

Het gezag van de ongehuwde vader bezien vanuit een nationaal en Europees perspectief

Christina G. Jeppesen de Boer*

Welke positie heeft de ongehuwde vader? Zijn positie is aan de orde gesteld door Tweede Kamerlid Vera Bergkamp van D66. Zij vindt dat het voor ongehuwde vaders makkelijker moet worden om na erkenning gezag over hun kinderen te krijgen. Een initiatiefwetsvoorstel met toelichting is gepubliceerd op de website van D66. Volgens dit voorstel krijgt de ongehuwde vader die het kind erkent automatisch gezag, behoudens enkele uitzonderingen; onder andere in de situatie waar de ouders het eens zijn en verklaren dat het gezag alleen door de moeder wordt uitgeoefend. Ook de Staatscommissie Herijking ouderschap heeft zich gebogen over het onderwerp en stelt voor dat met de aanvaarding van ouderschap door de ongehuwde vader het gezamenlijk ouderlijk gezag ook meteen geregeld wordt. Naar huidig Nederlands recht krijgt de ongehuwde vader geen automatisch gezag na erkenning, in tegenstelling tot de vader die een huwelijk of geregistreerd partnerschap met de moeder heeft. In deze bijdrage wordt de positie van de ongehuwde vader met betrekking tot het gezamenlijk ouderlijk gezag behandeld in een Nederlands en Europees perspectief.

1 Inleiding

Hoe wordt het gezag van de ongehuwde vader op Europees niveau geregeld? In deze bijdrage wordt gekeken naar de beginselen over ouderlijk gezag van de Commission on European Family Law (CEFL). Daarna zal de relevante rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) kort worden toegelicht. Verder zal specifiek worden

gekeken naar de Deense regeling waarbij het gezamenlijk gezag 'bijna' automatisch toekomt aan de ongehuwde vader. De Deense regeling komt op veel punten overeen met het voorstel van de Staatscommissie Herijking ouderschap, waardoor het interessant kan zijn voor een Nederlands publiek. Eerst volgt een korte toelichting op het begrip 'de ongehuwde vader', het relevante Nederlandse gezagsrecht en de visie van de Staatscommissie Herijking ouderschap.¹

De 'ongehuwde vader' is geen wettelijk begrip in het Nederlandse gezagsrecht

De ongehuwde vader

De 'ongehuwde vader' is geen wettelijk begrip in het Nederlandse gezagsrecht. Er zijn in feite veel soorten ongehuwde vaders: de vader die samenwoont met de moeder met wie hij het kind samen opvoedt, de (informeel) gescheiden vader die al dan niet nog voor het kind zorgt, de vader uit een kortstondige relatie die het kind misschien helemaal nooit heeft gekend of voor het kind heeft gezorgd (maar hiertoe indien mogelijk misschien wel de intentie of wens zou hebben), de bekende donor, enzovoorts. Het Nederlandse gezagsrecht maakt formeel gezien geen onderscheid tussen verschillende soorten (ongehuwde) vaders. Het is alleen van belang of het juridisch vaderschap is vastgesteld en of er sprake is (of was) van een formele relatie, te weten huwelijk of geregistreerd partnerschap tussen de moeder en de vader. Er volgt dan ook geen

* Dr. C.G. Jeppesen de Boer is als universitair docent en onderzoeker op het gebied van rechtsvergelijking en personen- en familierecht werkzaam aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en verbonden aan het UCERF (Utrecht Centre for European Research into Family Law).

1 Het initiatiefwetsvoorstel van D66 (en later ook de VVD) wordt hier niet verder behandeld, deels omdat het pas na het schrijven van deze bijdrage is gepubliceerd, maar verder ook omdat het een vrij omvangrijke en complexe regeling inhoudt, waardoor er in deze bijdrage niet genoeg ruimte is voor een analyse. Voorstel van wet en memorie van toelichting van de leden Bergkamp en Van Wijngaarden tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met directe koppeling erkenning en gezamenlijk gezag voor ongehuwde en niet-geregistreerde partners, <https://d66.nl/ongehuwde-vaders-ook-automatisch-gezag-kind/>.

nadere definitie van ‘ongehuwde vader’ in deze bijdrage.² Met de term ongehuwde vader wordt wel bedoeld de vader wiens vaderschap juridisch is vastgesteld.

