. Deze formulering geeft aan dat alleen duidelijke contra-indicaties aan toewijzing in de weg kunnen staan.

De onderhavige afwijzingsgrond is ontleend aan de algemeen in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek gebruikte grond om een verzoek van een ouder om in plaats van een derde-voogd of wanneer de voorziening in het gezag is weggefallen, met het gezag te worden belast, te toetsen (zie bij voorbeeld de artikelen 274, tweede lid, 285, derde lid, 287, vijfde lid, 288, tweede lid en 297, derde lid, Boek 1 B.W.). Hoewel hierbij uitgangspunt is dat een dergelijk verzoek in beginsel zou moeten worden ingewilligd, wordt niet alléén op het verzoek van de ouders afgegaan. De hierbedoelde afwijzingsgrond geeft de rechter de mogelijkheid om zo er gerede aanleiding bestaat voor twijfel of het gezag op die wijze naar

behoren zal worden uitgeoefend, het verzoek af te wijzen. Een in dit verband relevante factor kan bij voorbeeld zijn dat, ter zitting blijkt dat ouders het eigenlijk helemaal niet eens zijn over de gezamenlijke verzorging en opvoeding van het kind en/of het eensluidende verzoek onder druk van een van de ouders is gedaan.

De wijze waarop de ouders na de scheiding het gezamenlijk gezag uitoefenen kan zeer verschillend zijn. Indien de ouders bij elkaar in de buurt en in de buurt van de school van het kind wonen en over voldoende ruimte in huis beschikken, zal het kunnen gebeuren dat het kind bij voorbeeld 3 dagen in de week bij de ene ouder verblijft en 4 dagen in de week bij de andere ouder (in de praktijk spreekt men dan vaak van «co-ouderschap»). Meer voor de hand ligt het geval dat het kind gedurig bij één ouder verblijft, die het kind dagelijks verzorgt en opvoedt, terwijl de andere ouder intensieve contacten met het kind onderhoudt en op afstand betrokken is bij de opvoeding van het kind. Beslissingen van enige importantie omtrent de verzorging en opvoeding van het kind zullen in dat geval door de ouders gezamenlijk worden genomen.

Bij verschil van mening omtrent de verzorging en opvoeding van het kind kunnen de ouders zich tot de rechter wenden, die alvorens te beslissen een vergelijk tussen de ouders beproeft (artikel 253a). Laatstgenoemde bepaling is ontleend aan het huidige artikel 246, tweede lid, Boek 1 B.W., dat bij wet van 30 augustus 1984, Stb. 404, is gewijzigd (Wet houdende wegneming van een aantal ongelijkheden tussen man en vrouw in het personen- en familierecht en enige andere wetten, in werking getreden op 1 januari 1985). Indien het geschil tussen de ouders niet door een vergelijk kan worden opgelost, neemt de rechter een zodanige beslissing als hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt. In de beslissing van de rechter kan de mening van de vader dan wel de moeder met betrekking tot het geschil weerspiegeld worden. Dit behoeft niet altijd het geval te zijn. De rechter kan het geschil op andere wijze tot een oplossing brengen. Het bepaalde in artikel 253a biedt evenwel geen grond om de beslissing inzake het gezag zelf te wijzigen in die zin dat alsnog een van de ouders met het gezag wordt belast.

De beslissing inzake de gezamenlijke gezagsuitoefening kan worden gewijzigd op grond van het feit dat de omstandigheden zijn gewijzigd of dat bij het nemen van de beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan (artikel 253o). In dat geval zal voortaan een van de ouders het gezag uitoefenen. Uit de aard der zaak gaat de wijzigingsbevoegdheid niet zover dat één van de ouders van het gezag wordt ontheven of ontzet. Zou dit in voorkomend geval nodig zijn dan zal de gebruikelijke ontheffings- of ontzettingsprocedure moeten worden gevolgd. Van gewijzigde omstandigheden is bij voorbeeld sprake als de verhouding tussen de ouders na de scheiding zodanig is verslechterd dat het voor het gezamenlijk gezag nodige regelmatige contact tussen de ouders niet meer geregeld plaats vindt en op soepele wijze verloopt. Met continuering van het gezamenlijk gezag zijn de belangen van het kind dan niet gediend. Het gaat derhalve om zodanige wijzigingen dat de voortzetting van de gezamenlijke opvoedingstaak niet langer in het belang van het kind is.

Bij tweehoofdig gezag na scheiding ligt het voor de hand dat de ouders onderling – mocht dat in verband met de invulling die de ouders zelf aan de voortzetting van het gezamenlijk gezag hebben gegeven, nodig zijn – regelingen treffen over bij voorbeeld de omgang van de ene ouder met het kind dat in beginsel bij de andere ouder verblijft. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop en de mate waarin de ene ouder aan de andere informatie verstrekt over het doen en laten van het kind en de andere betreft bij belangrijke beslissingen in verband met de verzorging

en opvoeding van het kind. In beginsel zal ook de bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind een zaak van de ouders onderling zijn. Gebleken is echter dat er in de praktijk behoefte bestaat aan de mogelijkheid om bij tweehoofdig gezag regelingen over dit soort zaken in de echtscheidingsbeschikking op te nemen. Het onderhavige voorstel van wet voorziet hierin.

Hoewel het naar mijn mening primair de verantwoordelijkheid van de ouders is om in deze aangelegenheden, mocht dat nodig zijn, tot afspraken te komen, wordt hun niettemin de mogelijkheid geboden om bij voorbeeld een regeling over de omgang in de beschikking vast te laten leggen (zie artikel 377h en paragraaf 1.9). Aan de andere kant zouden conflicten over de omgang ertoe kunnen leiden dat alsnog één van de ouders het gezag verkrijgt en voorzien wordt in een omgangsregeling voor de andere ouder op grond van artikel 377a. Hetzelfde geldt voor de kinderalimentatie. Indien in een voorkomend geval de ouders het niet eens zijn over de betaling van de bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen, hoeft dit niet meer noodzakelijk te leiden tot beëindiging van het gezamenlijk gezag. In de thans voorliggende voorstellen kan de rechter dan op verzoek een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding vaststellen. Het eerste lid van artikel 406 Boek 1 B.W. is daartoe gewijzigd.

Overigens heeft de wijziging van artikel 406, eerste lid, Boek 1 B.W. een verdergaande strekking. De in artikel 406, eerste lid, Boek 1 B.W. voorgestelde uitbreiding leidt ertoe dat een verzoek tot vaststelling van de kosten van verzorging en opvoeding kan worden gedaan in alle gevallen waarin een ouder die hetzij gezamenlijk met de andere ouder hetzij alleen het gezag uitoefent, zijn onderhoudsverplichting niet nakomt. Die ouder kan dan worden verplicht een bijdrage te betalen. Thans geldt dat voor het kind – indien de andere ouder niet optreedt of indien de ouder de ouderlijke macht alleen heeft – een bijzondere curator moet worden benoemd (artikel 250 Boek 1 B.W.). De bijzondere curator kan dan tegen de ouder een onderhoudsactie instellen.

Ook als de ouders nog gehuwd zijn, maar bij voorbeeld gescheiden leven en een van beiden zijn verplichting tot het bijdragen in de kosten van verzorging en opvoeding niet nakomt, zal de rechter volgens het voorstel kunnen worden verzocht een bijdrage vast te stellen. In zijn beschikking van 16 oktober 1981, NJ 1981, 658 overwoog de Hoge Raad reeds dat artikel 406 ook van toepassing is voor de bijdrage die de ouder die juridisch, maar niet feitelijk het gezag uitoefent, aan de andere ouder dient te betalen. De wijziging van het eerste lid van artikel 406 biedt ook een oplossing voor het geval dat een van de ouders het gezag uitoefent, maar de kinderen feitelijk bij de andere ouder verblijven en eerstgenoemde niet bijdraagt in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind. Geen rekening is nog gehouden met mogelijke regeringsvoorstellen inzake de financiële taken van de raden voor de kinderscherming.

7. Eenhoofdig ouderlijk gezag na echtscheiding, ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed en na scheiding van tafel en bed (artikel 251, derde lid)

Zoals hiervoor is uiteengezet, kan op verzoek van beide ouders door de rechtbank worden beslist dat zij na scheiding gezamenlijk het gezag over de kinderen zullen voortzetten, tenzij gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging van het verzoek de belangen van de kinderen zouden worden verwaarloosd. Indien een zodanig verzoek bij de aanvang of tijdens de scheidingsprocedure niet wordt gedaan dan wel indien de rechter het verzoek afwijst, wordt één van de ouders met de uitoefening van het gezag belast. Deze ouder moet vanzelfsprekend wel tijdens het huwelijk

het gezag hebben uitgeoefend en bij voorbeeld niet ontheven of ontzet zijn van het gezag. Het gewone verblijf van het kind zal in dat geval in de regel bij de gezagsdragende ouder zijn. De andere ouder blijft ouder van het kind in juridisch opzicht.

Het feit dat het gezag na de scheiding aan een van de ouders toekomt, betekent niet dat de andere ouder als ouder wordt gediskwalificeerd. Gewezen zij op het omgangs- en informatierecht. Indien de onderlinge verstandhouding tussen de ouders na de scheiding te wensen overlaat, is een beslissing waarbij de gezagsuitoefening aan een ouder wordt opgedragen, de vrijwel enig denkbare.

De huidige wettelijke regeling voorziet voor het geval dat één ouder het gezag toekomt in beginsel altijd in een vorm van toezicht daarop. Meestal is er bij de uitoefening van het gezag door één ouder sprake van voogdij. Naast de ouder-voogd is er de toeziende voogd. Na scheiding is dat meestal de andere ouder. Tijdens het huwelijk kunnen er zich ook gevallen voordoen dat een van de ouders alleen met het ouderlijk gezag is belast, bij voorbeeld in geval dat de andere ouder ontheven of ontzet is daarvan. Ook na scheiding van tafel en bed oefent een der ouders de ouderlijke macht uit (artikel 170, eerste lid, Boek 1 B.W.). De andere ouder oefent dan in beginsel toezicht daarop uit (artikel 249 Boek 1 B.W.). In de thans voorliggende voorstellen wordt met dit systeem gebroken. Zoals reeds aangegeven in paragraaf 1.5 vervalt het instituut van de toeziende voogdij. De redenen die hieraan ten grondslag liggen zijn in genoemde paragraaf uiteengezet. Nieuw is de in titel 15, in artikel 377b, opgenomen regel dat de ouder die het gezag niet uitoefent door de andere ouder dient te worden geïnformeerd en geconsulteerd over belangrijke opvoedingsaangelegenheden. Dit betekent onder meer dat wanneer de minderjarige vermogen heeft van enig belang, de bewindvoering door de ouder in goed overleg met de andere ouder dient te geschieden. Deze medeverantwoordelijkheid kan de andere ouder worden ontzegd. De rechter zal hiertoe besluiten indien het belang van het kind dit vereist.

In deze situatie van eenhoofdig ouderlijk gezag wordt de mogelijkheid geopend dat het bewind over het vermogen geheel bij de andere ouder komt te liggen (zie artikel 253i, vierde lid, onder a). Het is nu al mogelijk dat na scheiding van tafel en bed op gemeenschappelijk verzoek van de echtgenoten wordt afgeweken van de regel dat de gezagsdragende ouder ook het bewind over het vermogen van het kind zal voeren. Ik kan mij voorstellen dat, in het geval dat het kind een vermogen heeft van substantiële omvang, behoefte bestaat aan deskundige bijstand ten aanzien van het beheer over dit vermogen. Indien in zo'n geval dit soort specifieke deskundigheid meer bij de andere ouder aanwezig is, is het denkbaar dat de ouders er de voorkeur aan geven dat het gezag voor wat betreft het vermogen van het kind bij die ouder komt te liggen. Het gezag betreffende de persoon van het kind blijft bij de op het terrein van het vermogensbewind niet deskundige ouder. Voorwaarde is uiteraard dat de ouders het over de verdeling eens moeten zijn. De redactie van artikel 253i, vierde lid, onder a, geeft dit ook duidelijk aan; de ouders moeten beiden daarom verzoeken óf de rechter zal, indien het verzoek van één ouder afkomstig is, moeten nagaan of de andere ouder een dergelijke oplossing ook voorstaat.

Tevens heeft de niet met het gezag belaste ouder recht op omgang met het kind en kan hij of zij desgevraagd informatie van derden ontvangen over bepaalde aangelegenheden die het kind betreffen (zie hierover verder in paragraaf 1.9.).

De beslissing inzake de uitoefening van het gezag door één ouder kan worden gewijzigd, indien de omstandigheden zijn gewijzigd of indien bij het nemen van de beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan (artikel 253n). Ook de beslissing inzake de omgang of de door

de ouders zelf getroffen omgangsregeling kunnen op die gronden worden gewijzigd (artikel 377e). De beslissing wordt op verzoek van beide ouders of één van hen gewijzigd. Dit kan ertoe leiden dat de andere ouder het gezag toekomt, maar ook dat beide ouders het gezag krijgen. Indien de ouders dit laatste wensen, moet het verzoek daartoe van beide ouders afkomstig zijn. Dit is hetzij een gezamenlijk verzoek hetzij een eensluidend verzoek van ieder der ouders. Hieruit kan blijken van de goede onderlinge verstandhouding die aanwezig moet zijn indien de ouders hun kinderen gezamenlijk willen verzorgen en opvoeden. Een goede onderlinge verstandhouding na de scheiding ontstaan kan immers een wijziging betekenen van de omstandigheden als bedoeld in artikel 253o. Hiervoor, in paragraaf 6, is al aangegeven dat niet iedere wijziging van omstandigheden meebrengt dat de beslissing inzake het gezag wordt gewijzigd. Slechts de omstandigheid die ertoe leidt dat de getroffen regeling niet langer in het belang van het kind is, kan tot wijziging leiden. In de eerste plaats dient hierbij te worden gedacht aan wijziging van de omstandigheden die de tegenwoordige leefsituatie van het kind en de met het gezag belaste ouder betreffen. Als bijkomende factor kan ook een wijziging in de leefomstandigheden van de andere ouder door de rechter in aanmerking worden genomen. Voor de goede orde zij nog opgemerkt dat artikel 252, eerste lid, op grond waarvan niet gehuwde ouders door middel van een aantekening als daar bedoeld gezamenlijk gezag kunnen verkrijgen, niet voor deze categorie ouders is geschreven. In genoemd artikel wordt als voorwaarde gesteld dat de ouders nimmer met elkaar gehuwd geweest zijn. De scheiding en de daaropvolgende rechterlijke beslissing tot eenhoofdig gezag rechtvaardigen dat opnieuw rechterlijke tussenkomst is vereist indien de ouders later alsnog voor gezamenlijk gezag opteren.

