

STATEN VAN DE NEDERLANDSE ANTILLEN  
ZITTING 2009-2010

-----  
LANDSVERORDENING tot wijziging van Boek 1  
van het Burgerlijk Wetboek ter zake van gezamenlijk  
gezag over minderjarige kinderen  
(Landsverordening gezamenlijk gezag)  
-----

MEMORIE VAN TOELICHTING

-----  
No. 3  
-----

**I. Algemeen**

1. Bij de invoering van Boek 1 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 2001 is ervoor gekozen na echtscheiding het gezamenlijke gezag der ouders over hun minderjarige kinderen in beginsel niet van rechtswege te laten doorlopen, zoals in Nederland (sedert de wet van 30 oktober 1997, Stb. 506). Voor gezamenlijk gezag na echtscheiding is ingevolge het huidige artikel 1:251, tweede lid, een beschikking van de rechter nodig na een eensluidend verzoek der ouders; zie voor de Memorie van Toelichting M.F. Murray e.a. (red.), *De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek*, 2005, p. 109.
2. Op 28 maart 2008 (NJ 2008, 189), in een Nederlands-Antilliaanse zaak, heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat dit systeem strijd oplevert met de artikelen 6 en 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). De Hoge Raad overwoog:  
‘ 3.5. In zijn beschikking van 27 mei 2005, nr. R04/088, NJ 2005, 485, heeft de Hoge Raad aangaande een soortgelijke beperking die ligt besloten in art. 1:252 en 253c lid 1 BW overwogen dat de vader aan art. 8 lid 1 EVRM een aanspraak op bescherming van zijn recht op ‘the exercise of parental rights’ ontleent, 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 eenhoofdig gezag van de moeder in gezamenlijk gezag. In zijn beschikking

van 15 februari 2008, nr. R07/047, NJ 2008, 107, betreffende het bepaalde in art. 1:253o lid 1, laatste volzin, BW, heeft de Hoge Raad vervolgens geoordeeld dat het aan art. 8 lid 1 EVRM ontleende recht van de niet met het ouderlijk gezag belaste ouder op 'the exercise of parental rights' zich niet slechts verzet tegen de bepaling dat het gezamenlijk gezag slechts door beide ouders kan worden verzocht, maar evenzeer tegen de daaraan ten grondslag liggende regel van materieel recht dat gezamenlijk gezag slechts kan worden toegekend indien beide ouders daarmee instemmen. In overeenstemming met hetgeen in voornoemde beschikkingen is geoordeeld, moet art. 1:251 lid 2 BWNA aldus worden uitgelegd dat aan toewijzing van een verzoek om na echtscheiding gezamenlijk belast te blijven met de uitoefening van het gezag niet in de weg staat dat het verzoek slechts door een der ouders gedaan is.'

3. Het onderhavige ontwerp strekt ertoe de door de Hoge Raad geconstateerde mensenrechtenschending op te heffen. Het ontwerp kiest ervoor het Nederlandse recht in beginsel te volgen, waarbij tevens deels rekening is gehouden met de Nederlandse wet van 9 oktober 2008 tot wijziging van enige bepalingen van Boek I met betrekking tot (...) het verkrijgen van gezamenlijk gezag, Stb. 410 (Kamerstukken 29 353) en de Nederlandse Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding van 27 november 2008, Stb. 500 (Kamerstukken 30 145). Bepaald wordt dat na scheiding de ouders in beginsel het gezag blijven uitoefenen (artikel 1:251, tweede lid – *nieuw*). Slechts bij uitzondering belast de rechter een der ouders met het gezag (artikel 1:251a, eerste lid – *nieuw*). Nadat een der ouders met het gezag belast is, kan later, als de situatie veranderd is, de andere ouder alsnog om gezamenlijk gezag verzoeken (artikel 1:253o-*nieuw*). Ook buiten huwelijk kan om gezamenlijk gezag op eensluidend verzoek (van de vader) worden verzocht (artikel 1:253c-*nieuw*).
4. Gezamenlijk gezag heeft als voordeel dat beide ouders beter op hun verantwoordelijkheid jegens het kind kunnen worden aangesproken. De ervaringen in Nederland sedert 1998 lijken niet ongunstig te zijn, al blijft er kritiek mogelijk; zie C. van Rooijen, *Scheiden zonder vrijheid*, diss. VU, 2007 en C.G. Jeppesen de Boer, *Joint Parental Authority*, diss. RUU, 2008. In elke geval heeft de Nederlandse wetgever in 2008 – met de voornoemde Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding – ervoor gekozen voort te gaan op de in 1998 ingeslagen weg. Ook positief te waarderen is dat het verschil met ongehuwde ouders die in het gezagsregister de aantekening van gezamenlijk gezag als bedoeld in artikel 1:252 hebben gedaan en nadien uit elkaar gaan, wordt verkleind. Het onderhavige ontwerp volgt overigens het Nederlandse voorbeeld niet klakkeloos. Zo heeft de rechter wat meer ruimte dan in Nederland om eenhoofdig gezag na scheiding in te stellen of, als het gaat om een

