

Rondom de Witte stukken

Medevoogdij en Gezamenlijke voogdij

Ivo Giesen (UvA) en Albert Verheij (VU)

Medio 1994 is een wetsvoorstel ingediend dat twee nieuwe rechtsfiguren in het personen- en familierecht introduceert: medevoogdij en gezamenlijke voogdij. Een bespreking van het voorstel volgt hieronder.

1 Inleiding

Op 10 mei 1994 is bij de Tweede Kamer wetsvoorstel 23 714 ingediend, welk voorziet in de invoering van medevoogdij en gezamenlijke voogdij.¹ Het wetsvoorstel biedt een persoon twee nieuwe mogelijkheden om het gezag over een kind waarmee geen afstammingsrelatie bestaat, te verkrijgen. Op dit moment is dat alleen mogelijk via het vergaande middel van adoptie (art. 1:227 e.v. BW).

Medevoogdij kan worden verkregen door de partner van de ouder die het gezag over het kind heeft. Deze partner mag hetzelfde geslacht als de ouder hebben.² Bij gezamenlijke voogdij wordt het gezag uitgeoefend door twee partners die geen van beiden ouder van het kind zijn.

In het onderstaande zullen wij ingaan op de merites van het onderhavige wetsvoorstel. In paragraaf 3 zal een gedetailleerde bespreking volgen. 'Ter lering ende vermaak' zullen wij eerst in paragraaf 2 de achtergronden behandelen.

2 Achtergronden

Medevoogdij deed in 1991 haar intrede in de parlementaire stukken via het rapport Leefvormen van de Commissie-Kortmann.³ Naar aanleiding van dit rapport heeft de toenmalige minister van Justitie Hirsch Ballin bij schrijven van 30 maart 1993 het kabinetsstandpunt in deze aan de Tweede Kamer aangeboden.⁴ Hierbij werd te-

vens aangegeven dat een wetsvoorstel voorbereid zou worden.

De constructie van medevoogdij is niet geheel nieuw. Al in 1982 werd in de literatuur gewag gemaakt van vormen van gezag door niet-ouders.⁵ Ook in de adviezen van de Raad voor het Jeugdbeleid, de Emancipatieraad en de Nederlandse Gezinsraad werd op deze materie ingegaan. Deze adviezen bepleiten een ontkoppeling van ouderlijk gezag en afstamming. Het kabinet was van mening dat een zodanige ontkoppeling de beginselen van ons afstammingsrecht te veel zou aantasten. Bovendien zou dit niet aansluiten bij de feitelijke maatschappelijke situatie. In de meeste gevallen worden kinderen immers door hun biologische ouders met wie ze in gezinsverband samenleven, opgevoed.⁶ Hoewel het kabinet dus vasthoudt aan bovengenoemd uitgangspunt, heeft het toch gemeend dat dit in bepaalde gevallen moet worden losgelaten in verband met het belang van het kind.⁷ Aan dit streven is gestalte gegeven in het hier te bespreken wetsvoorstel. In de literatuur is de in het kabinetsstandpunt aangekondigde mitigatie over het algemeen positief ontvangen, daar zij wordt gezien als een eerste voorzichtige stap op weg naar een personen- en familierecht waarin gezag gebaseerd is op feitelijke verzorging.⁸

Motief voor invoering van medevoogdij en gezamenlijke voogdij is dat het feitelijke gezinsleven betere juridische bescherming behoeft. In situaties waarin geen sprake is van gehuwden of van niet-gehuwden die een afstammingsrelatie

1 Wijziging van, onder meer, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van medevoogdij en gezamenlijke voogdij: *TK* 1993-1994, 23 714.

2 *TK* 23 714, nr. 3, p. 1.

3 Commissie voor de Toetsing van wetgevingsprojecten, *Leefvormen*, Den Haag 1991.

4 *TK* 1992-1993, 22 700, nr. 3.

5 Zie M. de Langen, *Gezamenlijk ouderlijk gezag voor ongehuwden*, *NJB* 1982, p. 1135, en W.C.E. Hammer-

stein-Schoonderwoerd, *Het kind in de twee-relatie*, in Hidma e.a., *Wet en recht buiten echt. Tweerelaties met en zonder kinderen*, Kluwer, Deventer 1982, pp. 80-83.

