

Eenzijdig verzoek ongehuwde vader tot gezamenlijk gezag ontvankelijk?

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck

HR 27 mei 2005, NJ 2005, 485, m.nt. JdB (mrs. P. Neleman, D.H. Beukenhorst, A.M.J. van Buchem-Spapens, P.C. Kop, W.A.M. van Schendel; A-G mr. L. Strikwerda)

Verzoek ongehuwde vader tot gezamenlijk gezag; niet-ontvankelijkheid op grond van artikel 1:252 BW in strijd met artikel 6 lid 1 EVRM? Uitleg artikelen 1:253c lid 1 en 253e BW

De feiten en het geding in feitelijke instanties¹

De vader en de moeder hebben een affectieve relatie met elkaar gehad, die in maart 1999 is geëindigd. Het kind is in 1995 uit deze relatie geboren. De moeder is van rechtswege belast met het gezag over het kind, dat bij haar woont (art. 1:253b). De vader heeft het kind erkend (art. 1:203 e.v.).

De kantonrechter heeft, voor zover in cassatie van belang, het primaire verzoek van de vader tot wijziging van het gezag over het kind in diër voege dat de vader bij uitsluiting met het gezag over hem zal worden bekleed, afgewezen (art. 1:253c). De vader heeft in het door hem ingestelde hoger beroep onder handhaving van zijn primaire verzoek het hof verzocht subsidiair te bepalen dat partijen gezamenlijk met het gezag over het kind worden belast, met bepaling dat de beschikking van het hof in de plaats komt van de machtiging van de moeder aan de vader om inschrijving daarvan in het gezagsregister (art. 1:244) te doen plaatsvinden, zulks voor zover noodzakelijk.

Het hof heeft de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd voor zover daarbij het primaire verzoek van de vader werd afgewezen, en heeft de vader in zijn alsnog in hoger beroep gedane subsidiaire verzoek niet-ontvankelijk verklaard. Daartoe overwoog het hof (rov. 4.3):

‘Het subsidiaire verzoek van de vader, dat ertoe strekt dat hij samen met de moeder het ouderlijk gezag over het kind zal uitoefenen en dat voor het eerst in hoger beroep is gedaan, kan slechts toewijsbaar zijn indien aan de daaraan in artikel 1:252 BW gestelde voorwaarden is voldaan. Voor de vader biedt de wet immers geen andere mogelijkheid om die rechtstoestand te bereiken. Alleen al omdat het hier niet een gezamenlijk verzoek van de beide ouders van het kind betreft – de moeder verzet zich zelfs tegen toewijzing daarvan – is de vader niet-ontvankelijk in zijn subsidiaire verzoek. Anders dan de vader betoogt, kan het vereiste dat het verzoek van de beide ouders afkomstig moet zijn, niet als een ontoelaatbare inmenging in het recht op eerbiediging van ‘family life’ van de vader als de niet met het gezag belaste ouder worden geoordeeld. De situatie van het onderhavige geval verschilt van die in het arrest² van het Hof Leeuwarden van 5 februari 2003, NJ 2003, 352, waarop de vader doelt. In het onderhavige geval is de vader niet gehuwd geweest met de moeder, voor welke situatie de – nog recentelijk gewijzigde – wetgeving niet de mogelijkheid creëert om tegen de wil van de moeder te bewerkstelligen dat het ouderlijk gezag over het kind wordt gewijzigd van een eenhoofdig gezag in een gezamenlijk gezag. Het door het Hof Leeuwarden besliste geval betrof evenwel een inbreuk bij echtscheiding in³ het recht op eerbiediging van ‘family life’, waar immers het ouderlijk gezag aan een van de ouders was toegekend na echtscheiding, in welk kader het vereiste van artikel 1:253o BW, eerste lid, tweede volzin, een ontoelaatbare inmenging in het familie- en gezinsleven van die ouder werd geoordeeld.’

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het tegen de beschikking van het hof gerichte cassatiemiddel als volgt:

¹ Ontleend aan de punten 3.1, 3.2 en 3.3 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

² Lees: de beschikking. Het ging hier immers om een verzoekschriftprocedure in de zin van het familieprocesrecht (art. 798 e.v. Rv).

³ Lees: op.

