

Vergaderjaar 2007–2008

**29 353**

## **Wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag**

**C**

### **MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 18 juli 2008

#### **Algemeen**

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van de opmerkingen en vragen van de commissie. Inderdaad is er, zoals de leden van de VVD-fractie constateren, geruime tijd verstreken sinds het indienen van het wetsvoorstel en het aannemen ervan door de Tweede Kamer, bijna viereneenhalf jaar om precies te zijn. Het zou evenwel onjuist zijn om zulks in het bijzonder op het conto van het amendement Van der Laan (29 353, nr. 18, dd. 24 januari 2006) te schrijven. De openbare behandeling van het wetsvoorstel is op 21 april 2005 aangevangen met de eerste termijn van de zijde van de Tweede Kamer en eerst op 6 februari 2008 aldaar voortgezet. Het advies van de Raad van State en het nader rapport inzake het amendement Van der Laan dateren van 6 april respectievelijk 20 juni 2006 en zijn op 4 juli 2006 door de toenmalige minister van Justitie aan de Tweede Kamer aangeboden.

#### **Rechter**

De leden van de vaste commissie voor Justitie constateren dat, sinds de inwerkingtreding op 1 mei 2007 van de wet van 22 november 2006, Stb. 589, waarbij de bevoegdheden op het terrein van Boek 1 BW tussen rechtbank en kantonrechter zijn herschikt, van een onjuistheid in het onderhavige wetsvoorstel sprake is «omdat de rechtbank sedert dat tijdstip de bevoegde rechter is in alle gezagskwesties». Dit laatste is niet geheel juist: zaken die het vermogen van de minderjarige betreffen en diens vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen (en sinds 1 mei 2007 aan de kantonrechter zijn toebedeeld), behoren in de systematiek van Boek 1 BW niet minder dan die welke de persoon en de verzorging en opvoeding van het kind behelzen, tot het gezag dat ouders en voogden volgens de wet over minderjarigen uitoefenen. De bewoordingen van artikel 245, vierde lid, van Boek 1 BW, waarin wordt bepaald op welke terreinen het gezag over minderjarigen betrekking heeft, laten daarover geen misverstand. De leden zullen doelen op artikel 253c hetwelk, ten onrechte, de daarbedoelde gezagsbeslissing weer aan de kantonrechter opdraagt. Helaas is, zowel bij het wetsvoorstel dat tot de wet van 22 november 2006 heeft geleid als bij het onderhavige wetsvoorstel, over het hoofd gezien dat

artikel 253c in verband met de wet van 22 november 2006 een voorziening behoeft. Ik ben de commissie erkentelijk voor het signaleren hiervan. Wijziging van artikel 253c, waardoor evenals sinds 1 mei 2007 en tot op heden, de rechtbank weer de bevoegde rechter zal zijn, is inmiddels voorgesteld. Zie daarvoor de op 3 juli 2008 door de Tweede Kamer ontvangen nota van wijziging inzake het voorstel van wet Wijziging van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren en enige andere wetten in verband met de flexibilisering en verduidelijking alsmede enkele aanvullingen van de regeling van de rechtspositie van rechterlijke ambtenaren en rechterlijke ambtenaren in opleiding (Kamerstukken II, 2007–2008, 31 227, nr. 8, onderdeel O, nieuw artikel VIII). Dit wetsvoorstel zal naar ik hoop kort na het zomerreces door de Tweede Kamer worden behandeld.

Dat de kantonrechter straks, zij het uiteraard tijdelijk en totdat de bepaling zal zijn aangepast, van verzoeken ingevolge artikel 253c kennis zal nemen, behoeft evenwel niet te betekenen dat dit ook de «echte» kantonrechter zal zijn. Immers, blijkens artikel 48, eerste lid, van de Wet op de rechterlijke organisatie vormt het bestuur van de rechtbank binnen de sector kanton enkelvoudige kamers en bepaalt het bestuur de bezetting van die kamers; degene die zitting heeft in die enkelvoudige kamer draagt de titel van kantonrechter dan wel van kantonrechter-plaatsvervanger. Het bestuur van de rechtbank heeft op grond van deze bepaling de mogelijkheid om een of meer rechters en/of rechters-plaatsvervanger die tot de sector behoren die met familiezaken is belast, tijdelijk aan de bezetting van de sector kanton toe te voegen. Het bestuur kan daarmee, zo het dit dienstig acht, bewerkstelligen dat materieel aan de competentieverdeling zoals deze sinds 1 mei 2007 geldt, wordt voldaan. Ik vertrouw derhalve dat de leden van de vaste commissie alsnog bereid zullen zijn om hun finaal oordeel over het wetsvoorstel thans te geven.