6 *TK* 1992-1993, 22 700, nr. 3, p. 17.

7 *TK* 1992-1993, 22 700, nr. 3, p. 19.

8 Zie bijvoorbeeld Hanneke Moons, *Erkenning: wordt het geen tijd de waarheid onder ogen te zien?*, *Ars Aequa* 1993, p. 770.

hebben met het kind, maar er wél feitelijke opvoeding en verzorging is, biedt de wet op dit moment geen houvast. De memorie van toelichting noemt een aantal problemen die hieruit kunnen voortvloeien:

- de positie van de mede-opvoeder kan onduidelijk zijn ten opzichte van derden;
- bij beëindiging van de relatie tussen de ouder en partner komt de partner niet in aanmerking voor toekenning van het gezag;
- het verkrijgen van een officiële status voor de partner kan voor deze van psychologisch belang zijn en in dit opzicht het belang van het kind ten goede komen.⁹

'De grondslag voor deze aanvulling van het familierecht vormt het belang van het kind', aldus de memorie van toelichting.¹⁰ De bovengenoemde problemen wijzen ons inziens evenwel in een andere richting. Immers, het betreft hier, vooral ten aanzien van het derde punt, primair problemen van de partner die het kind slechts zijdelings raken. Ons is niet duidelijk in hoeverre toekenning van een officiële status het psychisch welzijn van de partner bevordert, laat staan hoe dit het belang van het kind op enige wijze in concreto dient. Zoals zal blijken, vindt deze verwarring tussen de te dienen belangen van kind en partner haar weerslag in het voorstel zelf.

3 Wetsvoorstel 23 714¹¹

3.1 Medevoogdij

Medevoogdij wordt mogelijk gemaakt door artikel 1:253t ontw. BW. Het kan¹² onder de navolgende voorwaarden worden ingesteld bij beschikking van de rechtbank: a) Het gezag over het kind berust bij één ouder (lid 1). Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn na echtscheiding of

overlijden van de andere ouder. b) De te benoemen medevoogd is 'een ander dan een ouder' (verder te noemen: partner) (lid 1). Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat dit de levenspartner van de ouder is. Dit komt echter niet tot uitdrukking in de wettekst; opa, oma en de melkboer komen dus ook in aanmerking!¹³ De toekomstige medevoogd mag hetzelfde geslacht hebben als de ouder. Het opvoeden van een kind binnen een homoseksuele of lesbische relatie wordt aldus juridisch erkend. c) Het verzoek moet door de ouder en de partner gezamenlijk worden ingediend (lid 2). d) De partner moet in een 'nauwe persoonlijke betrekking' tot het kind staan (lid 1). Volgens de memorie van toelichting hoeft hieraan in het algemeen niet getwijfeld te worden, vanwege het feit dat de ouder en partner het verzoek gezamenlijk indienen.¹⁴ Het mag op zijn minst verwondering wekken dat wordt aangeknoopt bij een criterium dat ziet op de relatie tussen ouder en partner (gezamenlijk verzoek), terwijl de relatie tussen kind en partner centraal zou moeten staan (nauwe persoonlijke betrekking). Ziehier de eerder genoemde verwarring tussen de te dienen belangen. Rationeler zou het ons inziens zijn om te kiezen voor een minimale termijn gedurende welke de partner bij de opvoeding en verzorging van het kind betrokken moet zijn geweest. Het ontbreken van een dergelijke termijn verbaast te meer nu zo'n termijn in het kabinetsstandpunt inzake leefvormen als mogelijkheid wordt geopperd.¹⁵ In de memorie van toelichting wordt echter gesteld dat een verzoek tot medevoogdij tegelijk met het verzoek tot echtscheiding, of korte tijd na de beslissing daarop, ingediend kan worden.¹⁶ Er geldt hier dus geen enkele termijn. Deze toch opmerkelijke ommezwaai wordt nergens nader toegelicht. e) Er bestaat geen gegronde vrees dat bij inwilliging van het verzoek de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd (lid 4). Het begrip 'be-

⁹ TK 1993-1994, 23 714, nr. 3, pp. 1-2.