‘3.4. Het hiertegen gerichte middel stelt de vraag aan de orde of de in art. 1:252 BW besloten liggende regel dat de rechter het gezamenlijk gezag over een kind van ouders die niet met elkaar gehuwd zijn (geweest) en die nimmer het gezag over hun kind gezamenlijk hebben uitgeoefend, slechts op gezamenlijk verzoek van de ouders en niet enkel op verzoek van de vader kan toekennen, een ongeoorloofde beperking is van het door art. 6 lid 1 EVRM aan de vader gegarandeerde recht op toegang tot de rechter ter vaststelling van zijn aan art. 8 lid 1 EVRM ontleende aanspraak op bescherming van zijn recht op ‘the exercise of parental rights’. Die vraag moet bevestigend worden beantwoord. Nu de vader het kind heeft erkend, bestaat tussen hen beiden in beginsel een band die als familie- en gezinsleven in de zin van art. 8 lid 1 EVRM kan worden aangemerkt. Een ‘fundamenteel element’ van het familie- en gezinsleven van ouder en kind wordt gevormd door ‘the exercise of parental rights’, ook indien sprake is van een ‘natural family’, zoals in het onderhavige geval (vgl. R. tegen het Verenigd Koninkrijk, EHRM 8 juli 1987, no. 10496/83, rov. 64, Nielsen tegen Denemarken, EHRM 28 november 1988, no. 10929/84, rov. 61, en Kroon en anderen tegen Nederland, EHRM 27 oktober 1994, no. 18535/91, NJ 1995, 248, rov. 30). De vader ontleent aan art. 8 lid 1 EVRM een aanspraak op bescherming van zijn recht op ‘the exercise of parental rights’, welk recht tevens is te beschouwen als een burgerlijk recht in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, zodat dit artikellid de vader eveneens het recht op toegang tot de rechter garandeert ter vaststelling van dat recht. Voor de in art. 1:252 BW besloten liggende beperking van dat recht op toegang tot de rechter doordat het gezamenlijk gezag slechts door beide ouders kan worden verzocht, bestaat onvoldoende grond. De vader moet ten minste aan de rechter de vraag kunnen voorleggen of grond bestaat tot wijziging van het eenhoofdige gezag van de moeder in gezamenlijk gezag. Indien het recht op eerbiediging van het ‘family life’ van de moeder of het kind of hun belangen zich tegen een dergelijke wijziging verzetten, kan dit leiden tot afwijzing van het verzoek, maar die mogelijkheid kan niet rechtvaardigen dat door niet-ontvankelijkverklaring van de vader in zijn verzoek hem het recht op toegang tot de rechter wordt ontnomen.

3.5. Het voorgaande leidt ertoe dat in overeenstemming met art. 6 lid 1 EVRM art. 1:253c lid 1 BW aldus moet worden uitgelegd dat de vader niet alleen om toekenning van eenhoofdig, maar ook van gezamenlijk gezag over het kind kan verzoeken, en dat art. 1:253e BW aldus moet worden uitgelegd dat, indien het verzoek van de vader ingevolge art. 1:253c lid 1 BW tot toekenning van gezamenlijk gezag over het kind wordt ingewilligd, dit tot gevolg heeft dat, indien de moeder het gezag tot dusverre alleen uitoefende, zij dit voortaan gezamenlijk met de vader uitoefent.

3.6. Het middel is, voor zover hiervoor besproken, gegrond. Het behoeft voor het overige geen behandeling.’

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt de beschikking van het gerechtshof te Arnhem van 27 april 2004 en verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing.

NOOT

1 Geldend gezagsrecht

De ongehuwde vader heeft in deze zaak primair het eenhoofdige gezag over zijn kind verzocht. Hij wilde dus het gezag in plaats van de moeder gaan uitoefenen. Dit verzoek was gebaseerd op artikel 1:253c lid 1. Zoals was te verwachten, heeft de rechter dit verzoek afgewezen. In de praktijk wordt een dergelijk verzoek meestal afgewezen, gelet op de redactie van artikel 1:253c lid 2, dat bepaalt dat, wanneer de moeder het gezag over het kind uitoefent, dit verzoek slechts wordt ingewilligd, indien de kantonrechter dit in het belang van het kind wenselijk oordeelt. De vader zou een grotere kans van slagen hebben gehad, wanneer een voogd het gezag over het kind zou hebben uitgeoefend. Artikel 1:253c lid 3 bepaalt immers dat, wanneer niet in het gezag is voorzien of wanneer een voogd het gezag uitoefent, het verzoek slechts wordt afgewezen, indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd. Met ‘vader’ wordt in artikel 1:253c lid 1 de juridische vader bedoeld, dus de man die in familierechtelijke betrekking tot het kind staat (art. 1:197 jo. art. 1:199). Dat was hier geen probleem, nu de man het kind had erkend (art. 1:199, aanhef en onder c, jjs. art. 1:203 e.v.).