Indien het verzoek tot gezamenlijke gezagsuitoefening, gedaan op grond van artikel 253f wordt ingewilligd, betekent dit het einde van het eenhoofdig gezag zodra de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan of, indien zij uitvoerbaar bij voorraad was verklaard, daags nadat de griffier mededeling van de beschikking heeft gedaan aan de ouders (artikel 253p, eerste lid). Een beslissing inzake het omgangsrecht of de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen blijft in stand zolang deze niet wordt gewijzigd. Onder wijziging kan intrekking worden begrepen. Zoals hierboven al is uiteengezet, is het denkbaar dat ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen, terwijl het kind gewoonlijk bij een van de ouders verblijft. Een bij voorbeeld onderling getroffen omgangsregeling of een regeling inzake de betaling van de kosten van verzorging en opvoeding die er al was, kan in het geval dat de beslissing inzake het gezag wordt gewijzigd, heel goed in stand blijven. Het is vanzelfsprekend ook mogelijk dat een bestaande, al dan niet onderling getroffen, omgangsregeling en een alimentatiebeschikking worden ingetrokken. Hiertoe moeten afzonderlijke verzoeken worden gedaan.

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

In de onderhavige voorstellen wordt de mogelijkheid geopend dat ouders in een niet-huwelijkse relatie gezamenlijk het gezag over hun kinderen kunnen uitoefenen.

In de aanbeveling van de Raad van Europa inzake ouderlijke verantwoordelijkheden, die op 28 februari 1984 door het Comité van Ministers is aanvaard (Aanbeveling No. R(84)4 inzake «Parental responsibilities», Straatsburg 1984), wordt in beginsel 7 aangegeven dat de wetgever erin kan voorzien dat aan de ouders die in familierechtelijke betrekkingen tot een buiten huwelijk geboren kind staan, als zij samenleven of als zij daarover overeenstemming hebben, gezamenlijk het gezag kan worden

opgedragen. In Nederland is de wenselijkheid van gezamenlijk gezag door niet-gehuwde ouders van verschillende zijden bepleit, onder meer door J.E. Doek reeds in zijn boek «Het kind en zijn recht», Kooykerreeks 1980 en door A.A.L. Minkenhof in onder andere NJB 28 augustus 1982, afl. 29. Uit het rapport «Tweeërrelaties, anders dan huwelijk», deel II, juridisch vervolgonderzoek, 1981 (Robert, Straver en van der Heiden) blijkt dat ook bij de niet-gehuwde ouders over het algemeen de wens van een dergelijke voorziening aanwezig is.

Sinds de beschikking van de Hoge Raad van 21 maart 1986 (NJ 1986, 585) kent ook de rechtspraak de mogelijkheid van gezamenlijke gezagsuitoefening door niet met elkaar gehuwd zijnde ouders. De Hoge Raad oordeelde dat onder de huidige maatschappelijke omstandigheden en opvattingen de vooronderstelling niet opgaat, die in 1901 als hoofdmotief voor het verband tussen ouderlijke macht en gehuwd zijn werd genoemd, dat uitsluitend en alleen staande huwelijk het gezag in feite gezamenlijk wordt uitgeoefend en dat alleen dan aan de feitelijke voorwaarde is voldaan dat tussen beide ouders een zodanige goede verstandhouding is dat zij beiden in staat zijn hun invloed te doen gelden, onderling overleg te plegen en elkaar te controleren. Deze voorwaarde kan ook vervuld zijn, indien de ouders niet of niet meer met elkaar zijn gehuwd. Voorts is het naar de mening van de Hoge Raad van belang dat «de ouderlijke macht» behoort tot de door artikel 8 EVRM beschermde rechten, die uit het «gezinsleven» tussen ouders en kinderen voor elk van hen voortvloeien. Dit is daarom van belang, omdat deze verdragsbepaling gelijkelijk geldt voor de wettige en natuurlijke familie. Er moet daarom voldoende rechtvaardiging zijn voor het maken van een onderscheid ter zake van over kinderen uit te oefenen gezag naar gelang het gaat om wettige en natuurlijke kinderen. Deze rechtvaardiging is er volgens de Hoge Raad niet in de situatie dat tussen ouders die niet (meer) met elkaar gehuwd zijn een goede onderlinge verstandhouding bestaat.

Het onderhavige wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid dat ouders in een niet-huwelijkse relatie, die gezamenlijk voor hun kind willen zorgen daartoe aantekening doen in het voogdijregister.

Het ouderlijke gezag zal alleen dan aan de moeder én de vader van het kind kunnen toekomen, indien zij dit beiden wensen. Het behoeft geen betoog dat gezamenlijk gezag dat niet door beide ouders wordt verlangd of waartegen zij wellicht zelfs ernstige bezwaren hebben, geen aanbeveling verdient.

Het gezamenlijk gezag zal buiten de rechter om kunnen ontstaan. Niet gekozen is voor de op zichzelf denkbare constructie van toedeling door de rechter van het gezag aan de ouder die het gezag niet reeds van rechtswege uitoefent – welke constructie door de Hoge Raad in genoemde beslissing van 21 maart 1986 is gevolgd. Te bedenken valt dat ook thans in geval van huwelijk het gezag niet door tussenkomst van de rechter wordt verkregen: indien het huwelijk reeds geruime tijd na de aanvaarding van het vaderschap wordt gesloten, of indien deze lang na de sluiting van het huwelijk plaatsvindt, heeft naar huidig recht de wettiging in beginsel de automatische verkrijging van de ouderlijke macht door de beide ouders ten gevolge (zie artikel 217, tweede lid, Boek 1 B.W.). In gevolge het nieuwe afstammingsrecht (wetsvoorstel 20 626) is dit automatisch intredende gevolg verbonden aan de aanvaarding van het vaderschap na de sluiting van het huwelijk, dan wel aan het huwelijk, indien dit op de aanvaarding van het vaderschap is gevolgd. Een regeling die beoogt de situatie van gehuwde en niet-gehuwde ouders in dit opzicht gelijk te trekken, mag op het punt van de verkrijging van het gezag geen onnodig verschil vertonen. Dit is ook een van de redenen dat de suggestie van het W.I.J.N. om, als het kind twaalf jaren of ouder is, het gezamenlijk gezag door rechterlijke tussen-

komst te doen ontstaan, opdat het kind hierover kan worden gehoord, niet is gevolgd. Indien het vaderschap is aanvaard en de ouders huwen jaren later dan oefenen zij vanaf dat moment gezamenlijk het gezag over hun minderjarige kinderen uit. Ook in dat geval wordt het kind niet door de rechter bij de beslissing om te huwen betrokken.

Als voorwaarde voor de gezamenlijke gezagsuitoefening is niet gesteld dat de ouders samenleven en/of -wonen. Ik ben van mening dat het voornemen van beide ouders om gezamenlijk voor het kind te zorgen, waaraan zij gevolg geven door aantekening van dit voornemen in de voogdijregisters, voldoende is om het gezamenlijk gezag te doen intreden.

Voorwaarde voor de gezamenlijke gezagsuitoefening is ook dat één der ouders op het tijdstip van het verzoek het gezag heeft. Is dit niet het geval, dan wordt de aantekening geweigerd (artikel 252, tweede lid). Dit houdt in dat, als een voogd – een derde – met het gezag is belast, de aantekening wordt geweigerd. Ook indien één van de ouders het gezag uitoefent nadat de andere ouder is ontheven of ontzet uit het gezag, zal het gezamenlijk gezag niet kunnen worden verkregen. In dat geval zal de ontheven of ontzette ouder eerst een verzoek tot herstel in het gezag moeten doen (vergelijk het gewijzigde artikel 277).

Deze voorziening in relatie met het voorstel van wetsvoorstel 20 626 om de gehuwde man onder omstandigheden de mogelijkheid van aanvaarding van het vaderschap te geven, impliceert dat de niet met elkaar gehuwde man en vrouw niet bij voorbaat van het gezamenlijk gezag zijn uitgesloten indien zij met een ander gehuwd zijn. Voorstelbaar is bij voorbeeld de situatie dat de vader en moeder van het kind feitelijk gescheiden leven van hun echtgenoten of van tafel en bed zijn gescheiden en met elkaar samenleven. Ook wanneer een gehuwde man ten aanzien van het kind van de ongehuwde moeder het vaderschap zou kunnen aanvaarden, zou op grond van het voorgestelde artikel 252, eerste lid, gezamenlijk gezag mogelijk zijn. Een dergelijke situatie kan zich ingevolge de onderhavige voorstellen ook voordoen na scheiding, als het gezamenlijk gezag doorloopt en een gescheiden ouder opnieuw in het huwelijk treedt met een ander. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan een door de Nederlandse Gezinsraad hierover gemaakte opmerking.

Inschrijving van het voornemen tot gezamenlijke gezagsuitoefening vindt plaats in het voogdijregister. Het College van Advies voor de Kinderbescherming merkt hierover op dat veeleer de registers voor de burgerlijke stand voor de inschrijving van dit feit in aanmerking komen. Ik merk hierover het volgende op. Anders dan de naam «voogdijregisters» doet vermoeden, wordt in deze registers aantekening gehouden van de rechtsfeiten die op het gezag over minderjarigen – met inbegrip van het toezicht op het gezag – betrekking hebben. Artikel 2 van het besluit voogdijregisters (besluit van 26 november 1969, Stb. 526, zoals dat nadien is gewijzigd) geeft aan welke feiten in het besluit worden geregistreerd. Het past naar mijn mening zeer wel binnen het kader van de feiten die in de voogdijregisters worden geregistreerd om ook het voornemen tot gezamenlijk gezag van niet met elkaar gehuwde en nimmer met elkaar gehuwd geweest zijnde ouders daarin op te nemen. Immers, het betreft hier een rechtsfeit met betrekking tot het gezag over minderjarigen. In de registers van de burgerlijke stand worden geen gegevens met betrekking tot het gezag voor minderjarigen, zoals een ontheffing of ontzetting geregistreerd. Daar hoort een gegeven als de aantekening van het voornemen tot gezamenlijk gezag dan ook niet thuis.

Indien het gezag op de voet van artikel 252, eerste lid, aan de beide niet met elkaar gehuwde ouders gezamenlijk toekomt, staan deze verder wat betreft dit onderwerp met andere ouders die gezamenlijk het gezag over hun kinderen uitoefenen, geheel gelijk. Een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding zal kunnen worden verzocht, indien één van

de ouders zijn verplichting om daarin bij te dragen niet nakomt (zie het voorgestelde artikel 406, eerste lid).

Het gezamenlijk gezag van ouders in niet huwelijkse relaties kan op verzoek van beide ouders of één van hen worden beëindigd door de rechter (artikel 253n). Daartoe zal moeten worden aangetoond dat de omstandigheden na het doen van de aantekening zijn gewijzigd. De rechter bepaalt ten aanzien van ieder der minderjarige kinderen wie voortaan met het gezag zal worden belast. Zoals bij eenhoofdig gezag na scheiding zal ook in dit geval de andere ouder een informatierecht krijgen (artikel 377b en artikel 377c) en heeft hij eveneens recht op omgang met het kind (artikel 377a). Welk effect dit voorstel op de werklast van de rechter zal hebben, valt niet met enige mate van zekerheid te voorspelen.

Indien eenmaal een aantekening door de ouders gedaan, is doorgehaald, is gezamenlijk gezagsuitoefening (opnieuw) alleen mogelijk krachtens rechterlijke beslissing (artikel 253o), tenzij de ouders met elkaar huwen. Ik ben van mening dat de situatie, waarin ouders opnieuw gezamenlijk het gezag willen uitoefenen, zoveel overeenkomst vertoont met die na scheiding, waarbij gezamenlijk gezag na uitoefening door een ouder alleen ook slechts via rechterlijke beslissing mogelijk is (tenzij de ouders met elkaar hertrouwen), dat het mij ongerijmd voorkomt door een eenvoudige aantekening het gezamenlijk gezag opnieuw te laten ontstaan.

9. Omgang en informatie (titel 15)

Op 1 december 1990 is in werking getreden de Wet van 13 september 1990, Stb. 1990, 482, houdende nadere regeling van de omgang in verband met scheiding. De regeling van de omgang beperkt zich tot de gevallen na scheiding. Daarbij gaat het om omgang tussen het kind en de ouder die niet tot voogd is benoemd. Het betreft in het bijzonder de artikelen 161a en 162a Boek 1 B.W.

Het recht op omgang na scheiding is derhalve thans uitdrukkelijk in de wet verankerd. De rechter kan dit recht slechts op beperkte gronden ontzeggen. Het derde lid van artikel 161a noemt vier gronden: ernstig nadeel voor het kind, kennelijke ongeschiktheid of onmacht van de ouder, zwaarwegende belangen van het kind en ernstige bezwaren van het kind zelf van 12 jaar of ouder. Een nieuw element van deze regeling is de informele rechtsingang van het kind. Ingevolge artikel 162a kan de rechter ook ambtshalve, indien hem blijkt dat het kind, twaalf jaar of ouder zijnde, hierop prijs stelt, een omgangsregeling vaststellen of wijzigen.

In de notitie inzake de rechtspositie van minderjarigen is andermaal uiteengezet waarom een formele rechtsingang van de minderjarige niet nodig en gewenst wordt geacht (Tweede Kamer vergaderjaar 1989–1990, 21 309, nr. 2, blzz. 18 t/m 21). Dat ik die mening nog steeds ben toegeedaan, 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 B.W.».

De regeling van de artikelen 161a en 162a is in het onderhavige voorstel van wet ondergebracht in de nieuwe titel 15. De regeling is inhoudelijk niet gewijzigd, zij het dat het ontwerp-artikel 377a, dat artikel 161a vervangt, wél een aanvulling daarop bevat. De uitbreiding bestaat hieruit dat tussen de niet met het gezag belaste ouder en het kind ook in niet-scheidingssituaties, waar van een huwelijk geen sprake is of is geweest, een omgangsregeling kan worden vastgesteld. In het bijzonder moet hier worden gedacht aan de niet-huwelijkse relatie waarin de man

het vaderschap heeft aanvaard, maar niet met het gezag over het kind is belast.

Artikel 377a gaat uit van de ouder die niet met het gezag is belast. In het voorontwerp over het gezag en de omgang werd voor het recht op omgang aangeknoopt bij het criterium dat het kind zijn gewone verblijfplaats niet bij de ouder heeft. De daarin voorgestelde regeling richtte zich derhalve ook tot de met het gezag belaste ouder. Ik ben echter van mening dat het in laatstgenoemd geval niet nodig en ook niet wenselijk is expliciet te bepalen dat die ouder en het kind waarover hij het gezag uitoefent, recht hebben op omgang met elkaar. Niet nodig omdat de ouder en het kind dit recht direct ontleen aan het feit van de tussen hen bestaande gezagsverhouding. Het zijn van ouder en het uitoefenen van het gezag houden vanzelfsprekend de bevoegdheid tot omgang in. Niet wenselijk omdat daarmee het uitgangspunt dat het (kunnen) hebben van omgang een voorwaarde vormt waaraan voldaan moet zijn om gezag te kunnen uitoefenen, wordt ondergraven. Eveneens in geval van tweehoofdig gezag na scheiding of in een niet huwelijkse relatie, waarbij het kind in de regel bij een ouder verblijft, is het hebben van omgang voor de andere ouder een direkt uitvloeisel van genoemde twee elementen. Alsdan is het in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de ouders om eventueel, uit praktische overwegingen, tot bepaalde afspraken daarover te komen. Aangezien echter in de praktijk is gebleken dat in geval van tweehoofdig gezag somtijds tóch behoefte bestaat aan het vastleggen van een regeling inzake de omgang – zoals dat ook wel het geval is bij de kinderalimentatie –, biedt artikel 377h de mogelijkheid dat de rechter in die situatie een omgangsregeling vaststelt tussen het kind en de ouder bij wie het gewoonlijk niet verblijft.

