

ANNOTATIE

Geen informele rechtsingang kind ter zake van artikel 1:253c BW: Hof Arnhem-Leeuwarden 10 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1721.

W.M. Schrama

Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 10-03-2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1721 (PFR-2015-0108)

Drie aspecten zijn interessant bij deze beslissing over het verzoek van de bijzondere curator om het eenhoofdig gezag van de moeder te wijzigen. In de eerste plaats gaat het om de vraag of met analoge toepassing van artikel 1:251a BW of via het gelijkheidsbeginsel een informele rechtsingang voor het kind kan worden gecreëerd voor andere gevallen dan in dat artikel voorzien. In de tweede plaats rijst de vraag of een eigen rechtsingang voor het kind in deze situaties wenselijk zou zijn. In de derde plaats brengt deze zaak aan het licht dat het afstammings- en gezagsrecht aan aanpassing toe zijn. Het gaat in deze zaak om ongehuwde ouders die samen drie kinderen hebben. De vader heeft het oudste kind erkend, maar een aantekening in het gezagsregister is nooit gemaakt. Het kind heeft aangegeven dat het bij zijn vader wil wonen. De vader is financieel niet in staat om een verzoek in te dienen tot het verkrijgen van gezag. De moeder wil niet meewerken aan een aantekening in het gezagsregister en wil ook niet dat het kind hoofdverblijf bij de vader zal hebben. De bijzondere curator heeft een goed gemotiveerd verzoek ingediend namens het kind om de ouders gezamenlijk met het gezag te belasten (in eerste instantie) of eenhoofdig gezag aan de man toe te kennen (primair verzoek in hoger beroep). Daarmee ontstaat een bijzondere situatie, want het zal niet zo vaak voorkomen dat vader en kind wel wensen dat het kind hoofdverblijf bij de vader heeft, maar dat de vader geen gezag heeft en daartoe ook geen verzoek indient (maar zich wel achter het verzoek van de bijzondere curator schaaft). Tegen de uitgebreide

argumentatie en nette motivering van het hof valt weinig in te brengen. In de wettelijke regeling van artikel 1:253c BW, op grond waarvan de vader een verzoek kan indienen om gezamenlijk gezag te krijgen of eenhoofdig gezag, is niet voorzien in een informele rechtsingang voor minderjarigen, terwijl de bepaling redelijk recent is aangepast. Van een lacune in de wetgeving lijkt dan ook geen sprake te zijn. Bovendien merkt het hof terecht op dat het geval waarin een verzoek wordt gedaan om gezamenlijk gezag te wijzigen in eenhoofdig gezag te onderscheiden is van het omgekeerde geval waarin eenhoofdig gezag van een ouder bestaat dat gezamenlijk gezag wordt of eenhoofdig gezag door de andere ouder. In die laatste twee gevallen wordt een ouder met het gezag belast die daar zelf geen actie voor wil ondernemen. Daarbij speelt in casu nog een rol dat de gecertificeerde instelling had aangeboden de kosten te dragen voor de vader van de procedure om gezag te verkrijgen en dat de verantwoordelijkheid om de rechtspositie van kinderen te regelen bij de ouders ligt. Voor een analogische toepassing van de informele rechtsingang lijkt weinig ruimte, omdat de situaties te verschillend zijn. Daarnaast laat het hof meewegen dat er voldoende mogelijkheden zijn om buiten deze route om het belang van het kind te realiseren. Tegelijkertijd wringt de schoen juridisch wel, maar dat lijkt, zoals het hof ook opmerkt, een taak voor de wetgever. Niet in te zien is waarom de rechtspositie van de minderjarige op dit punt niet versterkt kan worden, zeker gegeven de internationale aandacht voor de processuele positie van kinderen. Opvallend is dat de afwijzing van het beroep op artikel 3 en 12 IVRK door het hof in het geheel niet gemotiveerd is (overweging 5.12). Bij de vraag of de wetgever een taak heeft, gaat het in de kern om de vraag of een minderjarige het recht op inspraak heeft bij wezenlijke juridische vragen, zoals het gezag. Dat het om ongehuwde ouders gaat, die geen formele echtscheidingsprocedure (kunnen) volgen, mag in dit opzicht geen verschil maken. Mijns inziens valt er veel te zeggen voor een verbetering van de processuele positie van de minderjarige op dit punt, al lijkt daarbij wel een risico dat ouders dit een financieel aantrekkelijke route vinden: voor dat soort gevallen is de informele rechtsingang echter niet bedoeld. Deze zaak wijst tegelijkertijd op een fundamenteel, onderliggend probleem: de rechtspositie van kinderen van ongehuwde ouders is slechter geregeld dan die van ouders in een formele relatie. De wetgever, die meent dat gezamenlijk ouderschap van beide ouders belangrijk is, zou wetgeving moeten ontwerpen waarin vaders die samenwonen met de moeder van rechtswege bij de geboorteaangifte juridisch vader worden en direct gezamenlijk gezag met de moeder krijgen. Daarmee zouden veel conflicten de wereld uit zijn en worden kinderen, ongeacht de toevallige relatievorm van hun ouders, gelijk behandeld en goed beschermd. Ongeveer vijftig procent van de kinderen wordt tijdens het huwelijk van zijn ouders geboren en de ander helft daarbuiten. Dat betekent dat de bescherming voor veel kinderen beter en eenvoudiger geregeld kan worden dan thans het geval is. Dat de bijzondere curator in deze rechtszaak een beroep doet op discriminatie van kinderen van gehuwde en

ongehuwde ouders ter zake van de informele rechtsingang is begrijpelijk, maar het probleem is niet zozeer, zoals het hof ook opmerkt, dat er verschil in de regeling van de informele rechtsingang is, maar dat het afstammings- en gezagsrecht wezenlijk anders zijn. Daarom moet met het hof worden aangenomen dat van gelijke gevallen geen sprake is. Zou het verzoek wel zijn toegewezen als deze ouders gezamenlijk gezag hadden en het kind in het kader van de scheiding via een bijzondere curator een verzoek tot eenhoofdig gezag zou hebben gedaan? In dat geval gaat het beginsel van gelijke behandeling een rol spelen: beide situaties zijn vergelijkbaar. In beide gevallen dient een ouderschapsplan opgesteld te worden. Het enige verschil is dat na een huwelijk een echtscheidingsprocedure gevolgd moet worden en bij ongehuwde ouders niet. Biedt dit verschil voldoende grond om een beroep op het gelijkheidsbeginsel af te wijzen? Naar mijn idee, beoordeeld vanuit de rechten van het kind, niet: het enkele feit dat er geen officiële scheidingsprocedure is, is geen rechtvaardigheidsgrond voor het gemaakte onderscheid. Toch denk ik dat weinig rechters zo zullen oordelen en dat het daarmee uiteindelijk aan de wetgever zal zijn om stappen te zetten.