Hoe zit het vervolgens met het subsidiaire verzoek van de vader tot gezamenlijk gezag? Nu de vader en de moeder niet met elkaar zijn gehuwd, ook niet met elkaar gehuwd zijn geweest en

evenmin ooit het gezag over hun kind gezamenlijk hebben uitgeoefend, zouden zij op grond van artikel 1:252 lid 1 dit gezag gezamenlijk kunnen uitoefenen, indien zulks *op hun beider verzoek* in het gezagsregister van artikel 1:244 zou zijn aangetekend. De moeder werkte echter niet mee aan een dergelijk verzoek, sterker nog: zij verzette zich zelfs tegen toewijzing daarvan, zoals het hof in zijn beschikking opmerkt (rov. 4.3). De wet biedt dan verder geen mogelijkheden aan de vader om op eenzijdig verzoek gezamenlijk gezag te verkrijgen. Als de moeder wél haar medewerking aan het verzoek van de vader zou hebben verleend, zou de griffier van de rechtbank vervolgens moeten hebben getoetst of zich een van de vijf in artikel 1:252 lid 2 genoemde gronden voor weigering van de aantekening in het gezagsregister voordoet, terwijl tegen de weigering van de aantekening op grond van artikel 1:252 lid 3 slechts beperkt beroep mogelijk is.

Het hof verklaart de vader niet-ontvankelijk in zijn subsidiaire verzoek tot gezamenlijk gezag. Op zichzelf merkt het hof terecht op dat de onderhavige zaak niet is te vergelijken met de zaak die aan de orde was in de beschikking van het Hof Leeuwarden.⁴ In laatstgenoemde zaak was toepassing van artikel 1:253o lid 1 aan de orde. Als na echtscheiding slechts één van de ouders het gezag uitoefent ingevolge artikel 1:251 lid 2, slot, en vervolgens wordt verzocht om alsnog gezamenlijk met het gezag over hun minderjarige kinderen te worden belast, kan op grond van artikel 1:253o lid 1, tweede zin, dit verzoek slechts van *beide* ouders afkomstig zijn. Het Hof Leeuwarden oordeelde toen dat deze tweede zin een inmenging is in het recht op eerbiediging van ‘family life’, die weliswaar in de wet is voorzien, maar die niet noodzakelijk is in een democratische samenleving ter bescherming van de belangen van het kind en ter bescherming van het belang bij eerbiediging van het ‘family life’ van de met eenhoofdig gezag belaste ouder en het kind. Deze tweede zin dient dan ook volgens het Hof Leeuwarden buiten toepassing te blijven. De wetgever is inmiddels in actie gekomen en gaat artikel 1:253o lid 1, tweede zin, schrappen.⁵

In de onderhavige zaak gaat het echter niet om al dan niet gezamenlijk gezag na echtscheiding, maar om de omzetting van eenhoofdig gezag van de moeder in eenhoofdig gezag van de vader, terwijl zij niet met elkaar zijn gehuwd of gehuwd geweest (art. 1:253c). Niettemin is dit geen reden voor de Hoge Raad om de man in zijn verzoek tot gezamenlijk gezag niet-ontvankelijk te verklaren. Integendeel: volgens de Hoge Raad is niet-ontvankelijkverklaring in strijd met zowel artikel 6 lid 1 als artikel 8 lid 1 EVRM.

Eerstgenoemde bepaling regelt het recht op toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces, zowel in civiele zaken als in strafzaken. Artikel 6 lid 1, eerste zin, EVRM bepaalt immers dat een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De Hoge Raad benadrukt terecht dat een ‘fundamental element’ van het ‘family life’ van ouder en kind wordt gevormd door ‘the exercise of parental rights’, ook in geval van een ‘natural family’, en verwijst daarbij naar drie belangrijke uitspraken van het Europese Hof inzake artikel 8 EVRM.⁶

Volgens de Hoge Raad bestaat onvoldoende grond voor de in artikel 1:252 besloten liggende beperking van het recht op toegang tot de rechter, doordat het gezamenlijk gezag slechts door beide ouders kan worden verzocht. De Hoge Raad voegt hieraan toe dat de vader ‘ten minste’

⁴ Hof Leeuwarden 5 februari 2003, NJ 2003, 352.