Het belang van gezamenlijk gezag

Het gezag houdt de recht en de plicht in het kind te verzorgen en op te voeden (art. 1:247 BW). Het gezag is zorggerelateerd en dient het belang van het kind. De vader die het gezamenlijk gezag uitoefent, heeft een medebeslissingsrecht. Praktisch gezien houdt dit in dat hij moet instemmen met belangrijke beslissingen zoals medische beslissingen, de verhuizing van het kind, enzovoort. Als een geschil tussen de ouders met gezamenlijk gezag ontstaat kan de rechter worden verzocht het geschil te beslissen (art. 1:253a BW). De ongehuwde vader zonder gezag heeft een nadelige positie. Hij moet eerst het gezamenlijk gezag verzoeken (art. 1:253c BW) voordat dit medebeslissingsrecht eventueel aan hem wordt toegewezen en dit kan te laat zijn ten opzichte van het geschil in kwestie, bijvoorbeeld een verhuizing die al plaats heeft gevonden. Het belang van het hebben van gezag bestaat ook als de moeder komt te overlijden. De vader oefent dan van rechtswege het gezag over het kind uit (art. 1:253f BW) terwijl de vader zonder gezag alleen een voorkeurspositie ten opzichte van het gezag heeft (art. 1:253g BW).

De verkrijging van gezag van rechtswege is slechts voorbehouden aan de moeder en de vader die een huwelijk of geregistreerd partnerschap hebben, en bij gebreke hiervan slechts aan de geboortemoeder

2 Geen automatisch gezamenlijk gezag voor de ongehuwde vader in Nederland

2.1 Het ouderschap en gezag naar huidige Nederlands recht

De ongehuwde vader wordt pas juridisch vader als hij het kind erkent (met toestemming van de moeder of door vervangende toestemming van de rechter) of als het vaderschap gerechtelijk wordt vastgesteld op verzoek van de moeder of het kind.³ Het initiatief ligt bij partijen. De ongehuwde juridische vader krijgt na het vaststellen van het vaderschap geen

gezag van rechtswege. De verkrijging van gezag van rechtswege is slechts voorbehouden aan de moeder en de vader die een huwelijk of geregistreerd partnerschap hebben, en bij gebreke hiervan slechts aan de geboortemoeder. Het gezag van rechtswege kan ook toekomen aan de vrouwelijke partner van de moeder als zij met de moeder gehuwd of geregistreerd is.⁴ Het automatisch gezag van de vader ofwel tweede moeder is zodoende verbonden aan een formele relatie met de moeder.

Het is voor de ongehuwde vader wel mogelijk om op een redelijk eenvoudige manier het gezamenlijk ouderlijk gezag te verkrijgen, mits de ouders het eens zijn. Door aantekening in het gezagsregister krijgt de vader het gezamenlijk ouderlijk gezag.⁵ Er zijn geen kosten verbonden aan het verzoek tot aantekening van gezamenlijk gezag in het gezagsregister en het verzoek kan tevens eenvoudig digitaal geschieden met gebruik van DigiD. Vereist is wel dat er sprake is van een eerste verkrijging van het gezag en dat de vader niet onbevoegd is tot gezag.⁶ Hoewel het gezag voor de vader eenvoudig te regelen is, komt het voor dat er geen gezag wordt aangetekend, ook in situaties waar de vader wel voor het kind zorgt en zelfs in situaties waarin de vader heeft samengewoond met de moeder.⁷ Het is echter niet bekend hoe vaak dit voorkomt. Er kunnen verschillende redenen zijn dat geen gezamenlijk gezag wordt aangetekend: onwetendheid (ondanks voorlichting bij erkenning), dat de ouders het gewoon niet geregeld krijgen ofwel dat zij het hierover niet eens zijn (of juist wel eens zijn dat er geen gezamenlijk gezag moet zijn). De mate waarin deze redenen een rol spelen is echter onduidelijk.

Het uitgangspunt is dat de ongehuwde vader op zijn verzoek het gezamenlijk gezag krijgt toegewezen

Als de moeder het niet eens is met de aantekening in het gezagsregister kan de vader die tot het gezag bevoegd is en het gezag niet eerder heeft uitgeoefend alsnog de rechter verzoeken om hem met het gezamenlijk gezag te belasten.⁸ Het verzoek wordt beoordeeld aan de hand van dezelfde criteria die gelden bij scheiding van de ouders voor toewijzing van eenhoofdig gezag, te weten: gezamenlijk gezag, tenzij er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren raakt tussen de

