



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het huwelijk verdient een plaats in de rechtsorde

Punselie, E.C.C.; Es, P.C. van; Castermans, A.G.; Breedveld, C.G.; Sikkema, T.H.

Citation

Punselie, E. C. C. (2023). Het huwelijk verdient een plaats in de rechtsorde. In P. C. van Es, A. G. Castermans, C. G. Breedveld, & T. H. Sikkema (Eds.), *Hulde aan Huijgen* (pp. 191-203). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3718597>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3718597>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Het huwelijk verdient een plaats in de rechtsorde

Lies Punselie

1. Inleiding

Er was een tijd dat het leven op familierechtelijk gebied een stuk overzichtelijker was dan tegenwoordig. Verliefd, verloofd, getrouwd was de volgorde en misschien kwamen er daarna ook kinderen. Het recht bood daarvoor het huwelijk als vorm. Alternatieve leefvormen bestonden er nauwelijks en de enkelingen die niet binnen de door de samenleving aangegeven lijntjes wilden kleuren waren outcasts. Het werd ook niet zo nodig gevonden dat rechtenstudenten onderwezen werden in het personen- en familierecht, want dat was toch heel gemakkelijk, dat pikten ze eventueel in de praktijk wel op. Pim stond daar als hoogleraar notarieel recht en notaris heel anders in. Huwelijksvermogensrecht en erfrecht zijn altijd belangrijke pijlers geweest van de notariële opleiding. Pim moest niet zoveel hebben van het gegeven dat de wetgever in het wilde weg juridische mogelijkheden begon te bieden aan allerlei nieuwerwetse leefvormen, maar hij vond het wel heel belangrijk dat de juridische consequenties daarvan uitgebreid aan studenten werden onderwezen. Ik was fervent voorstander van het verwelkomen van moderne leefvormen in Boek 1, maar Pim en ik hadden allebei een aversie tegen opportunistisch gedrag van sommigen, die wel tal van rechten wilden, maar niet geïnteresseerd waren in verplichtingen. Daarom sta ik ter gelegenheid van Pims emeritaat graag nog eens stil bij de vraag of het huwelijk nog in onze rechtsorde thuishoort.

In de laatste decennia van de vorige eeuw raakte het huwelijk vrij snel behoorlijk uit de mode. Tot ruimschoots in de jaren zeventig was ongehuwd samenwonen nog buitengewoon ongebruikelijk. Ongehuwd kinderen krijgen was, behalve dat dit nog alom door de samenleving werd afgekeurd, ook juridisch onaantrekkelijk. Voordat in 1970 het nieuwe Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in werking trad kon een uit een ongehuwde moeder geboren kind doorgaans door de verwekker worden erkend.¹ De uitoefening van gezamenlijk ouderlijk gezag was echter toen nog niet mogelijk. De samenleving veranderde vanaf de jaren zeventig snel. Vanaf de jaren tachtig werd ongehuwd samenwonen meer geaccepteerd. Het ontbreken van de mo-

¹ Dat kon overigens bijvoorbeeld niet als de verwekker van het kind getrouwd was met een ander dan de moeder van het kind, zie art. 1:343 lid BW (oud). In het nieuwe Boek 1 werden enkele uitzonderingen op dit strikte verbod geïntroduceerd, art. 1:204 lid 1 onder e BW (oud). Het verbod verviel met ingang van 1 april 2014.