### **Nietige rechtshandelingen**

Inderdaad heeft bij artikel II, tweede lid, van het wetsvoorstel de wens voorgezeten dat rechtshandelingen die zijn verricht voor de wijziging van de wet waartoe het wetsvoorstel naar ik hoop zal leiden, niet nietig zullen blijven, en het doet mij goed dat deze wens de leden aanspreekt. De leden van de vaste commissie vragen zich evenwel af of deze nietige rechtshandelingen thans generiek geldig kunnen worden verklaard. Zij willen graag vernemen of conversie, bedoeld in artikel 3:42 BW de voorkeur verdient boven de in het wetsvoorstel gevolgde benadering. Daartoe het volgende. Het gevolg van de in artikel II, tweede lid, gekozen opzet – nietige rechtshandelingen worden generiek geldig verklaard – past bij de veronderstelling van het hebben van gezamenlijk gezag van waaruit degenen die de rechtshandelingen hebben verricht te goeder trouw zijn uitgegaan. Evenals bij conversie is de ratio van artikel II, tweede lid, gelegen in de doelmatigheid en is de rechtsgrond gelegen in de redelijkheid en de billijkheid. Er zou ook tekortgedaan worden aan de gewenste rechtszekerheid, met name ook jegens derden, indien de rechtshandelingen nietig zouden blijven.

Bepaald wordt dat de desbetreffende rechtshandelingen geldig zijn, omdat zij anders nietig zouden blijven. Dit is niet hetzelfde als het verlenen van terugwerkende kracht, zoals de leden van de commissie kennelijk menen: er heeft immers nooit een wetsbepaling bestaan die tot gevolg had dat de man die het kind heeft erkend maar niet de geregistreerde partner van de moeder is, gezamenlijk met haar het gezag over kind uitoefende, doch slechts een interpretatie van artikel 253aa die burgers op een dwaalspoor heeft gebracht.

De gekozen benadering is geen onbegaanbare weg omdat nietige rechtshandelingen geacht worden nooit te hebben bestaan en eventuele rechtsgevolgen ervan geacht worden nooit te zijn ingetreden. Een specifieke

wetsbepaling kan immers, behoudens indien Grondwet of internationale verdragen daaraan in de weg staan, hetgeen niet het geval is, een algemene regel opzij zetten. Tot een bepaling als van artikel II, tweede lid, moet uiteraard niet lichtvaardig worden overgegaan, er dient daarvoor een goede reden aanwezig te zijn is. Dit is hier het geval. Aan te nemen valt immers dat het rechtsgevolg van de verrichte rechtshandeling in de regel ook werkelijk door betrokkenen zal zijn gewild, maar dat als gevolg van dwaling omtrent het in dezen geldende recht de verkeerde persoon de desbetreffende rechtshandeling heeft verricht.

Juist om de rechtsonzekerheid te voorkomen die van nietigheid het gevolg is, is de generieke bepaling van artikel II, tweede lid, voorgesteld. Niet is gekozen voor conversie, een aanpak waarbij, zoals de leden van de vaste commissie aangeven, de rechter per geval zou moeten vaststellen of degene die wel het gezag uitoefent toestemming voor de desbetreffende rechtshandeling zou hebben gegeven of alsnog bereid is zulks te doen.

Aan te nemen valt immers, als gezegd, dat het rechtsgevolg van de verrichte rechtshandeling in de regel ook werkelijk door betrokkenen zal zijn gewild. De rechtsonzekerheid die van een andere benadering het gevolg zou zijn, met name ook voor derden, heb ik willen voorkomen. Ook heeft meegewogen dat de werklast die de gesuggereerde aanpak voor het gerechtelijk apparaat zou betekenen, aanzienlijk zou kunnen zijn.