- 2 Zie het recente artikel van Schrama over de verschillende soorten vaders in relatie tot het afstammingsrecht: W. Schrama, ‘Over vaders, seks en afstamming: het afstammingsrecht voor verwekkers kritisch beschouwd’, AA 2016, afl. 3, p. 212-218 (AA20160212).
- 3 Art. 1:199 onder c en d, 1:204, 1:207 lid 1 BW.
- 4 Art. 1:251, 1:253aa (juridische ouder) en 1:253sa BW (voor de partner die geen ouder is).
- 5 Art. 1:252 BW.
- 6 Zie verder de voorwaarden in art. 1:252 BW.
- 7 Er is hier veel rechtspraak over, zie S.F.M. Wortmann, in: *GS Personen- en Familierecht*, art. 1:253c BW, aant. 2 (online, bijgewerkt 1 mei 2016), met verwijzing naar bijvoorbeeld de uitspraak van het Hof Amsterdam van 19 april 2016, ECLI: NL:GHAMS:2016:1523.
- 8 Art. 1:253c lid 1 BW.

ouders of indien eenhoofdig gezag anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.⁹ Het uitgangspunt is dus dat de ongehuwde vader op zijn verzoek het gezamenlijk gezag krijgt toegewezen.

2.2 Voorstel Staatscommissie Herijking ouderschap

De Staatscommissie Herijking ouderschap presenteerde op 7 december 2016 haar visie op de regeling van het ouderschap en gezag, uitgewerkt in het rapport *Kind en Ouders in de 21ste Eeuw*.¹⁰ Hoewel het beoordelen van de positie van de ongehuwde vader niet tot de kerntaak van de commissie hoorde, heeft de commissie zich hierover gebogen en hieromtrent een uitgewerkt voorstel gedaan. Het voorstel houdt in dat bij de aanvaarding van het ouderschap (huidige terminologie: erkenning) voor de geboorte, voortaan ook het gezamenlijk ouderlijk gezag kan worden geregeld.

Volgens de staatscommissie ‘voldoet het huidige systeem’ waarbij de juridische ouders in het gezagsregister gezamenlijk laten aantekenen dat zij het gezamenlijk gezag willen uitoefenen.¹¹ De staatscommissie is

‘van oordeel dat het nemen van de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van een kind een bewuste keuze dient te zijn’. Het brengt grote verantwoordelijkheden met zich mee. Van gehuwde of geregistreerde ouders ‘kan worden verondersteld’ dat zij deze verantwoordelijkheden op zich nemen – wat niet ‘zonder meer’ kan worden verondersteld bij ongehuwde ouders. Het past dan ook volgens de staatscommissie om te eisen dat de ouders gezamenlijk een besluit over het gezag nemen. Er wordt daarom geen voorstel gedaan om het automatisch gezamenlijk gezag te koppelen aan samenwonen.¹²

Volgens de staatscommissie ‘voldoet het huidige systeem’ waarbij de juridische ouders in het gezagsregister gezamenlijk laten aantekenen dat zij het gezamenlijk gezag willen uitoefenen

De staatscommissie stelt wel voor om de aantekening in het gezagsregister al vóór de geboorte mogelijk te maken. Nu is dit pas na de geboorte mogelijk. Ook stelt zij voor om het mogelijk te maken het gezamenlijk gezag gelijktijdig met de aanvaarding van het ouderschap (erkenning) te registreren. Als de aanvaarding van het ouderschap en de aantekening van het gezag ‘op hetzelfde tijdstip’ geregeld worden, hebben de ouders vanaf de geboorte het gezamenlijk gezag. Zo wordt misschien ook voorkomen dat ouders die het gezamenlijk gezag wensen, dit vergeten te regelen.¹³

3 De CEFL-beginselen en de verschillende Europese stelsels

De CEFL, een academisch initiatief, heeft beginselen over ouderlijk gezag (*parental responsibilities*) opgesteld.¹⁴ Deze zijn niet-bindend van aard. Het is wel de bedoeling van de beginselen dat zij aan Europese eenwording van het gezagsrecht kunnen bijdragen. Een van de beginselen is *dat personen die de juridische ouders zijn van het kind het ouderlijk gezag zouden moeten hebben*. Dit betekent dat ouders samen gezag hebben, ongeacht of zij gehuwd zijn of een ander (geformaliseerd) partnerschap hebben.¹⁵ Verder maakt het niet uit hoe het vaderschap tot stand is gekomen, bijvoorbeeld door erkenning of

9 Art. 1:253c lid 2 BW.

10 Staatscommissie Herijking ouderschap, *Kind en Ouders in de 21ste Eeuw*, Den Haag 2016.

11 Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 442.

12 Hiervoor zou kunnen worden aangesloten bij de gegevens uit de registratie in de basisregistratie personen (BRP), Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 442.

13 Staatscommissie Herijking ouderschap 2016, p. 442-443, p. 531-532. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de totstandkoming van gezamenlijk gezag voor en na de geboorte.