Voor de gevallen van juridisch ouderschap zonder gezagsuitoefening is het zinvol het recht op omgang uitdrukkelijk te noemen. Een voorziening dat de rechter desgevraagd een omgangsregeling vaststelt dan wel ontzegt, kan hier in elk geval niet worden gemist. Zo heeft in beginsel – buiten de gewone scheidingssituatie – de man die het vaderschap aanvaardt recht op omgang met het desbetreffende kind. Zulks geldt ook voor de ontheven of ontzette ouder(s), wie in beginsel het recht op omgang niet wordt ontnomen. Een uitgangspunt van de jeugdhulpverlening is het behoud of het herstel van de relatie met de ouders. In die gedachte behoort omgang regel te zijn. Er kunnen evenwel gegronde redenen zijn om genoemde ouders het recht op omgang te ontzeggen.

Voorts bevat de in titel 15 neergelegde omgangsregeling nog een uitbreiding ten opzichte van de thans bestaande. Naast een omgangsrecht ten behoeve van de ouders wordt de mogelijkheid van een omgangsregeling ten behoeve van bepaalde anderen die een nauwe persoonlijke band met een kind hebben, geopend. Ingevolge het nieuwe artikel 377f kunnen deze personen de rechter verzoeken een omgangsregeling vast te stellen. De rechter wijst het verzoek af indien het belang van het kind zich tegen toewijzing verzet.

Dit voorstel ligt in de lijn van de jurisprudentie van de Hoge Raad. In zijn beschikking van 22 februari 1985, NJ 1986, 3 heeft de Hoge Raad beslist dat voldoende is voor de ontvankelijkheid van een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling dat de verzoeker stelt een gezinssleven in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) te hebben. Daarbij is in het licht van artikel 14 EVRM onverschillig of de betrekking tot het kind berust op wettig ouderschap, op een vaderschapsaanvaarding, op biologisch ouderschap of op een andere relatie die voor de toepassing van artikel 8 met de voorgaande op één lijn kan worden gesteld. Op 10 mei 1985, NJ 1986, 5 besliste de Hoge Raad dat tussen de biologische vader en zijn kind een dergelijke betrekking bestaat. Het verzoek van de verwekker tot het vaststellen van een

omgangsregeling was daarom ontvankelijk. Of een zodanig verzoek zal worden toegewezen hangt behalve van de vraag of in het gegeven geval inderdaad van een gezinsleven sprake is, af van de vraag of een van de in artikel 8, tweede lid, EVRM genoemde omstandigheden aan toewijzing niet in de weg staan. De Hoge Raad noemde daarbij in zijn beslissing van 22 februari 1985 in de eerste plaats het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind dat zich tegen toewijzing van een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling kan verzetten. Daarnaast zullen de rechten van het kind en van degene met wie het kind ten tijde van het verzoek ook in een betrekking staat die «gezinsleven» in de zin van artikel 8 EVRM inhoudt, tegen het verzoek moeten worden afgewogen. Wat betreft de inhoud van de eventueel vast te stellen omgangsregeling is door de Hoge Raad nog opgemerkt dat de bijzondere kenmerken van de betrekking tussen het kind en degene die ontvankelijk is in zijn verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling, bepalend kunnen zijn voor de inhoud van de vast te stellen regeling.

Bij beschikking van 10 november 1989, NJ 1990, 628 kwam de Hoge Raad tot heroverweging van eerder genoemde uitspraak voor zover betrekking hebbende op de biologische vader. De Hoge Raad overwoog onder meer dat voor de ontvankelijkheid van het verzoek is vereist dat de verzoeker behalve zijn biologische vaderschap ook bijkomende omstandigheden stelt waaruit voortvloeit dat er tussen hem en het kind een band bestaat die kan worden aangemerkt als «vie familiale/family life» in de zin van artikel 8 EVRM (zie ook het vervolg hierop: H.R. 4 januari 1991, NJ 1991, nr. 253).

Gelet op deze jurisprudentie is ingevolge het onderhavige voorstel ontvankelijk in een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling degene die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind en die hetzij een bloedverwant in de tweede graad, hetzij de verwekker van het kind is, dan wel anders dan als ouder het kind als behorende tot zijn gezin gedurende ten minste een jaar heeft verzorgd en opgevoed. Hierover zij nog het volgende opgemerkt.

De kring van mogelijke andere omgangsgerechtigden is beperkt. Het betreft in het bijzonder pleegouders, stiefouders, de bloedverwanten in de tweede graad, onder wie in het bijzonder de grootouders, en de verwekker. De bloedverwanten in de eerste graad zijn niet genoemd, omdat dit de ouders zijn. Zij hebben récht op omgang.

Het meest waarschijnlijk en ook voorkomend is dat pleegouders of grootouders en soms ook ooms en tantes met het kind in kwestie omgang zouden willen hebben. Tussen hen en het kind kunnen in bepaalde gevallen zodanige persoonlijke betrekkingen bestaan dat een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling gehonoreerd zou kunnen worden. Daarnaast wordt de verwekker expliciet genoemd als eventuele omgangsgerechtigde. In het concept-wetsvoorstel werd hij niet apart vermeld. Uit de redactie van artikel 377f van het concept volgde evenwel dat de bepaling ook op hem van toepassing was indien hij in een nauwe persoonlijke betrekking met het kind stond en dit ten minste een jaar had verzorgd en opgevoed. Gelet op het standpunt van de Hoge Raad met betrekking tot de ontvankelijkheid van de verwekker die omgang wil hebben (zie hiervoor), is laatstgenoemde voorwaarde hier niet gehandhaafd.

Met betrekking tot de positie van de zaaddonor in dit verband zij nog het volgende opgemerkt.

De donor die zijn zaad ten behoeve van derden ter beschikking stelt, valt niet onder de term «verwekker». Als zodanig is hij derhalve niet ontvankelijk in een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling. Zou echter de omstandigheid zich voordoen dat hij het kind «gedurende een jaar als behorende tot zijn gezin heeft verzorgd en opgevoed» dan zou hij

wel in een dergelijk verzoek ontvankelijk zijn op grond van het nieuwe artikel 377f.

Een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling op grond van artikel 377f wordt afgewezen als het belang van het kind zich tegen toewijzing van het verzoek zou verzetten. Zoals altijd in gevallen van omgang met kinderen, geldt ook hier dat het belang van het kind is de doorslag geeft. Van geval tot geval zal moeten worden bekeken wat het belang van het kind, afhankelijk van de specifieke omstandigheden, op dit stuk eist. Afwijzing volgt ook als het twaalf jaar of oudere kind bezwaar maakt.

Voorname categorie van personen heeft in de onderhavige voorstellen geen recht op omgang met het kind. Evenwel kunnen in een voorkomend geval de feitelijke betrekkingen tussen bij voorbeeld een kind en zijn pleegouders zo intensief zijn geweest dat deze «family life» in de zin van artikel 8 EVRM impliceren. Op grond daarvan zou, indien het kind weer terug is bij zijn ouders, een omgangsregeling gendiceerd zijn. Het hangt van de omstandigheden van het geval af of omgang inderdaad zal kunnen plaatsvinden. Indien het kind weer bij zijn ouders woont, zal in het bovengenoemde geval de ontwikkeling van de relatie tussen de ouders en het kind medebepalend zijn voor de wenselijkheid van een omgangsregeling. Dit soort situaties verschilt zodanig van die tussen de juridische ouders en het kind dat het gerechtvaardigd is voor deze categorie van gevallen geen stringend recht op omgang als voor ouders te introduceren.

De in artikel 377f voorkomende terminologie «nauwe persoonlijke betrekking» sluit aan bij de in de jurisprudentie van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens gebruikte omschrijvingen om het begrip «family life» in artikel 8 EVRM nader te bepalen (zie bij voorbeeld EC, 8823/78, 12 maart 1980, ongepubliceerd, waarin wordt gesproken van «a relationship sufficiently close to constitute family life»). Zie ook EC 3110/67, 19 juli 1968, YB XI, p. 518 en EC 7768/77, 28 februari 1977, ongepubliceerd).

In het tweede lid van artikel 377f zijn de artikelen 377d ene van overeenkomstige toepassing verklaard. Hiermee wordt duidelijkheid geschapen omtrent het tijdstip waarop de op grond van artikel 377f vastgestelde omgangsregeling kan gaan werken. Tevens staat vast dat de beschikking bij wijziging van omstandigheden of wanneer de rechter van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan, gewijzigd of ingetrokken kan worden.

De voorgestelde regelingen betreffende de omgang zouden ertoe kunnen leiden dat een kind met meer dan één persoon omgang heeft, eventueel ingevolge verscheidene door de rechter vastgestelde omgangsregelingen. Een kind zou bij voorbeeld omgang kunnen hebben met zijn moeder of vader omdat zijn ouders gescheiden zijn en met zijn grootouders tot wie het in een nauwe persoonlijke betrekking staat. De belangen van het kind hierbij zullen van doorslaggevende betekenis zijn bij de beantwoording van de vraag of dit gewenst is. Indien het kind zelf graag omgang wil met al deze personen, zal dit gegeven in belangrijke mate ertoe kunnen bijdragen dat een regeling inzake de omgang met het kind wordt vastgesteld. Het kind kan natuurlijk ook een duidelijke voorkeur voor één van hen uitspreken. Een «rangorde van omgangsregelingen» is er niet. Zoals reeds uiteengezet is de grond om een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling af te wijzen ruimer wanneer het gaat om de in artikel 377f bedoelde personen die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan dan wanneer het gaat om de juridische ouder van het kind.

Een door de rechter vastgestelde omgangsregeling zal moeten worden nagekomen met de medewerking van alle betrokkenen, dat zijn het kind zelf, degene die met het kind omgang zal hebben en degene bij wie het kind zijn gewone verblijfplaats heeft. Als er ernstige problemen bij de

handhaving van de omgangsregeling ontstaan, zou dit ertoe kunnen leiden dat de omgang op straffe van een dwangsom wordt afgedwongen (zie hierover HR 26 juni 1981, NJ 1983, 612; Benelux-Gerechtshof 11 mei 1982, NJ 1983, 613 en HR 1 oktober 1982, NJ 1983, 614, met noot WHH). Eerst en vooral zou in zo'n geval getracht moeten worden met hulp van een derde, bij voorbeeld een familielid of een andere vertrouwenspersoon, de omgang beter te laten verlopen. Herhaald zij hetgeen destijds in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel houdende nadere regeling van de omgang bij scheiding is opgemerkt, namelijk dat voor het welslagen van de hulpverlening bij de omgang de bereidheid van de betrokkenen tot het ontvangen van hulp voorop dient te staan (18 964, nr. 3, blzz. 13-14).

Kinderbeschermingsmaatregelen en wijziging van een rechterlijke beslissing inzake het gezag zijn zo verstrekkende maatregelen dat deze, alleen omdat de omgang niet goed functioneert, niet spoedig zullen worden genomen. Wat betreft de kindbeschermingsmaatregelen geldt dat de daarvoor in de wet genoemde gronden om deze maatregelen te nemen, moeten kunnen worden aangetoond. Wat betreft een wijziging van de beslissing inzake het gezag geldt dat een beslissing die in veel gevallen diep ingrijpt in het dagelijkse leven van het kind alleen moet worden genomen als het belang van het kind daartoe noodzaakt.

Nieuw is de bepaling van de artikelen 377b en 377c. De bepaling van artikel 377b is hiervoor, in paragraaf 1.5, reeds uitvoerig aan de geweest. Het gaat hier om het informatie- en consultatierecht van de niet-gezagsdragende ouder tegenover de andere ouder. In de tekst wordt gesproken van «gewichtige aangelegenheden». Hieruit mag evenwel niet worden geconcludeerd dat het in het dagelijkse leven geen regel is de andere ouder bij het wel en wee van het kind te betrekken. In feite behoort het zo te zijn dat de niet met het gezag belaste ouder die bij de opvoeding betrokken wil blijven, daartoe door de andere ouder in de gelegenheid wordt gesteld. Omdat dit niet voor iedere ouder een vanzelfsprekende zaak is, wordt de informatie- en consultatieplicht over gewichtige zaken als een minimumvoorwaarde gesteld. Met betrekking tot de invulling van deze voorziening kan de rechter nadere aanwijzingen geven. Hij doet dit op verzoek van een ouder. Dit kan bijvoorbeeld de aard van de informatie betreffen, de vorm waarin, de omvang of de frequentie waarmee bepaalde inlichtingen dienen te worden gegeven. Het zal hier vooral gaan om zaken die met de school te maken hebben, zoals de schoolkeuze, leerprestaties, beroepskeuze, om medische kwesties en om aangelegenheden op financieel terrein die de minderjarige direkt aangaan.

Op grond van het tweede lid heeft de rechter de mogelijkheid deze regel buiten toepassing te verklaren. De rechter doet dit indien het belang van het kind hiertoe noodzaakt.

Artikel 377c regelt het informatierecht van de niet met het gezag belaste ouder tegenover derden. Voorgesteld wordt dat deze ouder van derden informatie kan verkrijgen over belangrijke feiten en omstandigheden die de persoon van het kind en zijn verzorging en opvoeding betreffen. Het gaat om personen die beroepshalve over deze informatie beschikken (zoals leerkrachten, schooldekanen, artsen en andere vertrouwenspersonen). Zij zijn niet gehouden de informatie te verstrekken als hun beroepsgeheim zich daartegen verzet, zoals wanneer het betreft medische informatie. In dat geval mag worden aangenomen dat zij deze informatie ook niet aan de gezagsdrager of degene bij wie het kind zijn gewone verblijf heeft (dat zijn bij voorbeeld pleegouders) verstrekken. Daarnaast kunnen zwaarwegende belangen van het kind zich tegen het verstrekken van informatie verzetten. Indien bij voorbeeld met het oog op het geestelijk welzijn van het kind aan de gescheiden, niet gezagsdragende ouder omgang voorlopig is ontzegd, maar deze ouder toch het kind twee keer per week na schooltijd bij de school probeert te

ontmoeten, zou door de klasseleraar informatie die zou inhouden dat het kind met ingang van het nieuwe schooljaar naar een andere school zou gaan, in het belang van het kind aan de gescheiden ouder kunnen worden geweigerd.