⁵ Wetsvoorstel 29 353 tot wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag; zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 353, nrs. 1-2, p. 2, onderdeel C, alsmede nr. 3, p. 3-4, punt 4.

⁶ EHRM 8 juli 1987, Series A, vol. 121 (R.-Verenigd Koninkrijk), EHRM 28 november 1988, NJ 1991, 541, m.nt. EAA (Nielsen-Denemarken) en EHRM 27 oktober 1994, NJ 1995, 248, m.nt. JdB (Kroon e.a.-Nederland).

aan de rechter de vraag moet kunnen voorleggen of grond bestaat tot wijziging van het eenhoofdige gezag van de moeder in gezamenlijk gezag (rov. 3.4).

Hoe past de Hoge Raad zijn oplossing van dit probleem nu in het geldende gezagsrecht in? Hij kiest, in navolging van de conclusie van A-G Strikwerda, voor de zogenaamde verdragsconforme uitleg van de artikelen 1:253c lid 1 en 253e. Laatstgenoemde heeft er in zijn conclusie⁷ op gewezen dat de in artikel 1:252 besloten liggende beperking in strijd moet worden geacht met artikel 6 lid 1 EVRM en dat die beperking op grond van artikel 94 Gw⁸ buiten toepassing dient te blijven, maar dat daartoe niet noodzakelijk is het artikel⁹ onverbindend te verklaren. Volstaan kan zijns inziens worden met een verdragsconforme uitleg van de artikelen 1:253c lid 1 en 253e. De Hoge Raad volgt deze zienswijze en legt – in overeenstemming met artikel 6 lid 1 EVRM, dus verdragsconform – artikel 1:253c lid 1 aldus uit dat de vader niet alleen om toekenning van eenhoofdig, maar ook van gezamenlijk gezag over het kind kan verzoeken; artikel 1:253e legt de Hoge Raad aldus uit dat, indien het verzoek van de vader ingevolge artikel 1:253c lid 1 tot toekenning van gezamenlijk gezag over het kind wordt ingewilligd, dit tot gevolg heeft dat, indien de moeder het gezag tot dusverre alleen uitoefende, zij dit voortaan gezamenlijk met de vader uitoefent (rov. 3.5).

2 Komend gezagsrecht en anticipatie daarop door de Hoge Raad

Het is enigszins merkwaardig dat de Hoge Raad in zijn beschikking niet verwijst naar wetsvoorstel 29 353.¹⁰ Hij wordt daarin namelijk op zijn wenken bediend door de plannen van de wetgever. Die plannen dateren van 14 februari en 21 april 2005 en daarvan had de Hoge Raad dus op de hoogte kunnen zijn, nu hij de onderhavige beschikking heeft gegeven op 27 mei 2005. In wezen heeft de Hoge Raad op het komend gezagsrecht geanticipeerd, wellicht zonder dat hij dat zelf al wist. Het gaat om de eerste nota van wijziging van 14 februari 2005 en om de tweede nota van wijziging van 21 april 2005, beide ter zake van wetsvoorstel 29 353.¹¹ Ingevolge de eerste nota van wijziging komt de nieuwe tekst van artikel 1:253c te luiden als volgt:

1. De tot het gezag bevoegde vader van het kind, die nimmer het gezag gezamenlijk met de moeder heeft uitgeoefend, kan de kantonrechter verzoeken *de ouders met het gezamenlijk gezag dan wel hem alleen met het gezag over het kind te belasten*.¹²
2. De kantonrechter neemt een zodanige beslissing als hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt.
3. Wanneer niet in het gezag is voorzien of wanneer een voogd het gezag uitoefent, wordt het verzoek om de vader alleen met het gezag te belasten slechts afgewezen, indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd.
4. Een verzoek om de ouders met het gezamenlijk gezag te belasten als bedoeld in het eerste lid, *kan ook door de moeder worden gedaan*.¹³

De toelichting op de eerste nota van wijziging¹⁴ vermeldt uitdrukkelijk dat de redenen voor de wijziging, evenals bij de wijziging van artikel 1:253o, zijn gelegen in de artikelen 6 en 8 EVRM. Bovendien wijst de minister op een tweetal uitspraken van rechtbanken, waarin zij

⁷ Punt 18.