14 K. Boele-Woelki et al., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2007. Hierna aan gerefereerd als ‘CEFL 2007’.

15 CEFL 2007, beginsel 3:8, p. 59, p. 65.



gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. De keuze voor dit beginsel, gemaakt door de CEFL, wordt deels beargumenteerd onder verwijzing naar het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind 1989 (IVRK), instrumenten van de Raad van Europa en rechtsvergelijkend onderzoek in de Europese rechtstelsels.

Er zijn weinig internationale instrumenten die precies regelen of en hoe het gezag aan de ongehuwde vader zou moeten toekomen

Er zijn weinig internationale instrumenten die precies regelen of en hoe het gezag aan de ongehuwde vader zou moeten toekomen.¹⁶ De voorkeur voor gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de zorg en ontwikkeling van het kind door beide ouders is echter wel uit artikel 18 IVRK af te leiden, zoals gesteld door de CEFL. Wanneer men de instrumenten van de Raad van Europa nader bekijkt, kan een ontwikkeling worden waargenomen. In de Recommendation on Parental Responsibilities uit 1984 valt niet duidelijk af te leiden hoe het gezag zou moeten worden geregeld voor de ongehuwde vader. Zowel gezamenlijke gezagsuitoefening als eenhoofdig gezag voor de moeder of vader behoren namelijk tot de mogelijkheden. Volgens de opmerking van het CEFL geeft de Recommendation uit 1984 geen uniform systeem aan om zo ruimte te laten voor de divergerende Europese regelingen hierover.¹⁷ Twintig jaar later volgt wel uit de *White Paper concerning the establishment and the legal consequences of parentage* dat het gezag (*parental responsibilities*) in beginsel door beide juridische ouders, ongeacht hun relationele status, wordt gedragen. Voor zover het gezag niet aan beide ouders toekomt moet de ouder zonder gezag hiervoor een verzoek kunnen indienen. De omstandigheid dat de moeder het gezamenlijk gezag niet wenst, moet volgens de opmerkingen in de *White Paper* niet doorslaggevend zijn.¹⁸ De *White Paper* is echter nooit, zoals wel werd beoogd, uitgewerkt tot een instrument zoals een *Recommendation of Convention* van de Raad van Europa, maar is in 2004 gepubliceerd als *Report*.

Wat betreft het voorgestelde beginsel van automatisch gezag voor beide ouders – ongeacht relationele status of de manier waarop het vaderschap is vastgesteld – stelt de CEFL

dat er een meerderheid (ook wel *common core* genoemd) is van Europese landen die hierin geen onderscheid maakt.¹⁹ Dit betekent dus dat er geen verschil wordt gemaakt tussen de gehuwde vader en de ongehuwde vader in een meerderheid van de onderzochte Europese landen. Dit betreft echter een nauwe meerderheid van 12 landen, ten opzichte van 9 landen die dit onderscheid wel maken. Belangrijker is echter dat de categorisatie van de landen niet geheel zuiver is. In meerdere van de genoemde landen van ‘geen onderscheid’ wordt wel een onderscheid gemaakt naar aanleiding van relationele status of in relatie tot de manier waarop het vaderschap is vastgesteld. De latere (rechtsvergelijkende) studie inzake de status van kinderen in verschillende gezins-situaties, geschreven door Nigel Lowe voor het Committee of Experts in Family Law van de Raad van Europa, laat zien dat er meer Europese landen zijn die wel een onderscheid maken naar aanleiding van de relationele status dan die dat niet doen.²⁰

In *Zaunegger v. Duitsland* oordeelde het EHRM dat de prima facie-aanname dat gezamenlijk gezag voor de ongehuwde vader tegen de wil van de moeder niet in het belang van het kind is, niet kan standhouden

4 Geen recht op automatisch gezamenlijk gezag volgens het EHRM

In de uitspraak *Zaunegger v. Duitsland* van het EHRM gaat het om de gezagspositie van de ongehuwde vader.²¹ De feiten waren de volgende: Zaunegger woonde samen met een vrouw en uit deze relatie werd een dochter geboren. Zaunegger had het kind erkend, maar geen gezamenlijk gezag. Na de beëindiging van de relatie tussen de ouders ging de dochter bij de vader wonen. Daarna zijn de ouders overeengekomen dat de dochter bij de moeder zou gaan wonen en omgang met de vader zou hebben. Nadat er problemen waren ontstaan met de omgangsregeling, diende de vader een verzoek in tot gezamenlijk gezag. Dit werd door de Duitse rechter afgewezen, omdat naar Duits recht destijds het gezamenlijk gezag van de ongehuwde vader alleen tot stand kon komen met instemming van de met gezag belaste moeder.