De voorwaarde van het beroepshalve over de informatie beschikken, impliceert dat bij voorbeeld de grootouders van het kind die wel over belangrijke informatie beschikken niet gehouden zijn deze informatie te verstrekken. De mogelijkheid voor de ouder tot het verkrijgen van informatie zoals hier bedoeld impliceert geen actieve informatieplicht van de derde. De derde verschaft de informatie in beginsel, indien daarom wordt verzocht.

Indien geschillen ontstaan over het al of niet verschaffen van informatie tussen de ouder en de derde, kan het geschil aan de rechter worden voorgelegd (artikel 377c, tweede lid). De rechter kan dan nadere aanwijzingen terzake geven. Hij zal een zodanige beslissing nemen als hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt. De rechter wijst het verzoek af indien zwaarwegende belangen van het kind zich tegen het verschaffen van de informatie verzetten.

De hiervoor bij de toelichting op artikel 377a reeds genoemde ontwerp-bepaling van artikel 377h voorziet er tevens in dat de rechter ingeval van tweehoofdig gezag voor wat betreft het verstrekken van informatie aan de ouder bij wie het kind zijn gewone verblijfplaats niet heeft, ook een nadere regeling kan geven. Het kan dan gaan om informatie door de andere ouder (artikel 377b, eerste lid) of door derden (artikel 377c).

Tenslotte, in het nieuwe artikel 377g is een informele rechtsingang van het kind opgenomen. Het ligt voor de hand deze regel niet alleen toe te passen wanneer het gaat om omgangsregelingen, maar ook waar het betreft het informatie- en consultatierecht van de andere ouder.

10. De bevoegde rechter

Inzake gezagsbeslissingen na scheiding is de rechtbank de bevoegde rechter. Tot 1 december 1990 was voor beslissingen over de omgang die niet tegelijk met het echtscheidingsvonnis werden gegeven de kinder-rechter de bevoegde instantie. Ingevolge de wet van 13 september 1990, Stb. 1990, 482, houdende nadere regeling van de omgang in verband met scheiding, inwerking getreden op 1 december 1990, is in omgangszaken in verband met scheiding de rechtbank bevoegd (artt. 161a en 162 Boek 1 B.W.). In het onderhavige voorstel van wet wordt deze lijn voortgezet. Verwacht mag worden dat, evenals thans, in vele gevallen de rechtbank de zaak als enkelvoudige kamer zal behandelen. In verband met de bepaling van artikel 911 Rv. is dat dan de kinder-rechter (zie ook artikel 288b Rv.). De alleen rechtsprekende rechter kan echter de zaak verwijzen naar de meervoudige kamer. Ik geef er de voorkeur aan de rechtbank zelf deze keuze te laten. Dit neemt niet weg dat de kinder-rechter naar mijn mening in het algemeen de geschikte instantie is om in zaken betreffende het gezag, de omgang en de informatie alsmede de conflicten die in verband daarmee kunnen ontstaan een beslissing te geven.

De zaken betreffende het gezag van ouders en de derde-voogdijzaken die thans door de kantonrechter worden beslist, zullen volgens de voorstellen ook door deze rechter worden beslist. Het verdient vooralsnog niet de voorkeur deze zaken nu reeds onder te brengen bij de rechtbank. Rechtzoekenden kunnen namelijk in de huidige situatie zonder verplichte procesvertegenwoordiging gezagsvoorzieningen vragen bij de kantonrechter. In een rechtbankprocedure is, een enkele uitzondering daargelaten, bijstand van een advocaat en procureur steeds voorgeschreven. Overheveling van zaken van de kantonrechter naar de

rechtbank zal leiden tot een uitbreiding van zaken waarvoor de procesvertegenwoordiging verplicht is. In een eerder verband (Kabinet-standpunt over het Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie (deel I), blz. 62) is reeds te kennen gegeven, dat in beginsel de huidige regeling met betrekking tot de verplichte procesvertegenwoordiging niet zal worden gewijzigd. Uitbreiding van de verplichting van procesvertegenwoordiging in gezagsvoorzieningszaken leidt tot een toenemend beroep op gefinancierde rechtsbijstand. Ik acht dit bezwaarlijk.

De voorstellen over de toedeling van de bevoegdheden aan de rechter leiden tot de volgende verschillen met bestaande regels:

- sedert 1 december 1990 is de rechtbank bevoegd kennis te nemen van verzoeken tot vaststelling, wijziging dan wel ontzegging van het omgangsrecht (artt. 161a en 162). Thans wordt in artikel 377a, eerste en tweede lid, gesproken van «rechter». Dit impliceert niet dat een keuzemogelijkheid wordt gegeven inzake de rechterlijke instantie. In beginsel is de rechtbank de bevoegde rechter. Het is evenwel op grond van het voorgestelde mogelijk dat de kantonrechter die een voorziening inzake het gezag treft, bij voorbeeld op grond van artikel 253c, tevens op verzoek een omgangsregeling vaststelt (zie het vierde lid van artikel 377a).

- geschillen tussen de ouders die gezamenlijk het gezag uitoefenen over hun kinderen worden thans (artikel 246, tweede lid, Boek 1 B.W.) door de kinderrechter beslist. Voorgesteld wordt de competentie inzake deze geschillen in beginsel bij de rechtbank te leggen, in de veronderstelling dat de meeste van deze geschillen in de praktijk door de kinderrechter zullen worden beslist (artikel 253a); hetzelfde geldt voor geschillen tussen een derde en de niet met het gezag belaste ouder bij wie het kind zijn gewone verblijf niet heeft inzake het verstrekken van informatie (artikel 377c, tweede lid). Ook voor wat betreft het geven van nadere aanwijzingen over de informatieregel van artikel 377b is in beginsel de rechtbank bevoegd.

11. Deregulering

1. Doelstellingen en beleidsterrein van de nadere regeling van het gezag over en de omgang met minderjarige kinderen

Het voorstel van wet houdt enerzijds een regeling van het ouderlijke gezag in, die gepaard gaat met een herschikking van een deel van de bestaande titels 14 en 15, Boek 1 B.W. (respectievelijk betreffende de ouderlijke macht en de voogdij). Anderzijds bevat het voorstel een ruimere regeling van de omgang dan alleen voor de gevallen in verband met scheiding.

De voorstellen betreffende het gezag vallen uiteen in enige belangrijke onderdelen die hier afzonderlijk worden genoemd om een goed beeld van het beleidsterrein en de verschillende doelstellingen te krijgen. Voorgesteld wordt om in geval van gezagsuitoefening door de ouders altijd te spreken over ouderlijk gezag. De term voogdij wordt gereserveerd voor het gezag dat een derde heeft. De wijziging van de terminologie brengt vanzelfsprekend een groot aantal wijzigingen in andere bepalingen met zich. Dit leidt ook tot een betere leesbaarheid en overzichtelijkheid van de betreffende bepalingen. Daarenboven is het voor ouders psychologisch van belang dat het niet meer zo zal zijn dat een ouder voogd wordt zodra – in de meeste gevallen – niet langer beide ouders het gezag over hun kinderen uitoefenen.

Gehuwde ouders oefenen in beginsel gezamenlijk het gezag uit over hun kinderen. Ongehuwde ouders krijgen de mogelijkheid, door middel

van een aantekening in het voogdijregister gezamenlijk gezag uit te oefenen. Dit voorstel kwam reeds voor in het voorontwerp Herziening van het afstammingsrecht. Ook ik acht het met het oog op een gelijke behandeling nodig en gewenst aan ongehuwde ouders de mogelijkheid te bieden om gezamenlijk de zorg te hebben als zij dat beiden willen. De wenselijkheid van dergelijke voorstellen is van verschillende zijde bepleit en ook in een aanbeveling van de Raad van Europa inzake parental responsibilities (R(84)4) wordt op deze mogelijkheid gewezen. Ten slotte heeft de Hoge Raad in 1986 beslist (H.R. 21 maart 1986, NJ 1986, 585) dat bekledding met de ouderlijke macht van ongehuwde ouders door de rechter op hun verzoek mogelijk is.

Voorgesteld wordt tevens dat gescheiden ouders het gezamenlijk gezag over hun kinderen na de scheiding kunnen behouden of verkrijgen, indien zij dat beiden wensen en er geen gegronde vrees bestaat dat het belang van het kind zou worden verwaarloosd. Met dit voorstel wordt uitdrukking gegeven aan de gedachte dat het wenselijk is dat in bepaalde gevallen de ouders na de scheiding gezamenlijk het gezag over hun kinderen kunnen behouden. In twee beslissingen van de Hoge Raad van respectievelijk 4 mei 1984, NJ 1985, 510 en 21 maart 1986, NJ 1986, 587 is aangegeven dat onder bepaalde omstandigheden tweehoofdig gezag door de ouders na scheiding mogelijk moet zijn. De consequenties van deze toch wel verstreckende beslissingen van de Hoge Raad zijn niet alle even duidelijk. Met de voorstellen wordt tevens beoogd de in de rechtspraak bestaande onduidelijkheden in dit opzicht weg te nemen.

Oefent een ouder alleen het gezag uit dan heeft de andere ouder – naast het recht op omgang en informatie tegenover derden (zie hierna) – in beginsel het recht te worden geïnformeerd en geraadpleegd door die ouder over belangrijke feiten en omstandigheden die het kind aangaan. In dit stelsel kan het instituut van de toeziende voogdij worden gemist. Ook wanneer het gezag bij een derde berust wordt voorgesteld de toeziende voogdij te laten vervallen. Vanuit de kring van jeugdrechtsbeoefenaars wordt hierop aangedrongen (zie par. 1.5).

De voorstellen betreffende de omgang vallen uiteen in een onderdeel dat ziet op de omgang tussen de ouders en het kind en in een onderdeel dat ziet op de omgang tussen bepaalde anderen die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan en het kind. Laatstgenoemde voorziening is nieuw. De ruimere regeling van de omgang is in het licht van artikel 8 EVRM en de jurisprudentie van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad hierover nodig en gewenst.

Ten slotte wordt voorgesteld dat de niet met het gezag belaste ouder ook van derden desgevraagd informatie over bepaalde zaken die het kind betreffen kan ontvangen, indien de derde beroepshalve over deze informatie beschikt en er overigens geen bepaalde redenen zijn om de informatie te weigeren. Een soortgelijk voorstel was reeds neergelegd in het ingetrokken wetsvoorstel 15 638 (herziening van het scheidingsprocesrecht en omgangsrecht in verband met scheiding). Ook een ouder die geen omgang heeft met het kind kan op deze wijze toch op de hoogte blijven van belangrijke omstandigheden die het kind betreffen.

Zie over de achtergrond en doelstellingen van het wetsvoorstel ook onder 1.2. van deze memorie.

2. Samenhang met andere in voorbereiding zijnde regelingen

In het onderhavige wetsvoorstel wordt, voor zover het gaat om de begripsomschrijving van «ouder», aangesloten bij hetgeen in het wetsvoorstel houdende Herziening van het afstammingsrecht (no. 20 626) daaromtrent is bepaald. Ouders zijn de juridische vader en moeder van het kind. Wie in juridisch opzicht de vader en de moeder van

het kind zijn, wordt in bovengenoemd ontwerp aangegeven. Ook qua terminologie wordt aangesloten bij de begrippen die in dat ontwerp worden gehanteerd. Zo wordt, voor zover het dat nodig is, in plaats van «erkenning» gesproken van «aanvaarding van het vaderschap». Ten slotte wordt aangesloten bij het voorstel om de gehuwde man de mogelijkheid tot aanvaarding van het vaderschap van het in overspel verwekte kind te geven (zie par. I.1. en I.8).

3. Delegatie

Er komen in het wetsvoorstel geen delegatiebepalingen voor.

4. Bestuurlijke lasten die bij de uitvoering gemoeid zijn

Sinds 1 september 1992 is het horen van de raad van de kinderbescherming ingevolge artikel 902a Rv facultatief (Wet van 24 juni 1992, Stb. 343). Ook nu reeds zijn de raden betrokken bij gezags-, omgangs- en alimentatiebeslissingen en wijzigingen daarvan. De onderhavige voorstellen op zich houden derhalve geen reële werklastverzwaring in voor de raden.

Voor zover het betreft de uitbreiding van de omgang tot andere gevallen dan de omgang na scheiding (omgang tussen ouder en kind, anders dan ten gevolge van scheiding en omgang tussen het kind en bepaalde personen die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan), kan het wetsvoorstel leiden tot enige uitbreiding van de werkzaamheden van de raden. Om hoeveel gevallen het zal gaan, valt echter nauwelijks aan te geven. Enige concrete voorspelling omtrent werklastverzwaring van de raad in dit opzicht kan dan ook niet worden gedaan.

5. Handhaving, werkdruk justitieel apparaat en rechtsbescherming

De kwestie van de handhaving van de beslissingen speelt vooral een rol bij de beslissingen betreffende omgang. Het is, evenals thans, eerst en vooral aan betrokkenen zelf om afspraken op dit gebied te maken en na te komen. Nakoming van een door de rechter vastgestelde omgangsregeling kan in een kort geding op straffe van een dwangsom worden afgedwongen. Problemen met betrekking tot de handhaving van een omgangsregeling kunnen worden opgelost door wijziging van de eerder genomen beslissing te verzoeken dan wel – in het uiterste geval – ontzegging van het omgangsrecht of wijziging van de beslissing inzake het gezag. Ten slotte zou het niet nakomen van een omgangsregeling eventueel tot kinderbeschermingsmaatregelen kunnen leiden. Zie hierover meer in onderdeel I.9. van deze memorie.

Wat betreft de werkdruk van het justitieel apparaat wordt het volgende opgemerkt.

Voor zover het gaat om beslissingen inzake het gezag van met elkaar gehuwd geweest zijnde ouders en de omgang, verandert de werklast van de rechter niet. Die beslissingen worden ook nu gegeven. Verzoeken van niet-gehuwde ouders om gezamenlijke gezagsuitoefening komen in de onderhavige voorstellen niet meer bij de rechter terecht, maar bij de administratie. Dit zal een besparing opleveren, aan de kant van de griffies zal sprake zijn van enige werklastverzwaring (zie hierna).

Verder kan de rechter worden geconfronteerd met verzoeken tot de vaststelling, wijziging of intrekking van een omgangsregeling dan wel ontzegging van het omgangsrecht, die op grond van de huidige wetgeving niet, maar wellicht op grond van de huidige jurisprudentie al wel gedaan kunnen worden. Het betreft bij voorbeeld verzoeken tot vaststelling van een omgangsregeling van anderen dan de ouders die in

een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan tot vaststelling van een omgangsregeling. Uiteraard kunnen de rechterlijke beslissingen hierover ook gewijzigd of ingetrokken worden. Enige voorspelling omtrent het aantal van deze verzoeken is niet te geven. Wel valt op dat het aantal van dergelijke verzoeken, nu deze op grond van de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad ook al kunnen worden gedaan, thans niet erg groot is.