Daar komt nog bij dat conversie op de voet van artikel 3:42 BW niet mogelijk is omdat de voorwaarde daarvoor, het kunnen verkiezen van een alternatieve, wel geldige rechtshandeling, door degene die het kind heeft erkend, maar niet met de moeder van het kind in een geregistreerd partnerschap is verbonden, niet kan worden vervuld. Deze heeft immers nimmer de bevoegdheid gehad om op grond van artikel 253aa van rechtswege samen met haar het gezag uit te oefenen. Rechtshandelingen die door deze ouder zijn verricht zijn daarom nietig, ongeldig; zij kunnen daarom ook niet haar geldigheid behouden doch slechts als geldig worden aangemerkt.

Ten slotte. Artikel 3:42 BW maakt het mogelijk aan een rechtshandeling die nietig is de werking van een andere, wel geldige rechtshandeling toe te kennen; de bepaling heeft niet de strekking dat een rechtshandeling door een rechtshandeling van gelijke aard wordt vervangen omdat daaraan een gebrek kleeft, bij voorbeeld omdat niet de juiste persoon deze heeft verricht.

### **Klemcriterium**

De leden van de VVD-fractie zijn van oordeel dat het criterium bij toewijzing van het eenzijdig verzoek om gezamenlijk gezag van een ouder die dit nooit heeft gehad, niet het klemcriterium dient te zijn. Zij achten dit criterium te beperkt aangezien de situatie een wezenlijk andere is dan die van ouders die gezag ooit gezamenlijk hebben uitgeoefend. Een gezagswijziging dient dan in het belang van het kind te zijn en er dient huns inziens meer ruimte te zijn om een verzoek tot gezamenlijk gezag af te wijzen. Daartoe het volgende.

Hoewel de situatie een andere is dan die van ouders die op enig moment gezamenlijk het gezag over hun kind hebben uitgeoefend, acht ik het klemcriterium ook hier passend. Uitgangspunt is immers ook hier dat gezamenlijk gezag van de ouders in het belang van het kind is. De belangen van de ouder die steeds het eenhoofdige gezag heeft gehad en van het kind wegen in een situatie waarin de andere ouder om gezamenlijk gezag vraagt uiteraard zwaar. Maar dit kan en mag op zich niet betekenen dat zij voorgaan in de zin dat het verzoek van de andere ouder reeds om deze reden wordt afgewezen. Niet zo zeer dient beslissend te zijn dat deze ouder het gezag nooit heeft uitgeoefend als wel de reden waarom daarvan geen sprake is geweest.

In situaties waarin het belang van het kind een andere beslissing vereist,

de verhoudingen er werkelijk niet naar zijn dat tot gezamenlijk gezag kan worden overgegaan, kan de grond van het tweede lid, onder b, van artikel 253c zonedig toepassing vinden. Daar komt bij dat de beslissing tot gezamenlijk gezag niet noodzakelijkerwijs betekent dat beide ouders gelijke zeggenschap inzake de verzorging en opvoeding zullen hebben. De rechter kan immers desverzocht en in het belang van het kind een verdeling van de zorgen opvoedingstaken vaststellen, al dan niet gepaard gaande met een beslissing inzake de hoofdverblijfplaats van het kind bij een der ouders.

De leden van de SP-fractie vragen hoe het klemcriterium zich verhoudt tot artikel 3 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK). Ik stel voorop, dat artikel 3 IVRK bij de formulering van artikel 253c, tweede lid, door de indieners van het amendement waaraan de bepaling haar bestaan ontleent, naar mijn indruk niet uit het oog is verloren. Het is immers als zodanig in het belang van het kind, dat dit door beide ouders wordt verzorgd en opgevoed en dat dezen dit met gezag bekleed kunnen doen. Dit is ook in de in artikel 253c bedoelde situatie slechts dan anders indien in het concrete geval van zwaarwegende omstandigheden blijkt die op het tegendeel wijzen. Ik verwacht, anders dan deze leden, niet dat de rechter regelmatig de in het tweede lid, onder b, van artikel 253c vermelde grond zal toepassen. Het voortouw ligt, zo meen ik met deze leden, ook hier inderdaad bij de wetgever. Vanuit mijn verantwoordelijkheid voor de wetgeving heb ik dan ook gemeend het amendement van de leden der Tweede Kamer Teeven en Timmer te moeten steunen. Die Kamer heeft ons daarin gevolgd.