¹⁶ Zie voor een uitgebreid overzicht N. Nikolina, ‘The Influence of International Law on the Issue of Co-Parenting: Emerging Trends in International and European Instruments’, *Utrecht Law Review* (8) 2012, afl. 1, p. 122-144.

¹⁷ CEFL 2007, p. 60.

¹⁸ *White Paper concerning the establishment and the legal consequences of parentage*, zoals aangenomen door het Committee of Experts on Family Law (CJ-FA) op 11-14 mei 2004, beginsel 19 en opmerking 66, p. 25 en CEFL 2007, p. 60.

¹⁹ De beginselen van de CEFL zijn voornamelijk gebaseerd op de *common core* maar ook op *better law*. Zie verder over de methodologie: K. Boele-Woelki, ‘The Working Method of the Commission on European Family Law’, in: K. Boele-Woelki (red.), *Common Core and Better Law in European Family Law* (European Family Law Series), Antwerpen: Intersentia 2005, p. 15-38.

²⁰ N. Lowe, *A Study into the Rights and Legal Status of Children Being Brought up in Various Forms of Marital and Non-marital Partnerships and Cohabitations*, Council of Europe, CJ-FA (2008) 5, 21 september 2009, p. 14-15.

²¹ EHRM 3 december 2009, ECLI:NL:XX:2009:BL2005, *EHRC* 2010/13, m.nt. E. Brems (*Zaunegger v. Duitsland*).

Het EHRM oordeelde dat de *prima facie*-aanneming dat gezamenlijk gezag voor de ongehuwde vader tegen de wil van de moeder niet in het belang van het kind is, niet kan standhouden. Het Hof stelde een schending van artikel 14 jo. artikel 8 EVRM vast. Er is volgens het Hof wel een ruime beoordelingsmarge voor de lidstaten als het om gezagsbeslissingen gaat. Het kan verder gerechtvaardigd zijn om ongehuwde vaders anders te behandelen dan gehuwde vaders. Niettemin moet de ongehuwde vader wel een verzoek tot gezamenlijk gezag kunnen indienen. Er is zodoende geen recht op automatisch gezamenlijk gezag voor de ongehuwde vader onder het EVRM. Als een onderscheid tussen gehuwde en ongehuwde vaders wordt gemaakt moet dit onderscheid echter wel voldoen aan de rechtvaardigingsgronden van artikel 8, lid 2 EVRM. Het automatisch uitsluiten van het gezamenlijk gezag voor de ongehuwde (juridische) vader tenzij de moeder instemt, kan niet door de beugel.

Het Deense recht voorziet in een verplichting voor de moeder om informatie over de mogelijke vader te verstrekken

5 Het 'bijna' automatisch gezag voor de ongehuwde vader in Denemarken

5.1 Grondslagen van het Deense afstammingsrecht

Een belangrijke doelstelling van het Deense recht is de gelijkstelling van gehuwde en samenwonende ongehuwde ouders. De regels voor het vaststellen van het ouderschap zijn neergelegd in de Kinderwet uit 2001. De hierna aangebrachte wijzigingen hebben voornamelijk betrekking op het seksneutrale ouderschap van twee partners van gelijk geslacht (en de positie van de donor). Voordat er verder wordt ingegaan op de registratie van vaderschap (een soort erkenning) en het verwerven van ouderlijk gezag, zal eerst een aantal grondslagen van het afstammingsrecht worden toegelicht.

Het Deense recht voorziet in een verplichting voor de moeder om informatie over de mogelijke vader te verstrekken. Deze verplichting bestaat al sinds de Kinderwet van 1908. Met deze wet werd de publieke verantwoordelijkheid om in het onderhoud van kinderen te voorzien gekoppeld aan de

plicht van de ongehuwde moeder om informatie over de mogelijke vaders te verschaffen. Historisch gezien berust deze verplichting dus op het doel de vader (eerder dan de staat) te verplichten tot het onderhoud van het kind. Met de Kinderwet uit 2001 is de grondslag gewijzigd in het belang van het kind tot het hebben van twee ouders, dat met name van belang is in relatie tot het vaststellen van het vaderschap. De Kinderwet voorziet zowel in een verruiming van de verplichting voor de moeder als een verzwakking. Verzwakt in zoverre dat niet alleen de gehuwde moeder geen informatieplicht heeft, maar ook de moeder die het kind samen met de vader wenst op te voeden wiens vaderschap is geregistreerd of erkend. Verruimd, omdat na de wetwijziging geen vrijstelling van de informatieplicht kan worden verleend voor de moeder die in redelijke sociale omstandigheden leeft (ofwel voor de moeder jonger dan 25 jaar in goede sociale omstandigheden).²² Als geen vader is geregistreerd wordt de moeder opgeroepen door de administratieve autoriteit (*Statsadministrationen*) en is zij verplicht de mogelijke vader te vermelden.²³