Ingevolge artikel 250 van het onderhavige voorstel van wet kan anders dan onder het huidige recht formeel wellicht mogelijk is, ook in geval van niet-vermogensrechtelijke conflicten tussen ouder en kind voor laatstgenoemde een bijzondere curator worden benoemd. Zoals reeds aangegeven in paragraaf 1.4 van deze memorie komt het in de thans bestaande rechtspraktijk voor dat een dergelijke benoeming ook in immateriële aangelegenheden geschiedt. Mitsdien is niet te verwachten dat het in genoemde zin formeel uitbreiding geven aan de voorziening van benoeming van een bijzondere curator voor het rechterlijke apparaat tot een werklastvermeerdering van enige betekenis zal leiden.

De schrapping van de instituten van toeziende voogdij en toeziende curatele zal vooral in de sfeer van vervanging van de desbetreffende functionarissen tot werklastvermindering van de rechtbank leiden.

Wat betreft de werkdruk van de griffies van de kantongerechten wijs ik erop dat deze enerzijds kan toenemen omdat de griffier de aantekening van het gezamenlijk gezag van niet met elkaar gehuwde en niet met elkaar gehuwd geweest zijnde ouders in het voogdijregister moet registreren. Daarvoor moet hij een aantal controles uitvoeren (met betrekking tot de bevoegdheid van de ouders, of zij wel ouder zijn etc.). Anderzijds zullen de werkzaamheden betreffende de administratie van het voogdijbewind verminderen omdat ouders niet meer verplicht zullen zijn een boedelbeschrijving dan wel verklaring als bedoeld in artikel 339, Boek 1 B.W. betreffende het vermogen van het kind in te leveren (zie artikel 253k Boek 1 B.W.). Ouder-voogden zijn hiertoe thans wel verplicht. De toeneming en afnemning van de hierbedoelde werkdruk zullen elkander daardoor in evenwicht houden.

Samengevat kan worden gesteld dat verwacht mag worden dat de werklast voor het justitieel apparaat door deze voorstellen niet in belangrijke mate zal worden vergroot.

6. Variant

Wat betreft het gezamenlijk gezag na scheiding wordt thans voorgesteld dat de rechtbank na gerechtelijke ontbinding van het huwelijk of na scheiding van tafel en bed bepaalt aan wie van de ouders het gezag over de kinderen wordt toevertrouwd. De ouders kunnen evenwel op eensluidend verzoek gezamenlijk met het gezag belast blijven, tenzij gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging van het verzoek de belangen van de kinderen zouden worden verwaarloosd. Dan wijst de rechtbank het verzoek af. Een variant op dit zou kunnen zijn dat het gezamenlijk gezag na de scheiding automatisch doorloopt – er behoeft dan dus geen verzoek te worden gedaan om na de scheiding gezamenlijk met het gezag belast te blijven –, en dat alleen in het geval dat dit in het belang van het kind nodig is, een van de ouders met het gezag wordt belast. De thans voorgestelde regeling heeft mijn voorkeur. De redenen hiervoor zijn aangegeven in paragraaf 1.3. onderb van deze memorie. In die gevallen dat zij dat toch willen en er, gezien de belangen van het kind, geen goede redenen zijn om een dergelijk verzoek te weigeren, is het mogelijk de gezamenlijke zorg te continueren.

II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel I

Onderdeel A

Alle bepalingen met betrekking tot het gezag, waaronder mede wordt verstaan de voogdij, zijn in één titel, titel 14, ondergebracht. Deze titel draagt dan ook als opschrift «Het gezag over minderjarige kinderen».

Onderdeel B

Afdeling 1. Algemeen

Artikelen 245 en 246

De artikelen 245 en 246 bevatten begripsbepalingen. Artikel 245 bepaalt wie onder gezag staan, aan wie gezag toekomt en waarop het gezag betrekking heeft. Indien een ouder het gezag heeft, is er altijd sprake van ouderlijk gezag; oefent een ander dan een ouder het gezag uit dan wordt over voogdij gesproken. De termen ouder-voogdij en ouder-voogd komen in de onderhavige voorstellen derhalve niet meer voor.

Het vierde lid van artikel 245 geeft aan waarop het gezag betrekking heeft. Expliciet is bepaald dat het gezag ook ziet op de vertegenwoordiging van de minderjarige in rechte, voorzover het gaat om burgerlijke handelingen. Een minderjarige is immers, voor zover het betreft het burgerlijk procesrecht, in beginsel niet bekwaam zelf in rechte op te treden.

Artikel 246 geeft aan wie onbevoegd is tot elke vorm van gezag. Dit is thans in verschillende bepalingen terug te vinden. Zo spreekt artikel 246, vierde lid, Boek 1 B.W. van «het in de onmogelijkheid verkeren de ouderlijke macht uit te oefenen». In de artikelen 324 en 325 Boek 1 B.W. is de onbevoegdheid tot de (ouder-)voogdij opgenomen. In één artikel is thans neergelegd in welke gevallen een ouder of voogd onbevoegd is tot het gezag. Hiervan uitgaande behoeft in de overige afdelingen van titel 14 niet telkens te worden herhaald dat een ouder of voogd bevoegd moet zijn tot het gezag.

Artikel 247

Dit artikel vervangt het huidige artikel 245 Boek 1 B.W. Het geeft een nadere uitwerking van het begrip ouderlijk gezag, dat de term ouderlijke macht vervangt. Zoals reeds is aangegeven in het algemene gedeelte van deze toelichting past de term «ouderlijke macht» niet in het beeld van de ouder-kind verhouding zoals dit heden ten dage wordt ervaren. Beter dan het begrip «zorg» brengt de term «gezag» het juridische karakter van deze verhouding tot uitdrukking, dat wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van een aantal in de wet verankerde verantwoordelijkheden en bevoegdheden van ouders ten opzichte van hun kinderen.

Het eerste lid legt het verplichtende karakter van het hebben van het gezag voor ouders vast. Aangezien met het gezag belaste ouders verplicht zijn zelf hun kinderen te verzorgen en op te voeden gaat, evenals in het Duitse systeem (vgl. par. 1626 BGB), het woord «plicht» vooraf aan het woord «recht».

Het tweede lid geeft aan dat onder verzorging en opvoeding niet alleen de dagelijkse zorg dient te worden verstaan, maar ook het begeleiden en stimuleren van de minderjarige in zijn ontwikkelings- en ontplooiingsactiviteiten en het bieden van ruimte daartoe en creëren van mogelijkheden

daarvoor met name in de sfeer van scholing en opleiding.

In het derde lid wordt tot uitdrukking gebracht dat de bescherming en begeleiding die het kind op grond van zijn minderjarigheid behoeft steeds meer afneemt naar mate het kind ouder wordt en dat dientengevolge het gezag dient terug te treden en plaats te maken voor meer vrijheid voor het kind tot zelfstandig handelen.

Artikel 248

Zoals uiteengezet in paragraaf 1.4 gelden de in het vorige artikel neergelegde aanwijzingen voor de ouder evenzeer voor de voogd alsmede voor de pleegouder. Indien de voogd de onder zijn gezag staande minderjarige niet zelf verzorgt en opvoedt, bij voorbeeld in het geval dat een rechtspersoon voogd is, zijn niettemin de leden 2 en 3 van het vorige artikel op hem van toepassing. Daarnaast dienen de pleegouders zich naar deze leden te richten.

Voor wat betreft de voogd wordt hier niet verwezen naar het eerste lid van artikel 247, aangezien een gelijksoortige bepaling als van dit artikellid voor de voogd is opgenomen in artikel 336, eerste lid, Boek 1 B.W.

Artikel 249

Deze bepaling vormt de tegenhanger van de bepaling van artikel 247, derde lid en vervangt het eerste lid van het huidige artikel 245 Boek 1 B.W. Het gaat hier om wederzijds respect tussen de leden van een gezin in het algemeen en de ouders en het kind in het bijzonder.

Artikel 250

Deze bepaling ziet op de benoeming van een bijzondere curator, indien er sprake is van een belangenconflict tussen de gezagsdrager(s) en het kind. Zoals reeds hiervoor uiteengezet, in paragraaf 1.4, verschilt deze voorziening van de huidige van artikel 250 Boek 1 B.W. in die zin dat expliciet is gemaakt dat ook niet-vermogensrechtelijke belangentegengestellingen aanleiding kunnen zijn voor de benoeming van een bijzondere curator. Duidelijkheidshalve zij nog opgemerkt dat tot het begrip verzorging en opvoeding ook worden gerekend aangelegenheden als scholing en arbeid, waarin bepaalde beslissingen door de ouder genomen kunnen worden, waarbij zich belangentegengestellingen met het kind kunnen voordoen. Ook in deze gevallen kan een bijzonder curator worden ingeschakeld. Evenals onder het huidige recht geschiedt de benoeming op verzoek van een belanghebbende of ambtshalve (artikel 960, tweede lid, Rv.) Tot de kring van belanghebbenden moet ook de minderjarige worden gerekend. Nieuw is de uitdrukkelijk opgenomen voorwaarde van toetsing aan het belang van de minderjarige.

Afdeling 2. Ouderlijk gezag

Artikel 251

Dit artikel regelt het gezag van ouders die met elkaar gehuwd zijn of geweest zijn. Het uitgangspunt dat gedurende het huwelijk het gezag bij de ouders gezamenlijk ligt, stemt overeen met het bepaalde in het huidige recht (artikel 246, eerste lid). Na de ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood, of na scheiding van tafel en bed heeft in deze voorstellen hetzij één ouder hetzij beide ouders het gezag. Kiezen de ouders voor voortzetting van het gezamenlijk gezag, dan moeten zij ingevolge het tweede lid beiden daarom verzoeken. Bezien zal dan

moeten worden of er geen gegronde vrees bestaat dat inwilliging van het verzoek ertoe zou leiden dat de belangen van het kind worden verwaarloosd. Op deze afwijzingsgrond is in paragraaf 1.4. reeds ingegaan. Uit de formulering van het tweede lid van artikel 251 (..... gezamenlijk belast blijven met het gezag) kan worden afgeleid dat de ouders die om tweehoofdig gezag verzoeken vóór de scheiding gezamenlijk het gezag moeten hebben uitgeoefend. Dat betekent dat niet één van beide of beide ouders moeten zijn ontheven of ontzet dan wel geschorst van het ouderlijk gezag. Als gedurende het scheidingsgeding de kinderen aan één van beide ouders zijn toevertrouwd, impliceert dit niet dat hun verzoek om gezamenlijk met het gezag belast te blijven, niet-ontvankelijk zou zijn. Het gaat dan immers om een maatregel van orde die slechts voor de duur van het geding geldt. Zijn beide ouders het erover eens dat zij gezamenlijk het gezag willen behouden en is er geen goede reden om aan te nemen dat de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd, dan kan – ook al zijn tijdens het geding de kinderen aan één van de ouders toevertrouwd – het verzoek het tweehoofdig gezag te doen voortduren, worden ingewilligd.

Is ingevolge het derde lid een der ouders met het gezag belast dan heeft de andere ouder van rechtswege een informatie- en consultatierecht tegen over die ouder. Dit is geregeld in titel 15, die over omgang en informatie gaat (artikel 377b).

De leden 4 en 5 stemmen overeen met het thans in de artikelen 161, eerste lid en 170, eerste lid, en in de artikelen 161, derde lid, en 170, derde lid, bepaalde. In overeenstemming met het nieuwe scheidingsprocesrecht wordt niet langer gesproken van het scheidingsvonnis, maar van de beschikking.

Omdat hetgeen in de artikelen 161, respectievelijk 170 is bepaald, thans in artikel 251 en in artikel 377a (omgang) wordt neergelegd, kunnen eerstgenoemde artikelen vervallen (zie artikel I, onderdeel M, nummer 4).

Artikel 252

In dit artikel is de mogelijkheid van gezamenlijk gezag voor ouders binnen een niet-huwelijkse relatie neergelegd. Het eerste lid bepaalt dat de gezamenlijke gezagsuitoefening door middel van een aantekening in het voogdijregister ontstaat. Op grond van rechtspraak van de Hoge Raad is het in de huidige praktijk mogelijk dat ouders onder dit soort omstandigheden de rechter verzoeken hen gezamenlijk met het gezag te belasten. Thans neemt de kantonrechter van dit soort verzoeken kennis. Deze mogelijkheid wordt door de onderhavige voorziening juridisch geformaliseerd, zij het dat er een verschuiving in werkzaamheden zal optreden. Het is in eerste instantie niet de kantonrechter maar de griffie die met de uitvoering daarvan wordt belast.

Naast de voorwaarde dat de ouders nimmer met elkaar gehuwd geweest zijn, is als voorwaarde gesteld dat zij nimmer gezamenlijk het gezag over hun kinderen hebben gehad. Indien de gezamenlijke gezagsuitoefening is beëindigd en de ouders willen op enig moment daarna wederom tezamen met het gezag worden belast, dan is dat alleen mogelijk via een rechterlijke beslissing, zoals dat ook na scheiding na gezagsuitoefening door een ouder alleen het geval is.

In het tweede lid wordt aangegeven in welke gevallen de aantekening wordt geweigerd door de griffie van het kantongerecht bij wie de aantekening wordt gedaan. Er zijn vier weigeringsgronden: onbevoegdheid tot het gezag van één of beide ouders; ontheffing of ontzetting van een ouder van het gezag bij eenhoofdig gezag van de andere ouder; gezagsuitoefening door een voogd en het openstaan van het gezag.

Het derde lid laat beroep tegen de weigering tot aantekening in één

geval toe, namelijk wanneer de griffier een afweging heeft moeten maken. Dat is het geval wanneer hij tot het oordeel komt dat de ouders wegens een geestelijke stoornis van één van hen of van beiden in de onmogelijkheid verkeren gezamenlijk het gezag uit te oefenen. Toetsing door de rechter moet dan mogelijk zijn. De kantonrechter toetst de weigering aan het belang van het kind en kan alsnog de aantekening gelasten. Tegen de beslissing van de kantonrechter staat hoger beroep open (zie artikel 932 Rv. van het onderhavige wetsvoorstel).

Artikel 253

Dit artikel ziet op het herleven van het gezamenlijk ouderlijk gezag in geval van hertrouwen of beëindiging van de scheiding van tafel en bed door verzoening. Inhoudelijk stemt deze bepaling overeen met het gestelde in de huidige artikelen 166, tweede en derde lid en 176, tweede lid, welke leden dan ook kunnen vervallen (zie artikel I, onderdeel M, respectievelijk nrs. 5 en 6). Het gezamenlijk ouderlijk gezag herleeft, indien onmiddellijk voorafgaande aan het hertrouwen of de verzoening één van beide ouders met het gezag was belast. Het spreekt vanzelf dat de andere ouder bevoegd moet zijn tot het gezag en niet ontheven of ontzet moet zijn van het gezag. Is het laatste het geval dan zal de betreffende ouder zich tot de rechtbank moeten wenden met het verzoek hem of haar wederom met het gezag te belasten door middel van herstel in het gezag. Zie daarvoor de nieuwe tekst van artikel 277. Is één van de ouders op een andere grond onbevoegd tot het gezag, dan herleeft het gezamenlijk gezag zodra de grond voor de onbevoegdheid is weggelaten (zie ontwerp-artikel 253q, eerste lid).