⁸ Dit artikel bepaalt dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Zie hierover zeer uitvoerig J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

⁹ De A-G bedoelt uiteraard artikel 1:252.

¹⁰ Zie noot 5.

¹¹ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 353, nr. 8, p. 1-2, onderdeel Bb, en nr. 9, onderdeel Bc.

¹² Cursivering van mij, AJMN.

¹³ Zie de vorige noot.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 353, nr. 8, p. 3.

een (eenzijdig) verzoek tot gezamenlijk gezag op grond van artikel 1:253c reeds ontvankelijk hebben verklaard.¹⁵

Aan artikel 1:253e, dat nu alleen inhoudt dat inwilliging van het verzoek van een der ouders als bedoeld in – onder andere – artikel 1:253c tot gevolg heeft dat, indien de ander het gezag tot dusverre uitoefende, de laatste het gezag verliest, wordt ingevolge de tweede nota van wijziging een tweede zin toegevoegd, op grond waarvan dit gevolg niet intreedt indien de ouders als gevolg van de rechterlijke beslissing met het gezamenlijk gezag zijn belast.

3 Hoe nu verder in deze zaak?

De Hoge Raad kan deze zaak uiteraard niet zelf afdoen. De kans is immers aanwezig dat het eenzijdig verzoek van de vader tot gezamenlijk gezag moet worden afgewezen, indien het recht op eerbiediging van het ‘family life’ van de moeder of het kind of hun belangen zich verzetten tegen een wijziging van het eenhoofdige gezag van de moeder in gezamenlijk gezag, zoals de Hoge Raad opmerkt (rov. 3.4, laatste zin). Ook A-G Strikwerda heeft hierop in zijn conclusie¹⁶ gewezen. Hij stelt dat de vraag of in het kader van de beoordeling van het subsidiaire verzoek van de vader op de door hem aan artikel 8 lid 1 EVRM ontleende aanspraak op bescherming van zijn recht op ‘the exercise of parental rights’ een inbreuk gerechtvaardigd is op grond van het bepaalde in artikel 8 lid 2 EVRM, meer bepaald op grond van de rechten en vrijheden van de moeder en het kind, na verwijzing zal dienen te worden onderzocht. Daarom verwijst de Hoge Raad het geding naar een ander hof ter verdere behandeling en beslissing. In ieder geval is de Hoge Raad van mening dat een mogelijke afwijzing van het subsidiaire verzoek van de vader door het hof waarnaar het geding is verwezen, niet kan rechtvaardigen dat door niet-ontvankelijkverklaring van de vader in zijn verzoek hem het recht op toegang tot de rechter wordt ontnomen (rov. 3.4, laatste zin). Die conclusie lijkt mij volstrekt juist.

Mocht het hof waarnaar het geding is verwezen, het subsidiaire verzoek van de vader tot gezamenlijk gezag toewijzen, dan is het naar mijn mening niet nodig dat het hof bepaalt dat zijn beschikking in de plaats komt van de machtiging van de moeder aan de vader om inschrijving daarvan in het gezagsregister te doen plaatsvinden, zoals de vader tevens heeft verzocht, zij het onder de toevoeging ‘zulks voor zover noodzakelijk’. Een dergelijke vorm van reële executie (art. 3:326 jo. art. 3:300) lijkt mij overbodig, nu de toewijzende beschikking van het hof een beschikking in de zin van artikel 1:253c lid 1 zal zijn, waarvan in het gezagsregister zelfstandig aantekening wordt gehouden. Artikel 2 lid 1, aanhef en onder a, Besluit gezagsregisters¹⁷ bepaalt immers dat in het gezagsregister aantekening wordt gehouden van alle rechterlijke beslissingen, waarbij in het over minderjarigen uit te oefenen gezag hetzij blijvend, hetzij tijdelijk wordt voorzien of wijziging gebracht ingevolge – onder andere – de artikelen 1:253b tot en met 253d. De aantekening van gezamenlijk gezag, bedoeld in artikel 1:252, wordt apart genoemd in artikel 2 lid 1, onder b, Besluit gezagsregisters. De constructie met reële executie zou derhalve alleen noodzakelijk zijn, als de toewijzende beschikking van de rechter uitsluitend via laatstgenoemde bepaling in het gezagsregister zou kunnen worden aangetekend, hetgeen echter niet het geval is, nu deze beschikking al onder onderdeel a van artikel 2 lid 1 Besluit gezagsregisters valt.