¹⁰ TK 1993-1994, 23 714, nr. 3, p. 2.

¹¹ Bij dit wetsvoorstel is uitgegaan van de eerdere inwerkingtreding van de wetsvoorstellen 22 060 (wijziging van de Wet op de jeugdhulpverlening), 22 487 (herziening procesrecht inzake personen- en familierecht), 23 003 (herziening van de ondertoezichtstelling van minderjarigen) en 23 012 (nadere regeling van gezag over minderjarigen). De gebruikte terminologie en artikelnummers in deze tekst sluiten daarbij aan.

¹² De wet gebruikt het woord "kan", hetgeen normaal duidt op een discretionaire bevoegdheid van de rechter. Of dat hier ook zo is, is onduidelijk: de MvT geeft geen uitsluit. Ons inziens ligt dit niet in de rede, gezien de wei-

geringsgrond van lid 4 van art. 1:253t ontw. BW, waarin is bepaald dat het verzoek wordt afgewezen indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd. Ons inziens geeft lid 4 de rechter al een discretionaire bevoegdheid.

¹³ Ook de Raad van State (TK 1993-1994, 23 714, B, p. 1) signaleerde dit probleem. De regering antwoordde dat het vereiste van de 'nauwe persoonlijke betrekking' dit probleem zou elimineren. Gezien de wijze waarop de 'nauwe persoonlijke betrekking' wordt vastgesteld, kan dit echter niet opgaan, zie verder onder d).

¹⁴ TK 1993-1994, 23 714, nr. 3, p. 7.

¹⁵ TK 1992-1993, 22 700, nr. 3, p. 19.

¹⁶ Zie TK 1993-1994, 23 714, nr. 3, p. 7.

lang van het kind' is niet nader te definiëren, 'het is een open begrip, het richtinggevend oriëntatiepunt, dat op velerlei terrein een meer specifieke uitwerking moet ontvangen'.¹⁷ Ook de memorie van toelichting verschaft geen nadere criteria.

De situatie wordt anders indien er naast de met het gezag belaste ouder nog een andere ouder is tot wie het kind in een familierechtelijke betrekking (art. 1:222 BW) staat. In dat geval wordt het verzoek alleen toegewezen als de verzoekende ouder reeds drie jaar¹⁸ alleen het gezag heeft (art. 1:253t lid 3 ontw. BW). Het is niet zo dat deze ouder reeds drie jaar een relatie met de tot medevoogd te benoemen partner moet hebben gehad. Ook wordt hier geen eis gesteld aan de duur van de relatie tussen de partner en het kind.

Bij toewijzing van het verzoek oefenen de ouder en de partner (die nu *medevoogd* heet) gezamenlijk het gezag over het kind uit en voeren ze het bewind over zijn vermogen (artt. 1:253v en 1:253w lid 1 ontw. BW). Indien de ouder onbevoegd is het gezag uit te oefenen, tijdelijk in de onmogelijkheid daartoe verkeert, of zijn bestaan of verblijfplaats onbekend is, oefent de medevoogd het gezag alleen uit (artt. 1:253z, 1:253aa ontw. BW).

Mocht de ouder komen te overlijden, dan oefent de medevoogd van rechtswege de voogdij uit (art. 1:253y lid 1 ontw. BW). Indien er nog een overlevende ouder is, kan deze te allen tijde de rechtbank verzoeken alsnog te worden belast met het gezag (art. 1:253y lid 2 ontw. BW). De hierbij relevante factor zal waarschijnlijk worden gevormd door het belang van het kind als algemene grondslag van deze regeling, nu de memorie van toelichting hierover zwijgt.

De instelling van de medevoogdij heeft verder geen consequenties voor de naam en nationaliteit van het kind en voor erfrechtelijke aanspraken van zowel kind als medevoogd.