Artikel 253a

Dit artikel stemt inhoudelijk overeen met het bestaande artikel 246, tweede lid, tweede volzin, Boek 1 B.W. In de opzet van het wetsvoorstel, waarin ouders gezamenlijk het gezag kunnen uitoefenen zonder dat de wil van een van beiden doorslaggevend is, kan een voorziening als in dit artikel gegeven niet worden gemist, hoewel naar mag worden verwacht ook onder de nieuwe regeling van een dergelijke conflictregel niet veel gebruik zal worden gemaakt. Zo de ouders zich ter oplossing van hun conflict niet wenden tot een hulpverleningsinstelling, kunnen zij zich tot de rechter wenden.

Artikelen 253b, c, d en e

De artikelen 253b,c end zijn ontleend aan de artikelen 287 tot en met 290 van de huidige afdeling 2 van titel 15 van Boek 1 B.W. Deze gehele afdeling zal kunnen vervallen, nu wordt voorgesteld altijd te spreken over ouderlijk gezag indien ouders gezag over hun kinderen uitoefenen, zodat een vader of moeder nooit voogd kan zijn over zijn of haar kind. De bepalingen uit deze afdeling betreffende het gezag na het overlijden van één der ouders worden hieronder behandeld. In de voorstellen zijn dit de artikelen 253f, g enh.

Artikel 253b stemt inhoudelijk overeen met het huidige artikel 287 Boek 1 B.W. Het begrip «natuurlijk kind» komt in wetsvoorstel 20 626 (Herziening van het afstammingsrecht) niet meer voor. Daar is op andere wijze omschreven op welke moeder het bepaalde in het huidige artikel 287 betrekking heeft (zie aldaar onder artikel I, onderdeel B, nr. 19 en bijbehorende nota van wijziging onder A.16). Deze omschrijving is hier overgenomen. Het gaat derhalve om de niet-gehuwde moeder in het geval dat alleen het moederschap vaststaat dan wel in het geval dat ook het vaderschap vaststaat, maar de ouders niet met elkaar gehuwd zijn of

gehuwd geweest zijn en niet door middel van een aantekening gezamenlijk gezag uitoefenen. In die twee situaties komt het gezag van rechtswege aan de moeder toe.

Artikel 253c stemt overeen met het huidige artikel 288 Boek 1 B.W. Wél is als voorwaarde gesteld in verband met de competentie van de kantonrechter dat de vader nimmer gezamenlijk met de moeder het gezag over hun kind heeft uitgeoefend. Is dit laatste wél het geval geweest als gevolg van een aantekening in het voogdijregister, dan is het gezamenlijk gezag geëindigd door een beslissing van de rechtbank (artikel 253n) en vervolgens op gedragen aan de moeder of aan een derde. Wil de vader daarna alleen met het gezag worden belast, dan moet hij daartoe een verzoek indienen bij de rechtbank op grond van het bepaalde in artikel 253o. Artikel 253c, eerste lid, ziet niet op genoemd geval.

Artikel 253d correspondeert met de huidige artikelen 289 en 290 Boek 1 B.W. Opgemerkt zij dat hier niet van «kantonrechter» wordt gesproken, maar van rechter (zoals ook in het huidige artikel 289 Boek 1 B.W.), omdat deze bepaling bij voorbeeld ook van toepassing kan zijn als één van de ouders wordt ontzet of ontheven van het gezag. In dat geval kan de andere ouder aan de rechtbank verzoeken met het gezag te worden belast op grond van het bepaalde in artikel 253d. Indien het gezag openvalt, omdat de ouder die het gezag alleen uitoefent, overlijdt, kan de overlevende ouder die met de gestorven ouder niet gehuwd is geweest, op grond van artikel 253d de kantonrechter verzoeken met het gezag te worden belast.

De gronden waarop een verzoek op grond van de artikelen 253b, c of d wordt ingewilligd of afgewezen, stemmen overeen met de gronden die daarvoor in het huidige recht gelden. Daaruit blijkt dat aan het ouderlijk gezag in het algemeen de voorkeur wordt gegeven boven het gezag dat bij een derde berust en dat als een ouder het gezag heeft dit zoveel mogelijk bij deze ouder zou moeten blijven. Immers als een voogd het gezag heeft en een ouder wil daarmee worden belast, wordt het verzoek alleen afgewezen als gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd (artikel 253b, zesde lid en 253c, derde lid). Indien evenwel een ouder het gezag heeft en de andere ouder wil daarmee worden belast dan wordt een verzoek slechts in gewilligd, indien de rechter dit in het belang van het kind wenselijk oordeelt (artikelen 253b, vijfde lid en 253c, tweede lid).

Beslissingen van de kantonrechter kunnen worden gewijzigd eveneens door de kantonrechter – op grond van wijziging van de omstandigheden nadien dan wel omdat bij het nemen van de beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan. Dit geldt uiteraard ook indien het een beslissing van de rechtbank betreft. De rechtbank beslist dan over de wijziging (zie artikel 253o). De hiervoor genoemde tweede grond voor wijziging van de beslissing komt niet voor in het huidige artikel 291 Boek 1 B.W., maar wel in het bestaande artikel 162 Boek 1 B.W. Uitgaande van de herroepelijkheid van een beslissing inzake het gezag ben ik van mening dat ook indien de rechter bij het nemen van de te wijzigen beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan, een beslissing omtrent het gezag op grond van de artikelen 253b, 253c of 253d genomen, moet kunnen worden gewijzigd.

Uit de bepaling van artikel 253e vloeit voort dat een verzoek van de ouder met het gezag te worden belast op grond van de artikelen 253b, c end niet ten gevolge kan hebben dat beide ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen.

Artikelen 253f, 253g en 253h

Deze artikelen treden in de plaats van de huidige artikelen 283, 285, 286 en 294, Boek 1 B.W.

Artikel 253f stemt inhoudelijk overeen met artikel 283, Boek 1 B.W. Na de dood van één der ouders oefent de overlevende ouder alleen het gezag over de kinderen uit, indien hij op het tijdstip van het overlijden dat ook al deed.

Artikel 253g is aan het huidige artikel 285, Boek 1 B.W. ontleend, waarin is bepaald dat, indien na gerechtelijke ontbinding van het huwelijk of na scheiding van tafel en bed de ouder die het gezag heeft, overlijdt, de rechtbank voorziet in de voogdij over deze kinderen. Het voorgestelde artikel is ruimer van opzet. Het ziet op alle gevallen dat van de ouders degene overlijdt die het gezag over de kinderen alleen uitoefent. Dit betreft niet alleen de gevallen na echtscheiding, ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed of scheiding van tafel en bed, maar ook de gevallen dat beide ouders gezamenlijk het gezag hebben gehad op grond van een aantekening in het voogdijregister en nadien één van de ouders het gezag heeft gekregen op grond van een rechterlijke beslissing. Tevens ziet het artikel op het geval dat de overlevende ouder nog nooit het gezag over de kinderen heeft uitgeoefend, bij voorbeeld omdat de moeder van de kinderen altijd daarmee belast is geweest. Tenslotte kan één van de ouders onbevoegd zijn geworden tot het gezag of ontheven of ontzet zijn van het gezag. Daarna is dan de overleden ouder belast geweest met het gezag. Wil artikel 253g in dat geval van toepassing kunnen zijn, dan zal eerst de grond voor de onbevoegdheid of de ontzetting of ontheffing moeten zijn weggefallen. Wat betreft de competentieverdeling wordt de thans bestaande situatie gehandhaafd (zie ook paragraaf 1.10 van deze toelichting). Na scheiding – daaronder begrepen ook de scheiding van tafel en bed – is de rechtbank bevoegd omdat deze over de scheiding in eerste aanleg en de daarmee verband houdende gezagsvoorziening heeft beslist. Indien de overlevende ouder was ontheven of ontzet van het gezag, beslist de rechtbank – die immers ook bevoegd was tot een dergelijke maatregel – eveneens. Nieuw is de niet-huwelijkse situatie. Consistent is om ook in dat geval, indien de overleden ouder na gezamenlijke gezagsuitoefening alleen met het gezag was belast, de rechtbank bevoegd te doen zijn. Deze heeft ook over het eenhoofdig gezag beslist. In de andere gevallen dat na overlijden in het gezag moet worden voorzien, is en blijft de kantonrechter bevoegd maatregelen te treffen.

Uit de in het derde lid van artikel 253g gebruikte afwijzingsgrond blijkt weer dat er een voorkeur bestaat om zoveel mogelijk de ouders met het gezag te belasten.

Artikel 253h is ontleend aan het huidige artikel 286 Boek 1 B.W. Het ziet op de situatie dat na het overlijden van een der ouders een ander dan de overlevende ouder het gezag heeft verkregen. Ook hier geldt het beginsel dat een ouder die het gezag over zijn kind niet heeft, altijd de rechter kan verzoeken hem dit gezag toe te vertrouwen.

Over de bepaling van het derde lid van het onderhavige artikel en van het vierde lid van artikel 253g, betrekking hebbende op de testamentaire voogdij overeenkomstig artikel 292 Boek 1 B.W., zij nog het volgende opgemerkt. Onder het thans geldende recht wordt wanneer de overlevende ouder om het gezag verzoekt, terwijl de overleden ouder testamentair een voogd had aangewezen, onderscheid aangebracht tussen de situatie dat de voogd formeel het gezag nog niet uitoefent en de situatie dat hij dat wel doet. In eerstgenoemde situatie – het gaat hier om artikel 285, derde en vierde lid – wordt duidelijk de voorkeur gegeven aan de overlevende ouder boven de derde-voogd. Het verzoek wordt in beginsel toegewezen. Het wordt slechts afgewezen indien bij inwilliging verwaarlozing van de belangen van het kind moet worden gevreesd. In het andere geval, wanneer de testamentair aangewezen voogd reeds als zodanig is opgetreden – artikel 286, tweede en derde lid – ligt de zaak

anders. Het gaat dan om een voogdijwijziging. De beoordelingsgrond van artikel 286, tweede lid, is ruimer: beoordeeld moet worden of de gezagswijziging in het belang van het kind is.

In het antwoord op vragen van het lid der Tweede Kamer Wolffensperger over testamentaire voogdij (Tweede Kamer vergaderjaar 1991–1992, Aangangsels nr. 691), is door de Minister van Justitie en ondergetekende erkend dat bedoeld onderscheid in de praktijk tot onbillijkheden kan leiden. Toegezegd is wijziging van de thans bestaande regeling op dit punt te zullen bevorderen, in die zin dat door de rechter eenzelfde beoordelingsgrond wordt gehanteerd. Ik zou echter hierin de volgende nuancering willen aanbrengen. In de hier bedoelde gevallen wordt welhaast vanzelfsprekend uitgegaan van de situatie dat de ouder direkt, althans binnen een redelijke termijn, na het overlijden van de andere ouder actie onderneemt om met het gezag te worden belast. Dat hij alsdan een voorkeurspositie bekleedt boven de testamentaire voogd, ongeacht of deze laatste de voogdij reeds daadwerkelijk uitoefent, acht ik gerechtvaardigd. Evenwel, wanneer de ouder pas geruime tijd nadat voor de testamentaire voogd de gezagsuitoefening is begonnen, om gezagswijziging verzoekt, is er mijns inziens geen goede grond aan te nemen dat de positie van de overgebleven ouder sterker zou moeten zijn. Voor een inhoudelijke rechterlijke toetsing aan het belang van het desbetreffende kind bestaat alle aanleiding.

Gelet op het bovenstaande wordt derhalve voorgesteld om ook voor de gevallen dat de testamentaire voogdij reeds is begonnen het beginsel te hanteren dat het verzoek van de ouder moet worden toegewezen, tenzij er duidelijke contra-indicaties zijn. Hier geldt mitsdien dezelfde beoordelingsgrond als in de situatie dat de testamentaire voogdij nog niet is begonnen. Als voorwaarde wordt echter gesteld dat het verzoek van de overlevende ouder om met het gezag te worden belast binnen één jaar nadat de testamentaire voogdij een aanvang heeft genomen, wordt gedaan. Zulks is in het derde lid van het nieuwe artikel 253h – dat, zoals reeds eerder opgemerkt, correspondeert met het huidige 286 – tot uitdrukking gebracht. Ongeacht of de testamentaire voogd reeds is opgetreden, wordt derhalve als afwijzingsgrond het criterium «gegronde vrees voor verwaarlozing van de belangen van het kind» gehanteerd, mits het verzoek van de overgebleven ouder binnen één jaar wordt gedaan. In deze opzet kan artikel 294 Boek 1 B.W. vervallen (zie artikel I, onderdeel M, nummer 28).

Er zij op gewezen dat het bepaalde in het huidige artikel 284 in het onderhavige wetsvoorstel niet is overgenomen. Het gaat hier om de benoeming van een curator ventris, indien de vrouw na het overlijden van haar man verklaart zwanger te zijn. Ik ben van mening dat de zwangere vrouw na het overlijden van haar echtgenoot in het algemeen zelf de belangen van het ongeboren kind kan behartigen.

Artikel 253i

Dit artikel stemt inhoudelijk overeen met het huidige artikel 247 Boek 1 B.W. Hierin is neergelegd de regel dat bij tweehoofdig gezag de ouders ook gezamenlijk het bewind voeren en het kind vertegenwoordigen (lid 1). Geschillen tussen de ouders hieromtrent kunnen aan de rechter (hier de kantonrechter) worden voorgelegd (lid 2). In het geval dat één ouder met het gezag is belast, berusten het beheer over het vermogen en de vertegenwoordiging van het kind ingevolge het derde lid bij die ouder.

Het vierde lid noemt de drie gevallen waarin van het bovenstaande kan worden afgeweken.

Ingevolge het bepaalde onder a kan, bij eenhoofdig gezag, de rechter bepalen dat de bewindvoering wordt opgedragen aan de niet met het

gezag belaste ouder. Beide ouders moeten hierom verzoeken. Een verzoek daartoe door één ouder is ook mogelijk, mits de ander zich daartegen niet verzet. Het moet de rechter duidelijk zijn dat de ouders het op dit punt eens zijn. In paragraaf 1.7. is dit voorstel reeds aan de orde geweest en is uiteengezet dat onder het thans geldende recht deze mogelijkheid bij scheiding van tafel en bed reeds bestaat (artikel 247, vierde lid, onder a, Boek 1 B.W.). Het gaat hier derhalve om een uitbreiding van een bestaande regeling.