gelijkheid voor ongehuwde paren om als er kinderen werden geboren hun gezin juridisch vorm te geven, begon in die tijd meer en meer te klemmen. Onder invloed van art. 8 EVRM en de daaruit ontstane ‘whole code of family law’² werden in de rechtspraak voor ouders mogelijkheden ontwikkeld om ook buiten huwelijk gezamenlijk gezag – destijds heette dat nog ouderlijke macht – over hun kinderen uit te oefenen.³ De wetgever volgde met codificatie en nieuwe wetgeving rondom gezag in 1995 en 1998. Hiermee werden de mogelijkheden om gezag en huwelijk verder los te koppelen uitgebreid.⁴ In 1998 werd ook het naamrecht gemoderniseerd.⁵ De tot dan toe dwingende regel dat een kind de geslachtsnaam kreeg van de juridische vader – dus zowel in geval de ouders met elkaar getrouwd waren als wanneer het kind werd erkend – werd vervangen door een keuzemogelijkheid tussen de naam van de vader en de naam van de moeder. Allengs was ook meer gaan klemmen dat paren van gelijk geslacht niet met elkaar in het huwelijk konden treden. Dat leidde in 1998 tot de invoering van het geregistreerd partnerschap.⁶ Aanvankelijk vormde deze afgeleide van het huwelijk nog een wat slapper aftreksel van het origineel – om die reden ook wel aangeduid als ‘margarinebriefje’ – met name omdat aan het geregistreerd partnerschap, in tegenstelling tot aan het huwelijk, geen afstammingsrechtelijke gevolgen waren verbonden. Dat was in die tijd nog net een brug te ver voor de wetgever, maar daar kwam in 2001 verandering in. In dat jaar werd het burgerlijk huwelijk opengesteld voor paren van gelijk geslacht.⁷ Verder werd voor de adoptie van een kind de aansluiting bij het huwelijk van man en vrouw losgelaten met de invoering van de Wet adoptie door personen van hetzelfde geslacht.⁸ Dat betekende dat paren van gelijk geslacht samen een kind konden adopteren en dat de partner van gelijk geslacht het kind van de ander kon adopteren. In 2015 werd het

2 Zie r.o. 15 in de *dissenting opinion* van Sir Gerald Fitzmaurice bij EHRM 3 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090, appl.nr. 6833/74, NJ 1980, 462 (*Marckx/België*).

3 De vier zogenaamde lentebesikkingen van HR 21 maart 1986, NJ 1986/586-589.

4 Wet van 6 april 1995 tot nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen, *Stb.* 1995, 240 en Wet van 30 oktober 1997 tot wijziging van, onder meer, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van gezamenlijk gezag voor een ouder en zijn partner en van gezamenlijke voogdij, *Stb.* 1997, 506.

5 Wet van 10 april 1997 tot wijziging van de artikelen 5 en 9 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en in verband daarmee van enige andere artikelen van dit Wetboek, *Stb.* 1997, 161.

6 Wet van 5 juli 1997 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met opneming daarin van bepalingen voor het geregistreerd partnerschap, *Stb.* 1997, 324.

7 Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk), *Stb.* 2001, 9.

8 Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht), *Stb.* 2001, 10.

geregistreerd partnerschap vrijwel geheel gelijkgetrokken met het huwelijk, onder meer door ook daaraan afstammingsrechtelijke gevolgen te verbinden.⁹

Kortom, het was voor een behoorlijke juridische vormgeving van gezinnen niet langer nodig dat er werd getrouwd (of een geregistreerd partnerschap werd gesloten).¹⁰ Ook door rechtswetenschappers werden kritische kanttekeningen geplaatst bij het huwelijk.¹¹ Waar het huwelijk als norm voor mensen die samen verder wilden en/of een gezin wilde stichten feitelijk min of meer dwingend door de samenleving werd opgelegd, kunnen mensen tegenwoordig echt kiezen of zij hun gezin willen schoeien op de leest van het huwelijk of dat zij de vormgeving zelf willen regelen. Wordt het zelf vormgegeven, dan brengt dat echter ook de verantwoordelijkheid met zich om goed na te gaan wat er dan allemaal voor stappen gezet moeten worden. En voorts om te beslissen of daadwerkelijk al deze stappen gezet zullen worden en zo te komen tot feitelijk hetzelfde pakket als het huwelijk biedt of dat bepaalde stappen achterwege worden gelaten. Met dit hele palet aan keuzemogelijkheden heeft de waarde van het huwelijk enorm aan belang ingeboet. Ofwel een vrije vertaling van een ander gezegde: waarom zou je de koe kopen als je de melk gratis krijgt?