- ongehuwde moeder, eenhoofdig gezag in stand te houden; men zie hierna bij artikel 251a, eerste lid, en bij artikel 253c, tweede lid.
5. Het systeem dat gescheiden ouders in beginsel gezamenlijk het gezag blijven uitoefenen is gangbaar in het Caraïbische gebied. Blijkens inlichtingen gegeven door mr. Bob Wit, rechter in het *Caribbean Court of Justice* in Trinidad en in het verleden lid van het Gemeenschappelijke Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba, bestaat in het merendeel van de Caricom-landen sinds de jaren '70/80 de zogeheten 'joint custody'. Dit is thans het uitgangspunt. Partijen kunnen ook afspreken dat slechts één van de ouders custody krijgt. De rechter zal afspraken van de ouders op dit stuk vrijwel zonder uitzondering honoreren. De rechter kan echter ook tegen de wil van beide ouders of van een van hen 'custody' aan een van de ouders (of aan beide) geven. In alle gevallen geldt als enig criterium 'the best interest of the child'; er zijn geen andere bepalingen die de beleidsruimte van de rechter beperken.
  6. Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt om ook een tweetal andere artikelen – te weten artikel 1:247 (wat betreft het geweld jegens kinderen) en artikel 1:377a (wat betreft het omgangsrecht van de verwekker) – aan te passen. Ook deze aanpassingen houden verband met de mensenrechtenverdragen.
  7. Het onderhavige ontwerp is opgesteld met bijstand van prof. mr. Jan de Boer, lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba en adviseur van de Gemeenschappelijke Commissie nieuw Burgerlijk Wetboek. Geraadpleegd zijn onder meer de leden van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba, de Ordes van Advocaten van de Nederlandse Antillen en Aruba, de voogdijraden van de Nederlandse Antillen en Aruba, alsmede de Bestuurscolleges van de Eilandgebieden van de Nederlandse Antillen.

## **II. Financiële gevolgen**

Onderhavige ontwerp-landsverordening heeft geen financiële gevolgen voor de begroting van het Land.

## **III. Advies van de Raad van Advies (RvA no. RA/17-09-LV)**

Op aanbeveling van de Raad is de toelichting (onder 2) bij artikel 251a aangevuld. Vermeld is waarom het wenselijk is dat hier te lande wat meer ruimte bestaat om gezamenlijk gezag te beëindigen of – in het geval bedoeld in artikel 253c – niet in te stellen.

Voorts is naar aanleiding van het advies van de Raad een toelichting gegeven bij artikel III, betreffende de citeertitel.

#### IV. Artikelsgewijze toelichting

##### Artikel I

###### *Onderdeel A*

Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt om een misslag te herstellen. Aangezien de inschrijving van buitenlandse akten is overgelaten aan de burgerlijke stand in 's-Gravenhage overeenkomstig artikel 1:25 e.v. Ned.BW en artikel 1:26b Ned.BW (welke artikelen dan ook in 2001 niet zijn overgenomen), hangt de huidige tweede volzin van artikel 1:26e in de lucht.