Artikel 1:253bb lid 1 ontw. BW bepaalt dat de rechter de medevoogdij beëindigt op gezamenlijk, danwel afzonderlijk verzoek van de ouder

en/of medevoogd.¹⁹ Het enkele verzoek is voldoende. Het gezag komt dan weer bij de ouder terecht,²⁰ tenzij de rechter het gezag aan de medevoogd doet toekomen in verband met 'gegronde vrees voor verwaarlozing van de belangen van het kind' (art. 1:253bb lid 2 en 3 ontw. BW). In zo'n geval wordt het primaat van de afstammingsrelatie doorbroken. De rechtvaardiging hiervoor moet volgens de memorie van toelichting worden gezocht in de omstandigheid dat de ouder zijn gezag vrijwillig met de medevoogd heeft gedeeld.²¹ Overigens moet vòòr toekenning van voogdij aan de medevoogd de eventuele andere ouder eerst in de gelegenheid worden gesteld te verzoeken zelf met het gezag te worden belast (lid 4). Ook is het zo dat een ouder (zowel de niet met het gezag belaste als de oorspronkelijk met het gezag belaste ouder) de rechtbank op ieder moment kan verzoeken hem met het gezag te belasten, en wel op grond van gewijzigde omstandigheden (lid 5). Medevoogdij eindigt ook doordat het gezag van de ouder eindigt of doordat het gezag van beide (biologische) ouders aanvangt (art. 1:253dd ontw. BW). Uit deze regeling van beëindiging blijkt het ondergeschikte karakter van de medevoogdij ten opzichte van het gezag van de ouder.²²

Gedurende de medevoogdij is de medevoogd verplicht levensonderhoud te verstrekken aan het kind ingevolge artikel 1:253x ontw. BW. Deze verplichting vervalt volledig bij beëindiging. Nu voor beëindiging het enkele verzoek daartoe volstaat, kan de medevoogd zich op wel heel eenvoudige wijze aan zijn financiële verplichtingen onttrekken. Of dit in alle gevallen wel zou moeten kunnen, is nog maar de vraag. Het kind kan zo immers gemakkelijk de dupe worden van onenigheid tussen ouder en medevoogd. Dit klemt te meer naarmate de medevoogdij langer heeft geduurd en het contact met het kind intensiever is geweest. Het lijkt ons onjuist dat iemand die *vrijwillig* verantwoordelijkheid aanvaardt voor een minderjarig kind, daar zondermeer afstand van kan doen.²³ De motivering van de regering

17 Zie C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 1, personen- en familierecht*, 14e druk, bewerkt door J. de Ruiter en J.K. Moltmaker, Tjeenk Willink, Zwolle 1992, p. 538.

18 Deze bepaling is ingevoerd om lichtvaardig gebruik te voorkomen na bijvoorbeeld echtscheiding. De MvT legt dit begrip niet nader uit. De termijn van drie jaar is ontleend aan wetsvoorstel 23 012.

19 Overigens is het ook mogelijk dat de medevoogd van het gezag ontzet wordt door de rechter, zie art. 1:253cc

ontw. BW.

20 Ons inziens zal onder omstandigheden na beëindiging een omgangsrecht geconstrueerd kunnen worden op grond van art. 8 EVRM.

21 Zie TK 1993-1994, 23 714, nr. 3, p. 3.

22 Zie TK 1993-1994, 23 714, nr. 3, p. 3.

23 Verg. de opmerking van de Raad van State, TK 1993-1994, 23 714, B, p. 2. In haar antwoord verwees de regering naar haar motivering in de MvT.

op dit punt is gebrekkig. Er wordt betoogd dat het alleen redelijk is de medevoogd plichten op te leggen indien hij ook rechten (lees: bevoegdheden) heeft.²⁴ Het belang van het kind lijkt in deze redenering opnieuw opzij geschoven te worden ten gunste van het belang van de ex-medevoogd. Het zal immers in veel gevallen niet onredelijk zijn de onderhoudsplicht te laten voortduren, zeker niet als de medevoogd ook kostwinner is. Een parallel is overigens te vinden in het echtscheidingsrecht, waar de onderhoudsplicht ook niet is gekoppeld aan gezag over de kinderen.

Tenslotte willen wij hier nog naar voren brengen dat het voorsnog onduidelijk is of na beëindiging van medevoogdij opnieuw een verzoek van de ouder en een nieuwe partner gehonoreerd kan worden. De wet verbiedt het nergens expliciet. Afwijzing van zo'n verzoek is ons inziens mogelijk op basis van artikel 1:253t lid 4 ontw. BW (gegronde vrees dat bij inwilliging de belangen van het kind worden verwaarloosd). Of dit reeds mogelijk is bij een tweede verzoek, valt nog te bezien. Zo'n verzoek kan immers op een dergelijk moment heel wel gerechtvaardigd zijn.