In het navolgende zal ik me beperken tot de aspecten van het huwelijk die dwingendrechtelijk van aard zijn en (mede) betrekking hebben op ouderschap en de daarop betrekking hebbende rechten en verplichtingen.¹²

9 Wet van 27 november 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap, *Stb.* 2013, 486.

10 In het navolgende zal omwille van de leesbaarheid het geregistreerd partnerschap niet steeds separaat worden genoemd. Waar gesproken wordt van huwelijk, echtgenoot/echtgenote en echtscheiding, wordt tevens bedoeld geregistreerd partnerschap, geregistreerde partner en ontbinding van geregistreerd partnerschap.

11 Zie bijvoorbeeld: W. van der Burg, 'Het huwelijk – een omstrede instituut', *NJB* 1997, nr. 29, p. 1321-326; H. van Maarseveen, D. Verlegh & S. Korthuis, 'Het huwelijk de rechtsorde uit', *NJB* 1984, p. 857 e.v.

12 Het huwelijksvermogensrecht heeft op zichzelf geen betrekking op ouderschap. Omdat het grote invloed kan hebben op de financiële positie van ieder der ouders na echtscheiding, is vermeldenswaard dat met ingang van 1 januari 2018 het gemoderniseerde huwelijksvermogensrecht geldt, gemoderniseerd in zoverre dat het beter aansluit bij de individualiseringsgedachte (*Stb.* 2017, 177). Het huwelijksvermogensrecht was en is echter niet dwingendrechtelijk van aard: (aanstaande) echtgenoten kunnen hun huwelijksvermogensregime in door een notaris te verlijden huwelijksvoorwaarden naar hun eigen wens inrichten. Doen zij dat niet, dan geldt nu kort gezegd dat wat de echtgenoten aan bezittingen hadden privé blijft en wat zij vanaf het moment van de huwelijksvoltrekking verkrijgen in een (daarmee beperkte) gemeenschap van goederen valt. Het 'eerlijk zullen we samen delen' is daarmee vervangen door 'wat je hebt mag je houden'.

2. Ouderschap van binnen huwelijk geboren kinderen

Juridisch ouderschap

Zoals gezegd biedt het huwelijk de echtgenoten een pakket aan rechten en plichten. Sommige daarvan hebben expliciet betrekking op ouderschap. Als een kind wordt geboren uit een moeder die getrouwd is met een man, dan bepaalt art. 1:99 onder a BW dat deze man van rechtswege de juridische vader is van het kind. Overigens is de vrouw uit wie het kind geboren wordt van rechtswege de moeder (hierna: geboortemoeder), maar deze zogenoemde mater-semper-certa-est-regel, neergelegd in art. 1:198 lid 1 onder a BW, geldt in alle gevallen, dus ongeacht of de moeder is gehuwd.

Is de geboortemoeder gehuwd met een vrouw, dan kan ook deze echtgenote (hierna: duomoeder) van rechtswege de juridische moeder van het kind zijn. Daarvoor is nodig dat het kind met behulp van kunstmatige inseminatie met bij de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting geregistreerd sperma is verwekt én bij de geboorteaangifte een zogenoemde ‘onbekendheidsverklaring’ wordt overgelegd (art. 1:198 lid 1 onder b BW). Uit deze verklaring moet blijken dat de identiteit van de spermadonor voor de geboortemoeder onbekend is. Dit betekent dat als voor de bevruchting gebruik is gemaakt van sperma van een bekende donor, bijvoorbeeld iemand uit de sociale omgeving van de vrouwen, het ouderschap van de duomoeder niet van rechtswege ontstaat. Wel is in deze situatie mogelijk dat de duomoeder het kind erkent. Doet zij dit voor de geboorte, dan ontstaat ook voor haar op het moment van de geboorte juridisch ouderschap, zij het niet van rechtswege, maar door de erkenning.