###### *Onderdelen B en C (artikelen 1:235 en 236)*

Het betreft hier een technische aanpassing aan de wijziging van artikel 1:253a (in onderdeel G).

###### *Onderdeel D (artikel 1:247)*

1. In navolging van Nederland (wet van 8 maart 2007, Stb. 145; Kamerstukken 30 316) is in artikel 1:247, tweede lid – dat ook toepasselijk is in geval van voogdij en pleegzorg (artikel 1:248) – een verbod van geestelijk of lichamelijk geweld of enige andere vernederende behandeling opgenomen. overigens zonder speciale sanctie. Kindermishandeling is vaak een uit de hand gelopen disciplinerende. Indien de wet als norm stelt dat bij de disciplinerende geen geweld wordt gebruikt, kan zulks wellicht een steentje bijdragen in de bestrijding van het grote kwaad van kindermishandeling.
2. Bovendien is er een internationale tendens tot opnemende van een geweldsverboden. Men zie het eerste lid van artikel 19 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, luidende: 'States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.' Het VN-Comité dat toezicht houdt op de naleving van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind, heeft op 30 januari 2009 (CRC/C/NLD/CO/3, onder 37) het Koninkrijk der Nederlanden (Nederland, de Nederlandse Antillen en Aruba) aanbevolen lijfstraffen wettelijk te verbieden en het verbod in alle situaties te handhaven, waaronder binnen het gezin, op scholen en in het geval van uithuisplaatsing.
3. Ook het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR), het onafhankelijke deskundigencomité dat toeziet op de naleving van het Europees Sociaal Handvest (ESH), had in haar beoordeling van de situatie in Nederland, aangegeven dat Nederland niet voldeed aan artikel 17 ESH dat verplichtingen inzake de bescherming van kinderen bevat. Het ECSR wijst erop dat artikel 17 van het ESH een wettelijk verbod vereist op alle

vormen van geweld tegen kinderen, zoals op school, in andere instellingen, thuis en elders. Inmiddels is, zoals vermeld, het Nederlandse Boek 1 BW aangepast.

4. Tot slot kan worden gewezen in de eerste plaats op: de aanbeveling van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa zoals deze op 23 april 2004 is aanvaard: Recommendation 1666 (2004), met als titel *Europe-wide ban on corporal punishment of children*; en in de tweede plaats op: het *World Report on Violence against Children* van P.S. Pinheiro, Independent Expert for the United Nations Secretary-General: *Study on Violence against Children*, oktober 2006.

#### *Onderdeel E (artikel 1:251)*

Hierin is vastgelegd dat na scheiding ouders in beginsel het gezamenlijk ouderlijk gezag blijven uitoefenen. De wijziging is hierboven onder Algemeen al toegelicht. Het gezamenlijke ouderlijk gezag kan eventueel nadien – als het toch misgaat – worden beëindigd en omgezet in eenhoofdige gezag (artikel 1:253n; zie onderdeel I).

#### *Onderdeel F (artikel 1:251a)*

1. Bij uitzondering kan na scheiding één der ouders met het gezag worden belast. Voor eenhoofdige gezag na scheiding is een verzoek aan de rechter nodig. Het enkele feit dat een van de ouders zulks wenst, is onvoldoende grond is om het gezag aan één der ouders toe te kennen (HR 10 september 1999, NJ 2000, 20). Indien de ouders, ieder voor zich, verzoeken alléén met het gezag belast te worden, maar geen van beiden aannemelijk kan maken dat het belang van het kind daarmee gediend is, loopt het gezamenlijk gezag door (HR 15 december 2000, NJ 2001, 123; vgl. ook HR 28 maart 2003, NJ 2003, 359). Het ontbreken van een goede communicatie tussen de ouders, in het bijzonder in de periode waarin de echtscheiding en de daarmee verband houdende kwesties nog niet zijn afgewikkeld, brengt niet zonder meer mee dat in het belang van het kind het ouderlijk gezag aan een van de ouders moet worden toegekend (HR 10 september 1999, NJ 2000, 20, voornoemd).
2. Het in de Nederlandse rechtspraak tot ontwikkeling gebrachte zogenaamde 'klem of verloren-criterium' (de problemen tussen de vader en de moeder moeten zodanig ernstig zijn dat een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren raakt tussen de ouders indien zij het ouderlijk gezag gezamenlijk zouden uitoefenen en dat niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering komt) wordt niet uitdrukkelijk in de wet vastgelegd, zoals in Nederland is geschied in de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding. In het overleg met het Gemeenschappelijk Hof van Justitie is gebleken dat het hier te lande wenselijk is dat er (potentieel) iets meer ruimte is om gezamenlijk gezag af te wijzen. Men bedenke dat in het nieuwe systeem vaders wel meer betrokken zullen zijn bij de opvoeding van het kind, maar ook dat tussen de ouders er meer conflicten zullen ontstaan. Kinderen