3.2 Gezamenlijke voogdij

Net zoals het wenselijk kan zijn dat een ouder samen met zijn of haar partner het gezag deelt, kan het evenzeer wenselijk zijn dat een niet-ouder die met voogdij²⁵ is belast, deze samen met zijn of haar partner uitoefent. Het onderhavige voorstel maakt dit mogelijk door de creatie van de figuur van *gezamenlijke voogdij*. Artikel 1:282 lid 1 ontw. BW bepaalt dat op verzoek van de voogd en een ander (verder: partner), de rechter kan bepalen dat de voogdij door hen gezamenlijk wordt uitgeoefend. Net als bij medevoogdij wordt verlangd dat de partner in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind. Lid 3 bepaalt verder nog dat er bij inwilliging geen gegronde vrees mag bestaan dat de belangen van het kind worden verwaarloosd. In tegenstelling tot artikel 1:253t lid 2 ontw. BW spreekt artikel 1:282 lid 1 ontw. BW niet van een 'gezamenlijk verzoek' maar van een 'eensluitend verzoek'.

Onduidelijk is of dit terminologisch verschil materieelrechtelijke consequenties moet hebben. Wederom laat de memorie van toelichting het afweten. Volgens deze gelden voor de toekennin van de gezamenlijke voogdij de criteria zoals opgenomen in artikel 1:253t lid 1 en 4 ontw. BW. Opvallend is dat niet verwezen wordt naar lid van dat artikel, waarin wordt bepaald dat he moet gaan om een *gezamenlijk* verzoek. Hoewe wij menen dat enig onderscheid hier niet ge maakt dient te worden en ook niet beoog wordt, willen wij er toch op wijzen dat 'eensluitend' echt een andere betekenis heeft.²⁷

De voogd en de partner worden na instelling van de gezamenlijke voogdij door de rechter beiden als voogd aangemerkt (art. 1:282 lid 2 ontw. BW); ze hebben dezelfde rechten en plichten. Mocht een van de voogden komen te overlijden dan oefent de ander van rechtswege de voogd alleen uit (art. 1:282b ontw. BW). Bij tijdelijk onmogelijkheid van gezagsuitoefening, onbekendheid van bestaan of verblijfplaats van een voogd of bij in gebreke blijven van een voogd oefent de andere voogd het gezag over de kinderen alleen uit. De gezamenlijke voogdij herleeft bij verval van deze omstandigheid (art. 1:297 lid 4 ontw. BW). Het gezag wordt ook alleen uitgeoefend indien een van de voogden wordt geschorst of uit de voogdij wordt ontzet, aldus de artikelen 1:331 lid 3 en 1:334 lid 3 ontw. BW.

De bevoegdheden in verband met toezicht en bewind worden door de beide voogden gedeeld maar kunnen ook alleen worden uitgeoefend, behoudens bezwaren van de andere voogd (art. 1:337a lid 1 ontw. BW). Volgens lid 2 van dit artikel rusten de plichten verbonden aan bovengenoemde bevoegdheden op ieder der voogden. Onderbewindstelling is bij gezamenlijke voogd alleen mogelijk na een daartoe strekkend gezamenlijk verzoek aan de kantonrechter; hieruit voortvloeiende plichten worden aan beiden opgelegd (art. 1:370 lid 1 en 2 ontw. BW).

Gezamenlijke voogdij eindigt door overlijden van een van de voogden, door een rechterlijk beschikking op verzoek van een of beide voogden, of door een rechterlijke beschikking o

24 Zie TK 1993-1994, 23 714, nr. 3, pp. 7-8.

25 Het woord voogdij is in het wetsvoorstel, in navolging van wetsvoorstel 23 012, uitsluitend gereserveerd voor niet-ouders. Dit dient dan ook niet verward te worden met de term voogdij in het nu nog geldende recht (zie bijv. art. 1:283 lid 1).