Gezag

In art. 1:251 lid 1 BW is bepaald dat ouders gedurende hun huwelijk gezamenlijk gezag uitoefenen.¹³ Er dient derhalve aan twee voorwaarden te zijn voldaan: het moet gaan om ouders, waarmee bedoeld wordt juridische ouders en die ouders moeten met elkaar zijn gehuwd. Als het kind geboren wordt binnen het huwelijk van een man en een vrouw is ‘automatisch’ aan beide voorwaarden voldaan, omdat de mannelijke echtgenoot van de geboortemoeder altijd van rechtswege de juridische vader is. De volgorde van de feestelijkheden is niet van belang. Als eerst een kind wordt geboren en wordt erkend en het huwelijk wordt pas op een later moment voltrokken, dan wordt vanaf het tijdstip van de voltrekking van het huwelijk aan beide in art. 1:251 lid 1 BW genoemde voorwaarden voldaan en treedt het gezamenlijk gezag alsnog in.¹⁴ In de situatie waarin de geboortemoeder is gehuwd met een vrouw die

¹³ Een vergelijkbare bepaling vinden we in art. 1:253aa lid 1 BW: gedurende hun geregistreerd partnerschap oefenen ouders het gezag gezamenlijk uit.

¹⁴ Zie ter bevestiging hiervan bijvoorbeeld Hof Den Haag 23 augustus 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY7335 en Hof Arnhem 23 oktober 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BC2752.

op het tijdstip van de geboorte niet van rechtswege of door de vóór de geboorte gedane erkenning de juridische ouder van het kind is, wordt niet aan beide voorwaarden voldaan. In dat geval regelt echter een andere bepaling, art. 1:253sa lid 1 BW, dat de echtgenote van de geboortemoeder, ondanks dat zij niet de juridische moeder van het kind is, toch met de geboortemoeder gezamenlijk gezag uitoefent. Op deze regel is een uitzondering van toepassing: als het kind voor de geboorte is erkend, bijvoorbeeld door de spermadonor, ontstaat er geen gezamenlijk gezag van de twee vrouwen. Voor de toepassing van art. 1:253sa lid 1 BW is de volgorde der feestelijkheden wel van belang: als eerst het kind wordt geboren en de vrouwen treden pas daarna in het huwelijk, ontstaat niet alsnog van rechtswege het gezamenlijke gezag. Anders dan in art. 1:251 lid 1 BW is in art. 1:253sa lid 1 BW namelijk vereist dat het kind staande het huwelijk van beide vrouwen wordt geboren.

Algemene verplichtingen echtgenoten

Titel 6 van Boek 1 BW regelt een aantal rechten en verplichtingen van echtgenoten. Een deel heeft betrekking op de lotsverbondenheid van echtgenoten en is dwingendrechtelijk van aard.¹⁵ Zo zijn echtgenoten elkaar getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd en zij zijn verplicht elkaar het nodige te verschaffen, zo is bepaald in art. 1:81 BW. Deze bepaling heeft vooral betekenis voor de verschaffing van levensonderhoud. Weliswaar betekent de bepaling ook dat echtgenoten geen seksuele relaties met anderen behoren aan te knopen, maar – om maar een open deur in te trappen – afdwingbaar is die huwelijkstrouw niet. Dat is anders voor de verschaffing van levensonderhoud; daartoe zijn echtgenoten jegens elkaar verplicht en dat kan in rechte worden afgedwongen. Art. 1:82 BW bepaalt voorts dat echtgenoten ook jegens elkaar verplicht zijn om tot het gezin behorende minderjarige kinderen te verzorgen en op te voeden en de kosten van die verzorging en opvoeding te dragen.¹⁶ Het gaat in deze bepaling om de verplichting die ouders jegens elkaar hebben. In titel 17 zijn de bepalingen te vinden die betrekking hebben op onderhoudsverplichtingen van ouders en anderen jegens kinderen zelf; die bepalingen zijn niet gekoppeld aan het huwelijk maar aan de positie die iemand kan hebben ten opzichte van een kind.¹⁷

De vrijheid van echtgenoten om geheel zelfstandig te opereren wordt in het kader van de eerdergenoemde lotsverbondenheid beperkt met het bepaalde in art. 1:88 BW. Een echtgenoot kan bijvoorbeeld niet zonder toestemming van de andere de

¹⁵ Zie bijvoorbeeld B. Breederveld, 'Contractvrijheid in het huwelijksvermogensrecht', *FJR* 2013/71.

¹⁶ Kinderen die tot het gezin behoren zijn niet alleen de kinderen van wie beide echtgenoten de juridische ouders zijn, maar ook stiefkinderen en pleegkinderen.