- lijden in het bijzonder onder conflicten tussen hun ouders (zie voornoemd proefschrift van Jeppesen de Boer, p. 320 e.v., met literatuur). De ondertekende meent dat in het belang van het kind hier voorzichtig te werk moet worden gegaan. Volstaan is daarom met het criterium dat de rechter wijziging van het gezag in het belang van het kind wenselijk oordeelt (eerste lid); het voorgestelde Nederlandse artikel 1:251a, eerste lid, onderdeel b, spreekt van 'noodzakelijk'.
3. Het vierde lid introduceert hier – vergelijk het bestaande artikel 1:377g inzake het omgangs-, consultatie- en informatierecht – een informele rechtsgang voor het kind. De rechter kan de gezagsbeslissing ambtshalve nemen indien hem blijkt dat het kind van twaalf jaren of ouder – die het met het voornemen van de ouders het gezamenlijk gezag te laten doorlopen niet eens is – daarop prijs stelt. Hetzelfde geldt indien het kind nog geen twaalf jaren oud is, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen. Dit lid kan overigens in beginsel ook toepasselijk zijn buiten de scheidingsprocedure (NJ 2008, 494).
  4. De beslissing waarbij een der ouders alleen met het gezag is belast, kan eventueel nadien worden gewijzigd (artikel 1:253o; vgl. HR 11 april 2008, NJ 2008, 322). Anders dan in het huidige recht, kan het verzoek om alsnog gezamenlijk gezag te krijgen ook door één ouder worden gedaan; zie onderdeel J.

*Onderdeel G (artikel 1:253a).*

1. In dit artikel wordt het huidige artikel 1:377h, ten aanzien van omgang bij gezamenlijk gezag, geïncorporeerd. Een eventuele ontzegging van omgang kan slechts tijdelijk zijn (vgl. HR 31 maart 2006, NJ 2006, 392). Men zie het tweede lid, dat overigens ruimer is dan het huidige artikel 1:377h. Ook de na scheiding belangrijke beslissing omtrent het hoofdverblijf van het kind (bij de vader of bij de moeder) wordt erdoor bestreken.
2. Onder meer de regeling van artikel 1:377g inzake de informele rechtsingang van het kind wordt van overeenkomstige toepassing verklaard (derde lid). Zo nodig kan de rechter, zelfs ambtshalve, een dwangmiddel opleggen en bevelen dat de beschikking met de sterke arm kan worden tenuitvoergelegd (vierde lid). De rechter moet het verzoek binnen zes weken behandelen (vijfde lid).

*Onderdeel H (artikel 1:253c)*

1. Dit artikel betreft de buiten huwelijk geboren kinderen. De moeder heeft van rechtswege het gezag (artikel 1:253b), maar de vader kan – voorwaarde is wel dat hij het kind erkend heeft (HR 12 juni 1987, NJ 1989, 98 en HR 9 oktober 1992, NJ 1992, 789) – vragen om het eenhoofdige of gezamenlijke gezag (artikel 1:253c). Door de voorgestelde wijziging kan zowel de moeder als de vader (eenzijdig) verzoeken om gezamenlijk gezag; het gaat hier om de situatie dat de ouders het over dat gezamenlijk gezag niet eens zijn, want zijn zij het eens, dan staat de

eenvoudiger weg van artikel 1:252 open (aantekening in het gezagsregister).