4 Advies aan de wetgever

Graag wil ik ook nog een advies aan de wetgever meegeven, dat weliswaar niets met de onderhavige zaak heeft te maken, maar wél betrekking heeft op het in deze noot besproken artikel 1:252. Het gaat wederom om de eerste nota van wijziging ter zake van wetsvoorstel 29

¹⁵ Rb. Zwolle 9 februari 2004, zaaknr. 214 871 VG 03-577, alsmede Rb. Utrecht 28 juli 2004, LJN: AQ9901.

¹⁶ Punt 19.

¹⁷ KB van 26 november 1969, *Stb.* 1969, 526, laatstelijk gewijzigd bij KB van 7 mei 2004, *Stb.* 2004, 217.

353.¹⁸ Volgens de thans voorgestelde tekst van artikel 1:252 lid 1, eerste zin, kunnen ouders uitsluitend een aantekening van gezamenlijk gezag door de griffier van de rechtbank in het gezagsregister van artikel 1:244 doen plaatsen, indien zij *niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan*. De door mij gecursiveerde passage is nieuw en daaruit blijkt dat de nog in het huidige artikel 1:252 lid 1 voorkomende passage ‘noch met elkaar gehuwd zijn geweest’ is geschrapt en dat het geregistreerd partnerschap is toegevoegd naast het huwelijk. De eerste wijziging is juist, de tweede daarentegen onjuist.

Dat de eerste wijziging juist is, blijkt uit het door de minister gegeven voorbeeld. De heer A en mevrouw B zijn met elkaar gehuwd en krijgen twee kinderen. Gedurende hun huwelijk oefenen A en B van rechtswege gezamenlijk het gezag over de kinderen uit (art. 1:251 lid 1), dat in beginsel na de scheiding doorloopt (art. 1:251 lid 2). Na verloop van tijd verzoenen A en B zich met elkaar en gaan zij weer samenwonen. Mevrouw B raakt zwanger van hun derde kind en de heer A erkent het kind. Op grond van artikel 1:253b oefent mevrouw B bij de geboorte van hun kind alleen het gezag uit, omdat A en B niet met elkaar gehuwd zijn. Omdat zij echter met elkaar gehuwd zijn geweest, kan op grond van de huidige bepaling in de wet het gezamenlijk gezag ook niet worden verkregen door aantekening op hun beider verzoek in het gezagsregister. De voorgestelde wijziging maakt dit wél mogelijk.

Dan de tweede wijziging, die naar mijn mening onjuist is. De minister motiveert de toevoeging van het geregistreerd partnerschap naast het huwelijk aldus, dat sinds 1 januari 2002 de ouders of de ouder en de niet-ouder op grond van de artikelen 1:253aa en 253sa van rechtswege het gezag verkrijgen over het staande hun geregistreerd partnerschap geboren kind. Er is derhalve geen reden meer voor geregistreerde partners om toepassing van artikel 1:252 te verzoeken, aldus de minister.