¹⁷ Het Burgerlijk Wetboek kent diverse bepalingen waarin een verplichting tot verstrekken van levensonderhoud is bepaald voor personen die in verschillende soorten relatie tot kinderen staan, naast juridische ouders kunnen dat – en onder zekere voorwaarden – bijvoorbeeld ook biologische ouders zijn, die niet de status van juridische ouder hebben, stiefouders en pleegouders. Hier wordt in deze bijdrage niet nader op ingegaan.

woning waarin het gezin woont verkopen. Voorts bevat titel 6 van Boek 1 BW nog een aantal bepalingen die betrekking hebben op de (financiële) huishouding van de echtgenoten, het bestuur daarover, de aansprakelijkheid voor de ten behoeve van de huishouding aangegane verbintenissen en verrekenings- en vergoedingsrechten. Hierover kunnen echtgenoten echter ook andere afspraken maken.

Rechten en verplichtingen na echtscheiding

Als een huwelijk wordt ontbonden, komt een einde aan de toepasselijkheid van de bepalingen van titel 6 BW. De lotsverbondenheid die aan het huwelijk was gekoppeld, kan echter als het huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden nog wel enige tijd doorwerken in de onderhoudsverplichting. De echtgenoten kunnen zelf overeenkomen dat de een aan de ander gedurende enige tijd alimentatie zal betalen (art. 1:158-159 BW). En de rechter kan bij de echtscheidingsbeschikking of bij latere uitspraak ten behoeve van de ene echtgenoot en ten laste van de andere echtgenoot alimentatie toekennen (art. 1:156 BW). De duur van de overeengekomen of door de rechter opgelegde verplichting partneralimentatie te betalen hangt, behalve als partijen anders afspreken, af van de duur van het huwelijk, de leeftijd van de echtgenoten en de leeftijd van de kinderen. In zeer bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld als de alimentatiegerechtigde de zorg heeft voor een gehandicapt kind van de echtgenoten, kan de wettelijke termijn (maximaal 12 jaar) na ommekomst nog verlengd worden (art. 1:157 BW). Op het moment dat de alimentatiegerechtigde hertrouwt of met een ander gaat samenleven als waren zij gehuwd, eindigt de verplichting van de ex om nog alimentatie te betalen (art. 1:160 BW).

De verplichting van ouders om na echtscheiding in het levensonderhoud van hun kinderen te blijven voorzien, is (uiteraard) niet gekoppeld aan het huwelijk: die verplichting geldt voor alle ouders.

3. Ouderschap van buiten huwelijk geboren kinderen

De positie van ouders en kinderen in gezinnen waarin de ouders niet met elkaar zijn getrouwd is op onderdelen anders.

Juridisch ouderschap

Voor wat betreft de rechtspositie van de geboortemoeder is het recht overzichtelijk: zij is als vrouw uit wie het kind geboren wordt, diens juridische moeder. De beantwoording van de vraag wie als eventuele tweede juridische ouder wordt aangemerkt, hangt af van de omstandigheden. In de meest voorkomende situatie heeft de geboor-

temoeder een levensgezel en die is de verwekker van het kind.¹⁸ Als de moeder en de verwekker willen dat de man voor de wet de vader is, moet hij het kind erkennen (art. 1:204 BW). Daarvoor moet de moeder dan toestemming geven. Als de moeder dat niet wil, bijvoorbeeld omdat de liefde intussen al over is of het kind is verwekt in een *one-night-stand*, kan de verwekker, ongeacht de vraag of hij de levensgezel is van de geboortemoeder, aan de rechter vervangende toestemming vragen om het kind te erkennen; art. 1:204 lid 3 BW biedt hem in deze procedure een zeer sterke positie.¹⁹ Complexer wordt het als de geboortemoeder een levensgezel heeft met wie ze een kind wil krijgen, maar die de daarvoor benodigde gameten niet kan leveren (de partner is onvruchtbaar of het is een vrouw). De geboortemoeder en die levensgezel kunnen samen een traject van kunstmatige inseminatie met gedoneerd sperma ingaan. Normaliter zal die levensgezel het kind dan erkennen, maar ook hier kan de liefde over zijn voordat daaraan toegekomen wordt. Ook deze zogenoemde instemmende levensgezel²⁰, die dus geen biologische/genetische band heeft met het kind, kan desondanks de vestiging van een familierechtelijke betrekking bij de rechter afdwingen met een verzoek tot vervangende toestemming voor de erkenning. Hij of zij heeft in dit geval echter niet de voorkeurspositie die de verwekker/biologische ouder met nauwe persoonlijke betrekking heeft: dit verzoek wordt alleen toegewezen als de rechter oordeelt dat dat in het belang is van het kind (art. 1:204 lid 4 BW).