2. Het criterium voor afwijzing van een verzoek om gezamenlijk gezag (tweede lid) is ontleend aan het voorgestelde artikel 1:251a, eerste lid. Het biedt dus meer ruimte dan wat in Nederland geldt om het verzoek (van de vader) af te wijzen.

*Onderdelen I tot en met N (artikelen 1:253e, 253n, 253o, 253p, 253q en 277)*

Het gaat hier om technische aanpassingen aan de wijziging van artikel 1:251, tweede lid (in onderdeel E).

*Onderdeel O (artikel 1:377a)*

1. Ter vermindering van discriminatie moeten in artikel 1:377a ouders en anderen – men denke in het bijzonder aan de verwekker van het kind – die in een nauwe persoonlijke betrekking staan tot het kind gelijk worden behandeld. Het moet niet zo zijn dat aan een verwekker die jarenlang voor het kind heeft gezorgd (en het wellicht niet mocht erkennen van de moeder) de omgang gemakkelijker kan worden ontzegd, dan aan een familierechtelijke vader die reeds vóór de geboorte is vertrokken (en zelfs mogelijk het kind niet heeft verwekt). Zie in dit verband de uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens in de zaak *Sahin* (EHRM 11-10-2001, NJ 2002, 417 en in diezelfde zaak EHRM 8-7-2003 [Grote Kamer], NJ 2004, 136), alsmede HR 11 april 2008, NJ 2008, 555.
2. De term 'degene die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind' kan ook betrekking hebben op grootouders, broers en zuster, voormalige pleegouders enz. Bij de vaststelling van de aard en omvang van de te regelen omgang is het belang van het kind doorslaggevend, waarbij, afhankelijk van de individuele omstandigheden, een omgangsregeling ten behoeve van de verwekker wellicht anders zal zijn (in frequentie en duur) dan een omgangsregeling ten behoeve van de grootouders.
3. Ingevolge de eerste volzin van het eerste lid heeft het kind zelf recht op omgang met zijn ouders; men zie artikel 9, derde lid, van het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind, luidende: 'States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.'

*Onderdeel P (artikel 1:377e)*

Het gaat hier om een technische aanpassing aan de wijziging van artikel 1:377a (in onderdeel O).

*Onderdeel Q (vervallen van artikel 377f)*

Het vervallen van artikel 1:377f hangt samen met de uitbreiding van artikel 1:377a (in onderdeel O).

*Onderdeel R (artikel 3:377g)*

Het gaat hier om een technische aanpassing aan het vervallen van artikel 1:377f (in onderdeel Q)

*Onderdeel S (vervallen van artikel 1:377h)*

Het vervallen van artikel 1:377h hangt samen met de uitbreiding van artikel 1:253a (in onderdeel G).

**Artikel III**

Het project tot voltooiing van het nieuwe Burgerlijk Wetboek bestaat op dit moment vijftien ontwerpen (behalve het onderhavige ontwerp inzake gezamenlijk gezag: ontwerpen inzake trust, herziening namenrecht, gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, huizenkoop en aanneming van werk, huur, arbeidsovereenkomst, erfrecht en schenking, verzekering, personenvennootschap, koop op afstand, herzien rechtspersonenrecht, melding kindermishandeling, herziening huwelijksvermogensrecht en grondwateronttrekking). Uit praktische overwegingen (in het bijzonder met het oog op de overzichtelijkheid) is ervoor gekozen de ontwerpen een citeertitel mee te geven, ook al gaat het om wijzigingsregelingen. Overigens had de op 27 april 2005 (P.B. 2004 no. 58) totstandgekomen landsverordening tot aanvulling van de Boeken 5 en 7 BW met een regeling van de timeshare ook reeds een citeertitel (Landsverordening regeling gebruik in deeltijd van onroerende zaken en aanpassing appartementsrecht). Men bedenke in dit verband dat het Burgerlijk Wetboek, met zijn acht boeken, bestaat uit een uitzonderlijk omvangrijke verzameling regelgeving.

De Minister van Justitie,