De procedure tot het vaststellen van vaderen ouderschap is in beginsel een administratieve procedure. Pas als hier geen overeenstemming tot het vaststellen van vaderschap wordt bereikt, wordt de zaak aan de rechtbank voorgelegd door de administratieve autoriteit. De administratieve procedure vormt als zodanig een ingang tot het (contentieus) vaststellen van vaderschap. Bij de administratieve autoriteit kan ook DNA-onderzoek worden verricht, maar alleen op vrijwillige basis.

Vergeleken met Nederland zijn er minder 'vaderloze' kinderen in Denemarken

Vergeleken met Nederland zijn er minder 'vaderloze' kinderen in Denemarken. Als gekeken wordt naar het aantal kinderen van een jaar oud ten opzichte van het aantal geboortes in dat jaar waarvan de vader niet geregistreerd is als juridisch vader, ligt dit rond de 2% in 2015²⁴ terwijl in Nederland uit cijfers van het CBS blijkt dat 7% van de kinderen geboren in 2012 na twee jaar nog niet erkend was.²⁵ Er is in Denemarken wel sprake van een toename van het aantal 'vaderloze' kinderen. In 2001 bedroeg dit percentage 1%.²⁶ De reden van deze toename in Denemarken is niet bekend, maar het zou

²² Zie voor meer informatie hierover: C.G. Jeppesen de Boer, 'Moeder- en vaderschap in Denemarken', *FJR* 2002/6, p. 177.

²³ Als geen van de partijen een vaderschaps- of meemoederschapsprocedure heeft verzocht (voor of na de geboorte) en er is geen vader of meemoeder geregistreerd, dan wordt de procedure door de administratieve autoriteit in gang gezet, Deense Kinderwet, art. 7, *Børneloven*, LBK Nr. 1817 van 23 december 2015.

²⁴ Deense Statistische Autoriteit, *Danmarks statistik, Statistikbanken*, Tabel BRN9, *Befolkning og Valg*, 2015. In 2015 waren er 1.157 kinderen onder één jaar zonder geregistreerde vader. Er werden in 2015 58.205 kinderen (levend) geboren.

²⁵ A.H. Sprangers, W.T. Visser & J. de Winter, 'Kinderen van niet gehuwde ouders vaker erkend', *CBS Webmagazine* 5 november 2012.

²⁶ Jeppesen de Boer, *FJR* 2002/6, p. 178.

te maken kunnen hebben met een toename in het gebruik van anoniem donorzaad waarbij het vaderschap immers niet kan worden vastgesteld en een toename van gezinnen met twee moeders.

5.2 De registratie van ongehuwd vaderschap in Denemarken

De meest gangbare manier voor het vaststellen van het vaderschap is de registratie van een intentieverklaring: de ouders verklaren in verband met de geboorte dat zij het kind samen wensen op te voeden. Hiermee wordt het vaderschap vastgelegd en verkrijgt de vader ook automatisch het gezamenlijk gezag.²⁷ Registratie is echter niet mogelijk wanneer de moeder binnen tien maanden voor de geboorte gehuwd was met een andere man of indien een of beide ouders minderjarig zijn, dan wel onder curatele of bewind staan. Voor de registratie is uitsluitend vereist dat er consensus is tussen de ouders over de intentie het kind samen op te voeden. Het is niet vereist dat de vader ook de genetische vader van het kind is. In gevallen waarbij de ouders of een van hen niet de intentie hebben (heeft) om samen het kind op te voeden of zij het niet eens zijn over het gezamenlijk gezag, kan in plaats van de registratie erkenning plaatsvinden.²⁸

Het oorspronkelijke voorstel van de Deense Kindercommissie dat ten grondslag ligt aan de huidige wet, hield een andere grondslag in, te weten dat de ouders samenwonen. De commissie benadrukte hierbij onder andere dat het kwetsend kan zijn dat de partner het vaderschap uitdrukkelijk moet erkennen, terwijl gehuwde mannen automatisch, eenvoudig en snel het vaderschap krijgen. De commissie had derhalve een voorstel gedaan om de man die met de moeder samenwoont als vader te registreren, indien de ouders bij de registratie van de geboorte verklaren dat zij samenwonen, dat het kind hun gezamenlijke kind is en dat zij samen de zorg en verantwoordelijkheid op zich willen nemen. Dit advies werd door het ministerie niet overgenomen in het uiteindelijke wetsvoorstel. De reden lag voornamelijk in het feit dat er geen definitie bestaat voor 'samenwonen'. Het feit dat twee personen op hetzelfde adres staan ingeschreven hoeft niet te betekenen dat zij samenwonen en het tegenovergestelde, dat zij niet op hetzelfde adres staan ingeschreven, hoeft ook niet te betekenen dat zij niet samenwonen. De regeling werd dan ook zo ingericht dat alleen bij de intentie tot samen opvoeden werd aangesloten.