26 TK 1993-1994, 23 714, nr. 3, p. 10.

27 Volgens de *Van Dale* (12e druk, 1992) betekent 'eens-

luitend': 'gelijk van inhoud'. Een eensluitend verzoek hoeft dus niet gezamenlijk te zijn! Bovendien is de verwijzing naar lid 1 en lid 4 van art. 1:253t ontw. BW overbodig. De criteria hierin genoemd, zijn dezelfde als die in art. 1:282 ontw. BW.

28 Zie TK 1993-1994, 23 714, nr. 3, p. 5.

grond van artikel 1:281 BW (zie de artt. 1:282a jo 1:323 ontw. BW). De ex-voogd dient rekening en verantwoording af te leggen aan de overblijvende voogd (art. 1:373 lid 2 ontw. BW).

Bij beëindiging op verzoek is het de rechter die bepaalt aan wie de kinderen worden toegewezen (art. 1:323 ontw. BW, tweede volzin). Hier dient zich dus een verschil aan met de medevoogdij, waarbij de ouder in geval van beëindiging een sterkere positie inneemt ten opzichte van de medevoogd. Bij gezamenlijke voogdij zijn de posities gelijkwaardig, omdat daarbij geen van beiden ouder is. Uiteraard is bij de beslissing aan wie het kind zal worden toegewezen, het belang van het kind de bepalende factor.

De kritiek die wij in paragraaf 3.1 hadden op het feit dat aan het criterium van de 'nauwe persoonlijke betrekking' voldaan is zodra er een gezamenlijk verzoek is ingediend, is hier ook van toepassing. Hetzelfde gaat op voor het ontbreken van nadere eisen waaraan de relatie tussen de volwassenen moet voldoen, en de vraag of na beëindiging opnieuw een verzoek kan worden ingediend.

4 Conclusie

Vooropgesteld moet worden dat het positief te waarderen valt dat de regering er eindelijk toegekomen is juridische bescherming te verlenen

aan feitelijk gezinsleven. Vooral het feit dat deze bescherming zich ook uitstrekt over kinderen die binnen een homoseksuele of lesbische relatie opgevoed worden, is ons inziens een goede zaak die getuigt van realiteitszin.

Dit neemt niet weg dat er het een en ander valt aan te merken op het wetsvoorstel zoals het er nu ligt. Ten eerste is er de kwestie van de 'nauwe persoonlijke betrekking'. Deze wordt afgeleid uit het gezamenlijk verzoek, waardoor een materiële toets niet hoeft plaats te vinden. Dit criterium ziet te veel op de relatie tussen de volwassenen en niet op die tussen de partner en het kind. 'Het belang van het kind' wordt op deze wijze van haar inhoud beroofd, ondanks alle mooie beloften. Een tweede probleem schuilt in de relatie tussen de volwassenen. Weer is het gezamenlijk verzoek de bepalende factor. De duur en de aard van de relatie worden verder buiten beschouwing gelaten. Een derde probleem is het feit dat door beëindiging de onderhoudsplicht van de medevoogd vervalt, terwijl die beëindiging door middel van een enkel verzoek te bewerkstelligen is. Een vierde punt van kritiek betreft de situatie dat de medevoogdij/voogdij beëindigd is en opnieuw een verzoek komt. Of dit toegewezen kan worden en onder welke voorwaarden, valt niet uit de wet op te maken. Een situatie van voortdurend wisselende (mede)voogden lijkt ons niet in het belang van het kind te zijn.

Wetgeving

Onder de zorg van mr. A.H.Th. de Boer, mr. T.C. Borman, mr. A. Kors, mw.mr. M. Reinsma.

De nieuwe wettelijke maatregelen in verband met het tegengaan van schijnhuwelijken

Mr. D. van Iterson*

1 Inleiding

Op 1 november 1994 is in werking getreden de Wet van 2 juni 1994 tot wijziging van de Titels 4 en 5 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en

van de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens (GBA-wet, *Stb.* 1994, 405). Vóór deze wetswijziging ontbraken aanknopingspunten voor preventief of repressief optreden tegen schijnhuwelijken in de civielrechtelijke sfeer. Op

* Mr. D. van Iterson is werkzaam bij de Stafafdeling Wetgeving Privaatrecht van het Ministerie van Justitie.