De zienswijze van de minister is onjuist, hetgeen blijkt uit het volgende voorbeeld. Stel dat man en vrouw, ongehuwd en ongeregistreerd, een kind krijgen en dat de man het kind erkent. Een paar weken na de geboorte en na de erkenning van het kind gaan man en vrouw een geregistreerd partnerschap met elkaar aan. Zij willen nu gezamenlijk het gezag over hun kind uitoefenen. Hier zit nu het probleem: als de eerste nota van wijziging wet wordt, is gezamenlijk gezag in deze casus niet mogelijk. Dat kan natuurlijk nooit de bedoeling van de wetgever zijn. Wat is namelijk het geval? Artikel 1:253aa, dat gezamenlijk gezag van rechtswege creëert, is hier niet van toepassing, omdat het kind niet staande het geregistreerd partnerschap van zijn ouders is geboren, maar reeds daarvóór. De artikelen 1:253sa en 253t zijn evenmin van toepassing, want het gaat in deze artikelen om een ouder en een niet-ouder, terwijl in onze casus twee ouders aanwezig zijn. Artikel 1:252 (nieuw) is evenmin van toepassing, omdat daarvoor is vereist dat de ouders ongehuwd en ongeregistreerd zijn. In dit geval zou artikel 1:252 (nieuw) dus alleen kunnen worden toegepast in de periode tussen de erkenning van het kind en het aangaan van het geregistreerd partnerschap. Dat is uiteraard onaanvaardbaar. Ook als het geregistreerd partnerschap er is, moeten deze ouders een beroep kunnen doen op artikel 1:252, nu de weg van artikel 1:253aa is afgesloten. Nu vallen zij tussen wal en schip, omdat zij noch een beroep op artikel 1:252 (nieuw), noch een beroep op artikel 1:253aa kunnen doen. De oplossing van dit probleem is heel eenvoudig: deze wijziging van artikel 1:252 moet vervallen of – wellicht beter – er moet een bepaling komen, die exact gelijk is aan de desbetreffende bepaling in geval van een huwelijk, te weten artikel 1:251 lid 1. Er moet dus gewoon worden bepaald dat gedurende hun geregistreerd partnerschap de ouders het gezag gezamenlijk uitoefenen. Daarmee voorkomt men dat er een ongerechtvaardigd verschil tussen huwelijk en geregistreerd partnerschap bestaat. Als man en vrouw immers na de erkenning van het reeds geboren kind vervolgens met elkaar een huwelijk aangaan, hebben zij van rechtswege gezamenlijk gezag op grond van artikel 1:251

¹⁸ *Kamerstukken II 2004/05, 29 353, nr. 8, p. 1, onderdeel Ba, met toelichting op p. 2-3.*

lid 1, omdat niet is vereist dat het kind uit of staande hun huwelijk is geboren. Welnu, omdat huwelijk en geregistreerd partnerschap niet alleen vermogensrechtelijk, maar ook gezagsrechtelijk zoveel mogelijk moeten worden gelijkgesteld, is er geen enkele reden om te verlangen dat het kind uit of staande het geregistreerd partnerschap van zijn ouders is geboren, zoals artikel 1:253aa ten onrechte doet. Tussen huwelijk en geregistreerd partnerschap behoren uitsluitend op het gebied van het afstammingsrecht verschillen te blijven bestaan. Hopelijk herstelt de wetgever een en ander in een derde nota van wijziging. Hij moet er dan ook nog even aan denken om het opschrift van paragraaf 1.14.2.2 (art. 1:253b-253h) te wijzigen, want het huidige opschrift ‘Het gezag van één ouder anders dan na scheiding’ dekt straks de inhoud niet meer, omdat er dan ook sprake kan zijn van gezamenlijk gezag van de vader en de moeder op grond van de hierboven onder punt 2 behandelde nieuwe tekst van artikel 1:253c leden 1 en 4. Eigenlijk is deze wijziging al naar huidig recht noodzakelijk, nu ook artikel 1:253d lid 1 in de mogelijkheid van gezamenlijk gezag voorziet.

5 Ten slotte

NJ-annotator De Boer is zeer kritisch over de onderhavige beschikking van de Hoge Raad, die volgens hem de relevante rechtspraak van het Europese Hof over het hoofd heeft gezien. Dit heeft tot gevolg, aldus De Boer, dat de Hoge Raad – naar door hemzelf ontwikkelde regels – zijn hand heeft overspeeld, ook al is de uitkomst op zich bevredigend en wenselijk.¹⁹ De Boer concludeert dat de Hoge Raad de kwestie aan de wetgever behoorde over te laten en dat de wetgever zich deze reeds had aangetrokken. De Boer verwijst daarbij naar het aanhangige wetsvoorstel 29 353, dat ik hierboven onder de punten 2 en 4 al heb besproken.²⁰ Voor een analyse van de relevante internationale jurisprudentie van het Europese Hof te dezer zake verwijs ik graag naar de *NJ*-noot van De Boer.²¹

¹⁹ Noot onder *NJ* 2005, 485, punt 1.

²⁰ Noot onder *NJ* 2005, 485, punt 8.

²¹ Noot onder *NJ* 2005, 485, punten 2-7.