5.3 Het gezamenlijk gezag naar Deens recht

Het gezamenlijk gezag komt dus samen met het vaderschap tot stand door registratie van de intentieverklaring of door erkenning met dezelfde intentieverklaring. Verder is in de wet op de Ouderlijke Verantwoordelijkheid ook geregeld dat de vader door erkenning of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, waarbij geen automatisch gezag ontstaat, ook het gezamenlijk gezag krijgt als hij samen met de moeder ingeschreven stond op hetzelfde adres binnen tien maanden voor de geboorte.²⁹ Dit op basis van gegevens uit het bevolkingsregister (CPR).³⁰ Het maakt niet uit of zij in de gehele periode ingeschreven stonden of dat dit maar uit een kortere periode bestond. Voor de toepassing van de regeling is de registratie in het bevolkingsregister doorslaggevend. Het heeft geen zin om aan te voeren dat er sprake is geweest van 'samenwonen' als dit niet uit de gegevens van het bevolkingsregister af te leiden is.³¹

Het gezamenlijk gezag komt samen met het vaderschap tot stand door registratie van de intentieverklaring of door erkenning met dezelfde intentieverklaring

De vader die geen automatisch gezamenlijk gezag krijgt kan een verzoek doen tot het toekennen van gezamenlijk gezag.³² Voor de toewijzing van het gezag is een algemeen wettelijk criterium van toepassing: het belang van het kind. Het is uit de commentaren op de wet af te leiden dat de reden voor dit criterium is dat de relatie tussen vader en kind van belang is. Verder geldt het criterium ook omdat de ratio achter het beëindigen van gezamenlijk gezag van belang is, namelijk dat er gewichtige redenen moeten zijn tegen het gezamenlijk gezag.³³

Het is verder altijd mogelijk voor de ouders om samen te beslissen dat zij het gezamenlijk gezag wensen. Een zodanig verzoek wordt ingediend door een melding bij de administratieve autoriteit. Er vindt geen inhoudelijke toetsing plaats.³⁴

6 Inspiratie voor het Nederlandse recht?

Het mag duidelijk zijn: de positie van de ongehuwde vader in het huidige Nederlandse recht voldoet aan huidige bindende interna-

27 Deense Kinderwet, art. 2, lid 1.

28 Deense Kinderwet, art. 14. Er bestaat geen groot verschil tussen de gevolgen naar aanleiding van de registratie en de erkenning. De erkenning bestaat als rechtsfiguur langer dan de registratie die werd ingevoerd met de Kinderwet uit 2001. De erkenning kan ook gepaard gaan met een intentieverklaring tot gezamenlijk opvoeden die tot gezamenlijk gezag leidt. De erkenning gaat in bepaalde situaties echter gepaard met meer vereisten, bijvoorbeeld in situaties waarin er meer vaderschapsmogelijkheden zijn en wanneer de vader een administratieve vaderschapsprocedure is begonnen. Dan is de erkenning met intentieverklaring alleen mogelijk als de overige partijen (mogelijke vaders) toetreden of als het vaderschap vaststaat op basis van DNA-onderzoek.

29 Deense wet op de Ouderlijke Verantwoordelijkheid, art. 7, nr. 3, *Forældresvarsloven*, LBK Nr. 1820 van 23 december 2015.

30 Deense wet op de Ouderlijke Verantwoordelijkheid, art. 7, lid 3.

31 Richtlijn Ouderlijk Gezag en Verblijfplaats, *Vejdning om Forældremyndighed og Bopæl*, Nr. 9110 van 24 februari 2016, p. 4-5.