De onderb en c genoemde uitzonderingen zijn gelijk gebleven aan het bepaalde onderb en c van het huidige artikel 247, vierde lid. De onderb omschreven uitzondering ziet op de situatie dat meerdere kinderen uit een gezin goederen gemeen hebben, maar wegens ontheffing of ontzetting van een hunner ouders van het gezag, onder het gezag van verschillende personen komen. In dat geval kan de rechtbank ingevolge artikel 276, tweede lid, Boek 1 B.W. een van die personen of een derde aanwijzen om over deze goederen tot de verdeling het bewind te voeren. Deze regel kan tot gevolg hebben dat, indien de andere ouder een van de gezagsdragers is, deze ouder tot de verdeling der goederen daarover geen bewindvoerder is. De uitzondering onder c betreft het bij schenking of bij testament ingesteld bewind.

Ingevolge het vijfde lid dat gelijk is aan het vijfde lid van het huidige artikel 247, moet in het geval bedoeld onder d de bewindvoerder desgevraagd aan de ouders rekening en verantwoording afleggen.

Ingevolge het eveneens gelijk gebleven zesde lid komt bij verval van het ingesteld bewind dat bewind automatisch toe aan de in de leden 1 en 3 bedoelde ouder(s).

Artikelen 253j en 253k

Redactioneel komen deze artikelen overeen met de huidige artikelen 248 en 249 Boek 1 B.W. Het laatste zinsdeel van artikel 249 is in verband met het laten vervallen van de toeziende voogdij geschrapt.

Inhoudelijk verschillen de nieuwe artikelen in zoverre van de thans geldende dat eerstgenoemde ook van toepassing zijn op de ouder die na ontbinding van het huwelijk het gezag alleen uitoefent en de anderszins ongehuwde ouder die het gezag alleen uitoefent. Deze ouder – die onder het huidige recht de «voogdij» uitoefent – valt thans onder afdeling 12 van titel 15 (Het bewind van de voogd). In de onderhavige voorstellen is de voogdij evenwel uitsluitend aan derden voorbehouden. Wat betreft het nieuwe artikel 253k betekent dit dat de ouder die anders dan binnen het huwelijk alleen het gezag uitoefent, niet langer verplicht is een boedelbeschrijving of verklaring (artikelen 338 en 339 Boek 1 B.W.) ter griffie van het kantongerecht in te leveren.

Artikel 253l

In dit artikel is de regel opgenomen dat de met het gezag belaste ouders het vruchtgenot hebben over het vermogen van hun minderjarige kinderen. Deze bepaling is thans ondergebracht in artikel 251 Boek 1 B.W. Ingevolge dit artikel omvat het vruchtgenot mede het inkomen uit arbeid van de bij de ouder inwonende minderjarige. In de eerder genoemde notitie over de rechtspositie van minderjarigen is wijziging van deze regel reeds aangekondigd (Hoofdstuk 5). Zoals door mij reeds werd aangegeven in het mondeling overleg hierover van 7 november 1990 beschouw ook ik deze aanspraak van de ouder niet langer als wenselijk. De voorziening dat het inwonende kind kostgeld betaalt sluit meer bij de praktijk aan. Een kind dat bij zijn ouders inwoont en loon ontvangt zal over het algemeen een deel daarvan aan zijn ouders afstaan als tegemoetkoming in de kosten die voor hem in gezinsverband worden

gemaakt. Hierover zullen afspraken worden gemaakt door ouder en kind. Het draagkrachtbeginsel speelt ook hier een rol. De hoogte van het kostgeld is gerelateerd aan de hoogte van het inkomen van het kind. Factoren waarmee verder rekening moet worden gehouden zijn de totale kosten van de huishouding van het gezin, de eventuele geldelijke inbreng van andere gezinsleden en de financiële stand van de ouders. Voor zover mij bekend geeft het afdragen van kostgeld over het algemeen geen problemen tussen ouder en kinderen. Ik heb dan ook geen reden aan te nemen dat de voorgestelde regeling, die de thans op dit vlak bestaande praktijk confirmeert, tot problemen aanleiding zal geven.

Het tweede lid is inhoudelijk gelijk aan het tweede lid van het huidige artikel 251. Een ontzette ouder heeft nimmer het vruchtgenot. Een ontheven ouder heeft dit wél, tenzij de andere ouder met het gezag is belast.

In dit voorstel past ook het laten vervallen van de leden 2 en 3 van artikel 1638f B.W. Deze bepalingen regelen dat de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige werknemer betaling kan verlangen van het aan deze verschuldigde loon. Een voorstel tot overeenkomstige wijziging van art. 1638f zal bij afzonderlijk ontwerp geschieden.

De bepaling van het huidige artikel 252 Boek 1 B.W. is ondergebracht in het derde lid.

Artikel 253m

Deze bepaling is gelijk aan die van het huidige artikel 253 Boek 1 B.W.

Afdeling 3

Artikel 253n

De beëindiging van het gezamenlijk gezag dat na de scheiding heeft voortgeduurd (artikel 251, tweede lid) of van het gezamenlijk gezag dat door een aantekening is ontstaan (artikel 252) geschiedt door een rechterlijke beslissing. In paragraaf 1.8. is reeds betoogd dat de inmenging van de rechter in dit geval noodzakelijk wordt geacht. Het gaat om de gevallen dat de ouders of één van hen bij nader inzien na de scheiding of na de aantekening het gezag niet langer gezamenlijk kunnen en willen uitoefenen. Er kan sprake zijn van een wijziging van omstandigheden, waardoor het belang van het kind er niet langer mee is gediend dat het gezamenlijk gezag voortduurt. Het kan bij voorbeeld zo zijn dat de contacten tussen de ouders onderling zo stroef verlopen – ook als het gaat om zaken die het kind betreffen – dat in het vervolg beter één van de ouders het gezag kan uitoefenen. Tegelijk met de beslissing als hier bedoeld kan in een omgangsregeling worden voorzien, als de ouders het daarover niet zelf eens kunnen worden.

In deze bepaling wordt niet alleen verwezen naar de hierboven besproken artikelen 251 en 252, maar ook naar de artikelen 253q, vijfde lid, en 277, eerste lid. In artikel 253q gaat het om het geval dat de ouder die het gezag alleen uitoefende door onbevoegdheid het gezag niet meer heeft en dit door de kantonrechter aan de andere ouder is opgedragen. Indien de onbevoegdheid is weggevallen (de ondercuratelestelling kan bij voorbeeld zij opgeheven), kunnen de niet met elkaar gehuwde ouders weer gezamenlijk met het gezag worden belast. Deze beslissing kan in geval van wijziging van omstandigheden of indien de kantonrechter van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan, worden gewijzigd door de rechtbank op grond van artikel 253n. Alsdan wordt één van de ouders met het gezag belast.

Mutatis mutandis doet zich dit voor in het geval de ene ouder wordt

ontzet of ontheven van het gezag en de andere ouder, die niet met de ontheven of ontzette ouder is gehuwd, daarmede wordt belast. Indien de ontheven of ontzette ouder wordt «hersteld in het gezag», kunnen de ouders bij die gelegenheid verzoeken dat hen gezamenlijk het gezag over het kind toekomt. Deze laatste beslissing kan in geval van wijziging van omstandigheden of als de rechter bij het nemen van de beslissing van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan, weer worden gewijzigd op grond van het bepaalde in het onderhavige artikel.

De gronden waarop een rechterlijke beslissing inzake het gezamenlijk gezag of een aantekening als bedoeld in artikel 252 kan worden gewijzigd, zijn dezelfde als die waarop een beslissing inzake het gezag door een ouder alleen kan worden gewijzigd. Ook in het huidige recht worden deze gronden gebruikt. Zie bij voorbeeld de artikelen 162 en 171, eerste lid, en artikel 291, tweede lid, Boek 1 B.W.

Artikel 253o

Artikel 253o is hiervoor al op diverse plaatsen aan de orde geweest (zie paragraaf 1.6., 1.7. en 1.8. en de toelichting bij de artikelen 253b,c en d).

Het artikel is ontleend aan de huidige artikelen 162 en 171, eerste lid, Boek 1 B.W. en ook aan artikel 291 Boek 1 B.W.

De beslissingen waarop dit artikel ziet betreffen onder andere die inzake de uitoefening van het gezag door één ouder na de gerechtelijke ontbinding van het huwelijk of na scheiding van tafel en bed of nadat een aantekening als bedoeld in artikel 252 was gedaan. Tevens ziet het artikel bij voorbeeld op het geval dat ingevolge artikel 253c de vader met het gezag is belast, nadat de moeder dit eerst heeft gehad, en thans wordt verzocht deze beslissing te wijzigen.

Zoals al verschillende malen in deze toelichting is aangegeven, moet bij wijziging van omstandigheden worden gedacht aan een zodanige verandering van de situatie dat het niet langer in het belang van het kind is om de bestaande gezagsuitoefening te handhaven. Vanzelfsprekend vormt het enkele feit dat een ouder die, bij voorbeeld na echtscheiding, niet met het ouderlijk gezag is belast, is hertrouwd, op zich nog niet voldoende reden voor een gezagswijziging te zijnen of harer gunste.

Artikel 253p

Het bepaalde in dit artikel houdt mede verband met het thans in artikel 280, eerste lid, onder c en tweede lid, Boek 1 B.W. bepaalde.

Het tijdstip waarop een rechterlijke beslissing inzake het gezag begint te werken, is voor de voogdij en het ouderlijk gezag hetzelfde: zodra de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan, of, indien de beschikking uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, daags nadat de griffier mededeling heeft gedaan aan degene aan wie het gezag is opgedragen. Evenwel dient na de gerechtelijke ontbinding van het huwelijk of na scheiding van tafel en bed eerst de beschikking houdende ontbinding van het huwelijk of scheiding van tafel en bed ingeschreven te zijn in de registers van de Burgerlijke Stand of dient door de griffier medegedeeld te zijn dat de aantekening in de voogdijregisters is doorgehaald. Ingevolge het vierde lid van artikel 251 blijft het gezag tot het moment dat de beslissing inzake het gezag gaat werken bij degene die dit tijdens het geding had.

In het vierde lid is bepaald dat het artikel niet ziet op het geval dat de ouders na de scheiding gezamenlijk met het gezag belast blijven en er geen voorlopige voorzieningen zijn getroffen tijdens de scheidingsprocedure. Het gezamenlijk gezag dat tijdens het huwelijk bestond, loopt dan gewoon door.

In verband met dit artikel kunnen het tweede en derde lid van het

huidige artikel 280 Boek 1 B.W. vervallen (artikel I, onderdeel M, nummer 23).

Artikelen 253q en 253r

Artikel 253q geeft een regeling voor het geval dat een of beide ouders onbevoegd is tot het gezag dat de ouders gezamenlijk uitoefenen of een ouder alleen uitoefent. Deze regeling komt erop neer dat als de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen en één van beiden is onbevoegd, de andere ouder alleen het gezag heeft. Zijn beiden onbevoegd dan wordt een voogd benoemd. Is één van beide ouders die alleen het gezag uitoefent, onbevoegd, dan wordt de andere ouder met het gezag belast, tenzij gegronde vrees bestaat dat de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd. Bedoelde grond wordt in Boek 1 B.W. in het algemeen gebruikt om na te gaan of één ouder met het gezag kan worden belast. Indien de andere ouder niet met het gezag wordt belast, benoemt de kantonrechter een voogd. Wanneer de grond voor onbevoegdheid is weggevallen, bestaat de mogelijkheid om weer hetzij gezamenlijk met de ander ouder hetzij alleen in plaats van de andere ouder of de voogd met het gezag te worden belast (vijfde lid).

Ingevolge artikel 253r is het in artikel 253q bepaalde van overeenkomstige toepassing als een of beide ouders al dan niet tijdelijk in de onmogelijkheid verkeert het gezag uit te oefenen. Een ouder verkeert in die onmogelijkheid, indien hij of zij volstrekt niet bij machte is te zorgen voor het kind. Van tijdelijke onmogelijkheid is bij voorbeeld sprake, indien een ouder geruime tijd buitenslands verblijft. Ook als het bestaan of de verblijfplaats van één of beide ouders onbekend is, is artikel 253q van toepassing.

In de genoemde gevallen is het gezag van een of beide ouders geschorst. De schorsing impliceert niet dat het gezag in alle gevallen dat de grond voor schorsing is weggevallen, automatisch herleeft. Zie daarvoor het vijfde lid van artikel 253q dat van overeenkomstige toepassing is.

Het hier bepaalde is deels ontleend aan de artikelen 246, derde lid j° 297 en 324, vierde lid, Boek 1 B.W. In dat verband worden bedoelde artikelen gewijzigd of vervallen zij (zie onderdeel M van artikel I).

Artikel 253s

Dit artikel stemt inhoudelijk overeen met het huidige artikel 246a Boek 1 B.W. Het betreft het blokkaderecht van pleegouders.

Onderdelen C tot en met K

De gevolgde systematiek van de nieuwe titel 14 is in paragraaf 1.2 uiteengezet. De voorgestelde wijzigingen in de onderdelen C tot en met K strekken ertoe de nieuwe indeling te bewerkstelligen.

De wijzigingen van sommige opschriften van afdelingen houden verband enerzijds met de gewijzigde terminologie (in plaats van «ouderlijke macht» ouderlijk gezag) anderzijds met het voorstel de voogdij door een ouder te schrappen, alsmede met het voorstel het instituut van de toeziende voogdij te laten vervallen.

Onderdeel L

Hierin is opgenomen de nieuwe titel 15 over omgang en informatie. In het algemene deel van deze toelichting is uitvoerig op dit onderdeel ingegaan, zodat de bepalingen van deze titel, met uitzondering van die van artikel 377h hier verder geen bespreking behoeven.

Artikel 377h ziet op de situatie van tweehoofdig gezag. Voor het geval dat betrokkenen, ondanks de omstandigheid dat het gezag gezamenlijk wordt uitgeoefend, er toch behoefte aan blijken te hebben om over omgang en informatie een en ander vast te leggen, kunnen zij op grond van deze bepaling de rechter hierom verzoeken. In de hoofdregel van het eerste lid wordt voor wat betreft de aard van de informatie gerefereerd aan het eerste lid van artikel 377b, dat betreft het recht tegenover de andere ouder te worden geïnformeerd en geraadpleegd. Verder wordt verwezen naar het eerste lid van artikel 377c dat betreft informatie door derden. Ingevolge het tweede lid zijn de bepalingen van de artikelen 377a, vierde lid, 377e en 377g van overeenkomstige toepassing. Een dergelijke omgangsbeslissing moet immers ook gewijzigd kunnen worden. Ook is het niet ondenkbaar dat het kind zelf behoefte heeft de rechter om een regeling te vragen.