#### **Artikel 253t-gezag**

Het wetsvoorstel bevat, zoals de leden van de VVD-fractie met juistheid constateren, geen wijziging van het gezag dat een ouder en diens partner ingevolge rechterlijke beslissing gezamenlijk over een kind kunnen uitoefenen op de voet van artikel 253t. Deze leden wijzen daarbij op een tweetal uitspraken waaruit een verschillende benadering blijkt van het artikel 253t-gezag in lesbische relaties: Hof Arnhem 18 oktober 2005, LJN: AU4705 en Hof Den Haag 7 september 2005, LJN: AU2911. Hof Arnhem achtte de voormalige partner van de moeder, niet tevens ouder van het kind, niet-ontvankelijk in haar eenzijdig gedaan verzoek om bekleeding met het gezamenlijk gezag, mede omdat in wetsvoorstel 29 353 ter zake van het vereiste van een gezamenlijk verzoek geen wijziging van artikel 253t wordt voorgesteld. Hof Den Haag had eveneens te oordelen over een verbroken affectieve lesbische relatie waarin een kind is geboren; in dit geval hadden de moeder en haar ex-partner, niet-ouder van het kind destijds gezamenlijk het gezag over het kind op de voet van artikel 253t verkregen en verzocht de moeder vervolgens om eenhoofdig gezag over het kind. Het hof achtte op dit eenzijdig gedane verzoek artikel 253n en de daaromtrent ontstane jurisprudentie, met name het meergenoemde klemcriterium, toepasselijk, gaf daarbij aan dat daaraan niet afdoet dat in artikel 253n wordt gesproken van «ouder». Daaraan kan nog worden toegevoegd Hof Leeuwarden 3 augustus 2007, EB 2007, p. 184, dat in een soortgelijke casus eveneens de verzoekster ontvankelijk verklaarde in haar eenzijdig verzoek om gezamenlijk gezag.

Dat het wetsvoorstel met het oog op het (gezamenlijk) gezag over kinderen geboren staande lesbische relaties geen wijziging van artikel 253t bevat, is op zich goed verklaarbaar. Immers na 23 november 2005 was het gewijzigd amendement Van der Laan op stuk nr. 15 aan de orde. Het daarbij voorgestelde artikel 253sb beoogde lesbische paren die niet gehuwd zijn en evenmin geregistreerde partner van elkaar zijn, maar wel als elkanders levensgezel zijn te beschouwen, als alternatief voor de weg van artikel 253t de mogelijkheid te bieden om de rechter reeds voor het

tijdstip van de geboorte van het kind binnen hun relatie, te verzoeken hen met het gezamenlijk gezag te belasten. Uitgangspunt daarbij was dat dit gezamenlijk gezag begint zodra het kind geboren is.

Geruime tijd na de indiening van genoemd amendement is ter bestudering van het lesbisch ouderschap de Commissie Kalsbeek ingesteld. Het rapport van de Commissie was beschikbaar ten tijde van de voortzetting van de openbare behandeling van het onderhavige wetsvoorstel in de Tweede Kamer. De omstandigheid dat het amendement verband houdt met het onderwerp waarover de Commissie Kalsbeek heeft geadviseerd, is voor mij aanleiding geweest de Tweede Kamer en in het bijzonder de vertegenwoordiger van D66 te adviseren het amendement te laten rusten totdat het kabinetsstandpunt over genoemd rapport zal zijn uitgebracht. Vervolgens is het amendement door de heer Pechtold ingetrokken. Het moge derhalve duidelijk zijn dat de door de leden van de VVD-fractie te berde gebrachte problematiek mijn aandacht heeft.

De minister van Justitie,  
E. M. H. Hirsch Ballin