32 Deense wet op de Ouderlijke Verantwoordelijkheid, art. 14, nr. 1.

33 Voorstel wet op de Ouderlijke Verantwoordelijkheid met Commentaren, L 133, commentaar § 14.

34 Deense wet op de Ouderlijke Verantwoordelijkheid, art. 9.

tionale normen zoals blijkt uit de rechtspraak van het EVRM. Mochten de ouders het niet met elkaar eens zijn, dan kan er een verzoek bij de rechter worden ingediend. Dit verzoek wordt in beginsel beoordeeld naar dezelfde maatstaven als die gelden voor het beëindigen van gezamenlijk gezag na scheiding. Niettemin bestaat de gedachte dat het gezamenlijk gezag makkelijker zou moeten toekomen aan de ongehuwde vader die het kind heeft erkend. De vraag is hoe dit geregeld kan worden en voor welke 'soorten vaders' een dergelijke regeling moet gelden: voor de vader die met de moeder samenwoont en waarbij zij samen het kind verzorgen, voor alle vaders die het kind hebben erkend of voor *alle* juridische vaders, ongeacht hoe het vaderschap tot stand is gekomen?

De gedachte bestaat dat het gezamenlijk gezag makkelijker zou moeten toekomen aan de ongehuwde vader die het kind heeft erkend

De Staatscommissie Herijking ouderschap sluit met het rapport aan bij de huidige regeling, waarbij de ouders het eens moeten zijn met de eenvoudige registratie van het gezamenlijk gezag door een aantekening hiervan in het gezagsregister. Dit moet wel in één stap te regelen zijn samen met de aanvaarding (huidige terminologie: erkenning) van het vaderschap.

Het voorstel van de staatscommissie lijkt op de Deense regeling in die zin dat er wordt aangesloten bij de *gezamenlijke intentie* tot *gezamenlijke zorg* en opvoeding van het kind en dat het vaderschap en gezamenlijk gezag gelijk geregeld kunnen worden. In beide regelingen wordt niet aangesloten bij het samenwonen van de ouders. Een verschil zit in het tijdstip van deze registratie: de ratio in het Deense recht is dat het vaderschap en het gezag worden geregistreerd bij de geboorte, zoals ook geldt voor gehuwden, terwijl de ratio in het voorstel van de staatscommissie is dat dit bij voorkeur wordt geregistreerd voor de geboorte zodat het gezamenlijk gezag van rechtswege ontstaat bij de geboorte zoals bij gehuwden. Dit is geen groot verschil. Het verschil is direct verbonden met de manier waarop het gezamenlijk gezag toekomt aan gehuwde ouders; namelijk van rechtswege bij geboorte in het Nederlands recht en door

registratie na de geboorte in het Deense recht. In beide landen kan het gezag zowel voor als na de geboorte geregeld worden.

Een groter verschil zit echter in de grondslag voor het vaststellen van het vaderschap: het verplichte karakter hiervan in het Deense recht, waarvan de ratio is dat een kind voor zover mogelijk twee ouders heeft. Dit gegeven brengt, in verband met de doelstelling van gelijkstelling van gehuwde en samenwonende ongehuwde ouders, voor het Deense recht dan ook mee dat de ongehuwde vader die met de moeder heeft samengewoond in de periode voor de geboorte automatisch gezamenlijk gezag krijgt, ongeacht de manier van het vaststellen van het vaderschap.

In de komende periode zal voor Nederland het ouderschap en gezag volop in de belangstelling staan na het advies van de Staatscommissie Herijking ouderschap

In de komende periode zal voor Nederland het ouderschap en gezag volop in de belangstelling staan na het advies van de Staatscommissie Herijking ouderschap. Naar mijn mening is het voorstel van de staatscommissie een helder voorstel. Het houdt in dat er bij de gezamenlijke intentie van de ouders tot gezamenlijke zorg wordt aangesloten. Dit betekent dat de ongehuwde vader een positie krijgt die gelijk is aan de gehuwde vader in die zin dat deze gezamenlijk intentie wordt verondersteld bij gehuwde ouders. Met het voorstel wordt voorkomen dat het gezamenlijk gezag niet tot stand komt puur uit onwetendheid of het niet praktisch regelen ervan.

Wat zijn de overige mogelijkheden? Als het gezamenlijk gezag zou toekomen aan alle juridische vaders ongeacht de manier van vaststellen van vaderschap, bijvoorbeeld ook voor de vaders wiens vaderschap gerechtelijk is vastgesteld zoals volgt uit het beginsel van de CEFL, dan ontbreekt een koppeling met het doel van het gezag dat immers zorggerelateerd is. Komt het gezag automatisch toe aan elke vader die het kind heeft erkend, dan geldt dit mijns inziens ook. Bovendien brengt dit andere bezwaren met zich mee: men kan zich gemakkelijk voorstellen dat de moeder zou weigeren toestemming tot erkenning te geven, puur om het gezamenlijk gezag te voorkomen. Dit zou, naar mijn mening, tot (ongewenste) procedures kunnen leiden.