Onderdeel M

Dit onderdeel bevat de overige wijzigingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek. De meeste wijzigingen zijn van technische aard. Zij zijn het directe gevolg van de nieuwe terminologie die het onderhavige wetsvoorstel hanteert waarbij de term «ouderlijke macht» wordt vervangen door «ouderlijk gezag» en de term «voogdij» uitsluitend ziet op gezag dat door derden wordt uitgeoefend. Daarnaast vloeien zij voort uit het schrappen van het instituut van de toeziende voogdij. Alleen de onder de nummers 9, 10, 20, 37, 66 en 67 voorgestelde wijzigingen behoeven toelichting.

Nummer 9

Artikel 229

Ingeval van stiefouderadoptie bestaat ook thans reeds de mogelijkheid een omgangsregeling te doen vaststellen tussen de oorspronkelijke niet-adopterende ouder en het kind. Artikel 377a, dat de omgang regelt, wordt ook thans van overeenkomstige toepassing verklaard. De bepalingen van de artikelen 377b en c gelden hier eveneens. Ik zie geen reden de oorspronkelijke ouder hiervan uit te sluiten.

Nummer 10

Artikel 234

Het uitgangspunt dat minderjarigen voor het verrichten van rechtshandelingen de toestemming van hun wettelijke vertegenwoordigers nodig hebben, is positief geformuleerd. Daarmede wordt aangesloten bij de op dit terrein bestaande praktijk. De bepaling van het derde lid heeft betrekking op die praktijk. De veronderstelling van dit lid gaat vanzelfsprekend niet op indien de wettelijke vertegenwoordiger bezwaar maakt tegen het desbetreffende handelen van de minderjarige.

Nummer 20

Artikel 277

De redactie van artikel 277 is vereenvoudigd omdat geen onderscheid meer wordt gemaakt tussen het gezag van ouders na scheiding van tafel en bed en het gezag na de gerechtelijke ontbinding van het huwelijk. In beide gevallen is er sprake van gezag, gezamenlijk gezag dan wel eenhoofdig gezag. Dit artikel bepaalt dat een ouder die was ontheven of

ontzet uit het gezag, na ongedaanmaking daarvan, op zijn verzoek in het gezag kan worden hersteld. Mogelijk is ook dat deze ouder tezamen met de andere ouder het gezag weer krijgt; het verzoek moet dan van beide ouders afkomstig zijn. Het tweede lid ziet op de situatie dat de ontheven of ontzette ouder de rechtbank verzoekt hem alleen met het gezag te belasten, terwijl bij de ontzetting of ontheffing het gezag aan de andere ouder was opgedragen. Omdat het in het algemeen in het belang van kinderen is dat wisselingen in het gezag zoveel mogelijk beperkt blijven, wordt dit verzoek alleen toegewezen indien de rechter bij de beslissing tot ontheffing of ontzetting van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan dan wel de omstandigheden na de beslissing tot ontheffing of ontzetting zijn gewijzigd. De wijziging van omstandigheden dient zodanig te zijn dat het belang van het kind er mee is gediend dat de ontheven of ontzette ouder weer met het gezag wordt belast.

Nummer 37

Artikel 325

Ingevolge het huidige artikel 325 heeft ontzetting of ontheffing van het gezag over een minderjarige – daaronder valt ook de toeziende voogdij – onbevoegdheid tot de voogdij en toeziende voogdij over die minderjarige tot gevolg, behoudens herstel van de ouder-voogd of de ouder-toeziende voogd. Aangezien artikel 325 in het onderhavige wetsvoorstel slechts betrekking heeft op de uitoefening van het gezag door derden en daarnaast wordt voorgesteld het instituut van de toeziende voogdij te doen vervallen, heeft deze bepaling materieel weinig betekenis meer. Zij geeft impliciet alleen nog aan dat een ontzette voogd niet in het gezag over de desbetreffende minderjarige kan worden hersteld. Dit laatste wordt thans expliciet in artikel 335 bepaald (zie hierna onder nummer 46).

Zoals hierboven reeds aangegeven, bestaat de mogelijkheid dat een ouder, die ontheven of ontzet is van het gezag, langs de weg van artikel 277 Boek 1, B.W. (herstel in het gezag) het gezag over dat kind wederom verkrijgt. In het onderhavige wetsvoorstel is uit artikel 246 af te leiden dat iemand die ontheven of ontzet is uit het gezag over een bepaalde minderjarige niet uitgesloten is van het gezag over andere minderjarigen, tenzij een van de twee laatste in dit artikel genoemde omstandigheden zich zouden voordoen.

Voorgesteld wordt dan ook artikel 325 te schrappen.

Nummers 66 en 67

Artikelen 406 en 407

De voorgestelde verruiming van artikel 406 is hiervoor in paragraaf 1.6. reeds aan de orde geweest. Artikel 406 is thans nog beperkt tot het geval dat een ouder of stiefouder, die het gezag over zijn kind niet uitoefent, zijn onderhoudsverplichting niet nakomt. Voorgesteld wordt de bepaling voor alle gevallen waarin een ouder of stiefouder deze verplichting niet nakomt te laten gelden. Zo zal het artikel ook van toepassing zijn als de ouders gehuwd zijn maar gescheiden van elkaar leven, terwijl de kinderen bij een van hen verblijven. Voldoet de ouder bij wie het kind niet verblijft niet aan zijn onderhoudsverplichting dan kan de rechter verzocht worden hem een bijdrage op te leggen.

Artikel 407 is in verband hiermede eveneens verruimd. Herhaald zij dat nog geen rekening is gehouden met mogelijke regeringsvoorstellen inzake de financiële taken van de raden voor de kindbescherming.

Artikel II

Wijzigingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

Vooraf zij opgemerkt dat een groot aantal van de in Artikel II opgenomen wijzigingsvoorstellen van terminologische aard zijn. Zij vloeien met name voort uit het voorstel de term «ouderlijke macht» te vervangen door «ouderlijke gezag» en het voorstel het instituut van de toeziende voogdij te laten vervallen. Dergelijke wijzigingen worden hieronder niet afzonderlijk toegelicht.

Bij de voorbereiding van de onderhavige wijzigingsvoorstellen met betrekking tot het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is uitgegaan van het nieuwe scheidingsprocesrecht dat met ingang van 1 januari 1993 in werking is getreden (Wet van 1 juli 1992, Stb. 373).

Onderdelen A en B

Voorgesteld wordt de paragrafen 1 en 1a van de tweede afdeling van de Zevende Titel van het Derde Boek Rv. te vervangen door twee nieuwe paragrafen waarvan de bepalingen niet zozeer inhoudelijk als wel qua terminologie en systematiek van die van de huidige paragrafen verschillen. Paragraaf 1 ziet op beschikkingen inzake het gezag en paragraaf 1a op beschikkingen inzake de omgang. De huidige paragraaf 1a is ingevoegd bij de Wet van 13 september 1990 (Stb. 482). Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat hetgeen is bepaald in de eerste afdeling van titel 7 en in de algemene regeling voor de verzoekschriftprocedures (artikelen 429a e.v. Rv.) ook voor de procedure ingevolge deze paragrafen geldt, voorzover daarvan niet wordt afgeweken.

Ingevolge de parallel-artikelen 929 en 933 ziet de regeling niet op verzoeken betreffende respectievelijk het gezag en de omgang die gelijktijdig bij de scheidingsprocedure worden verzocht (artikel 827 Rv). De voor de scheidingsprocedure voorgestelde regeling geldt dan. Paragraaf 1 is ook niet van toepassing op verzoeken betreffende het gezag die in het kader van de uitoefening van het blokkaderecht van pleegouders worden gedaan. Hiervoor geldt de regeling van de artikelen 955a e.v. Rv.

De artikelen 930 en 934 (zie thans 929 en 934a) regelen de relatieve competentie. Uit de redactie van het eerste lid van deze artikelen volgt dat hieronder ook vallen verzoeken tot wijziging van gezags- en omgangsbeslissingen, dus ook een verzoek tot intrekking van een omgangsregeling of een verzoek tot ontzegging van de omgang. Ook valt onder artikel 930 het aan de kantonrechter gerichte verzoek om aantekening in het voogdijregister te gelasten van het gezamenlijk gezag van niet gehuwde ouders (artikel 252, derde lid). Verzoeken betreffende geschillen tussen de ouders bij gezamenlijke gezagsuitoefening worden eveneens hieronder begrepen (artikel 253a). Het tweede lid van artikel 930 en het derde lid van artikel 934 bevatten de uitzondering op de regel van de relatieve bevoegdheid van het eerste lid: als het gaat om de zogenoemde «vergeten kinderen» beslist de rechter die ook over de scheiding heeft beslist. Het gaat hier om de gevallen waarin een kind binnen 306 dagen na de ontbinding van het huwelijk door scheiding wordt geboren. Ingevolge artikel 253b, tweede lid berust het gezag dan bij de moeder. Indien bij voorbeeld de vader bij de scheiding het gezag over de andere aanwezige kinderen van partijen heeft gekregen, zal bij nadere beslissing alsnog een regeling inzake de omgang met het betrokken kind kunnen worden vastgesteld ten behoeve van de vader of is het mogelijk dat de vader met het gezag over dit jongste kind wordt belast en dat ten behoeve van de moeder een omgangsregeling wordt getroffen. Geschillen tussen de ouders omtrent het verstrekken van informatie als bedoeld in artikel 377c B.W. worden in beginsel eveneens

voorgelegd aan de rechtbank van de woonplaats van de minderjarige.

Artikel 931, dat inhoudelijk gelijk is aan het huidige artikel 929a, houdt een bijzondere bevoegdheidsregeling in waar het gaat om buitenlandse gezagsbeslissingen.

De artikelen 932 en 934b bepalen wie het recht van hoger beroep toekomt. In beide gevallen heeft ieder der ouders en heeft ieder ondanks wiens tegenspraak het verzoek is ingewilligd, de mogelijkheid van hoger beroep. Bij de omgangszaken heeft ook de verzoeker niet-ouder (bij voorbeeld de grootouder of de pleegouder) recht van hoger beroep. Bij gezagsbeslissingen speelt de categorie verzoekers niet-ouders geen rol. Het gaat hier immers alleen om ouderlijk gezag. De getroffen regeling stemt overeen met soortgelijke toekenningen van hoger beroep in Titel 7.

Anders dan in de huidige regeling (artikel 932 Rv.) is er geen verzet. Ik ben van mening dat een dergelijke voorziening niet nodig is. Ieder der ouders heeft de mogelijkheid van hoger beroep. Andere belanghebbenden die in de procedure worden opgeroepen om te worden gehoord, kunnen tegenspraak voeren en ontlenen daaraan, indien hun verzoek niet wordt toegewezen, recht van hoger beroep. Wél zal zoveel mogelijk ervoor moeten worden gezorgd dat de oproep betrokkenen bereikt. Waarborgen hiervoor zijn neergelegd in paragraaf 2 van de eerste afdeling van Titel 7 en in het Besluit tot hernieuwde vaststelling van het Besluit oproeping en mededelingen verzoekschriftprocedure (Besluit van 14 november 1986, Stb. 578).

Voor cassatie geldt de regeling die is neergelegd in de artikelen 426 e.v. Rv.

Onderdeel C, artikel 913 Rv.

Voorgesteld wordt het tweede lid van artikel 913 Rv., dat bepaalt aan wie de griffier de mededeling van een beschikking inzake de omgang doet, te wijzigen.

De thans voorgestelde ruimere regeling met betrekking tot de omgang brengt mede dat de kring van personen aan wie mededeling moet worden gedaan, uitbreiding behoeft. Behalve de ouders, de gezagdrager-niet-ouder en de raad voor de kindbescherming, moeten hier ook worden vermeld degene bij wie het kind zijn gewone verblijfplaats heeft (bij voorbeeld de pleegouder) en degene die anders dan als (pleeg)ouder omgang met het kind zal hebben of aan wie de omgang is ontzegd (hier moet met name gedacht worden aan de grootouders).

Artikel III

Dit artikel betreft de overgangsbepalingen in verband met de wijzigingen in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

In de onderdelen 1, 2, 5, 6 en 7 is rekening gehouden met de ontwikkelingen in de rechtspraak betreffende het gezamenlijk ouderlijk gezag na de gerechtelijke ontbinding van het huwelijk of na scheiding van tafel en bed, het gezamenlijk gezag van niet en nimmer met elkaar gehuwd geweest zijnde ouders en het omgangsrecht, opdat reeds gegeven rechterlijke beslissingen over deze zaken op de nieuwe wettelijke regeling kunnen aansluiten. Wat betreft onderdeel 2 van artikel III het volgende. Ouders die niet gehuwd zijn en dat ook niet met elkaar geweest zijn en die thans tezamen de ouderlijke macht hebben op grond van een beslissing van een kantonrechter die niet is aangetekend in de voogdijregisters, zullen alsnog aantekening van hun voornemen gezamenlijk het gezag over de kinderen op zich te nemen in het voogdijregister moeten doen. Gebeurt dat niet binnen een termijn van zes maanden na het in werking treden van deze wet dan komt van rechtswege het gezag toe aan de moeder. Daarna kunnen de ouders

vanzelfsprekend ook een verzoek tot een aantekening als bedoeld in artikel 252, eerste lid, Boek 1 B.W. doen. Deze regeling is nodig opdat uit de voogdijregisters kan worden afgelezen welke niet met elkaar gehuwde en gehuwd geweest zijnde ouder het gezamenlijk gezag over een kind hebben.

In de onderdelen 3 en 4 van artikel III is de overgangsregeling neergelegd in verband met het vervallen van de ouder-voogdij. De ouder die nu ouder-voogd is, is onder de nieuwe regeling de ouder die alleen het gezag over het kind heeft. De regelingen betreffende het gezag van een ouder alleen zijn verder voor deze ouder van toepassing. Er wordt ook geen onderscheid meer gemaakt tussen de uitoefening van de ouderlijke macht door een ouder alleen en ouder-voogdij. Vandaar dat in onderdeel 3 van artikel III dit op één lijn is gesteld met de ouder-voogdij. De tweede zin van onderdeel 3 ziet op het geval dat de gezagsdragende ouder meteen na inwerkingtreding van de onderhavige regeling de rechter verzoekt de voorziening van artikel 377b, eerste lid, met betrekking tot het informatie en consultatierecht van de andere ouder, buiten toepassing te verklaren. Als dan ligt het voor de hand de eventuele werking van genoemd eerste lid op te schorten totdat definitief over dat verzoek is beslist.

Artikel IV

In dit artikel wordt bepaald dat op eenmaal aangevangen procedures het oude procesrecht van toepassing blijft. In deze bepaling ligt tevens opgesloten dat het in werking treden van deze wet geen gevolg heeft voor de bevoegdheid van de rechter bij wie voordien een verzoek is ingediend. Zie ook artikel V van de Wet van 1 juli 1992 tot herziening van het scheidingsprocesrecht (Stb. 373).

De Staatssecretaris van Justitie,
A. Kosto