Resumerend: met de erkenning, de eerste stap in de juridische vormgeving van een gezin, krijgt het kind naast de geboortemoeder een tweede juridische ouder.²¹

Gezag

Onder de huidige wetgeving moeten de ouders van het kind vervolgens een volgende stap zetten om te bewerkstelligen dat zij het gezag over het kind gezamenlijk uitoe-

¹⁸ Een man wordt als verwekker beschouwd als hij het kind op natuurlijke wijze met de moeder heeft doen ontstaan. Zie onder meer wat toenmalig staatssecretaris van Justitie Schmitz daarover opmerkte in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot Herziening van het afstammingsrecht en de regeling van adoptie. *Kamerstukken II 1995/96*, 24649, nr. 3, p. 8. De spermadonor is daarmee geen verwekker.

¹⁹ Die toestemming wordt kort gezegd alleen afgewezen als sprake is van sterke contra-indicaties gezien het belang van het kind of de verhouding tussen moeder en kind. Denk daarbij aan ernstig door de verwekker gepleegd huiselijk geweld, waarna de moeder haar heil zocht in een blijf-van-mijn-lijf-huis of ernstig stalkgedrag van de verwekker. HR 16 februari 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB0032, *NJ 2001/571*, m.nt. J. de Boer. Zie voor enkele recente voorbeelden: Rb. Noord-Holland 9 december 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:11347 en Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:195.

²⁰ De instemmende levensgezel is de persoon die heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad.

²¹ Soms wil juist de geboortemoeder dat de verwekker (of de 'instemmende levensgezel') het volledige juridische ouderschap op zich neemt, doch wil deze dat zelf niet. In dat geval kan de geboortemoeder zijn vaderschap gerechtelijk laten vaststellen (art. 1:207 BW).

fenen. Vanaf 1 januari 2023 zal dat door de inwerkingtreding van nieuwe wetgeving in veel gevallen niet langer nodig zijn, waarover meer in paragraaf 4 hieronder. Op dit moment is echter voor de gezamenlijke gezagsuitoefening nog nodig dat ouders samen een schriftelijk of digitaal verzoek doen aan de griffier van de rechtbank om in het gezagsregister aan te tekenen dat zij het gezag over hun kind gezamenlijk uitoefenen (art. 1:252 in verbinding met art. 1:244 BW). Als de geboortemoeder haar medewerking aan de indiening van dit verzoek weigert, kan de andere ouder de rechter verzoeken om te bepalen dat beide ouders het gezag gezamenlijk uitoefenen (art. 1:253c lid 1 BW). Dat verzoek kan slechts op beperkte gronden die betrekking hebben op het belang van het kind worden afgewezen. Evenals omtrent de verzoeken tot vervangende toestemming voor de erkenning wordt hierover geregeld geprocedeerd. Gezamenlijk gezag is de norm, eenhoofdig gezag de uitzondering. Dat dit adagium ook in de praktijk het uitgangspunt is, komt helder naar voren in de rechtspraak.²² Ook al luidt het beoordelingscriterium anders dan bij de vervangende toestemming voor de erkenning, hier geldt feitelijk eveneens dat sprake moet zijn van ernstige contra-indicaties om een verzoek tot belasting met gezamenlijk gezag te kunnen afwijzen.²³ Waar echter voor de erkenning van een kind niet nodig wordt geacht dat de ouders in staat zijn tot enige communicatie met elkaar, is dit voor de uitoefening van gezamenlijk gezag wel een vereiste waar de rechter naar kijkt.²⁴

Resumerend: de tweede stap die gezet kan worden om het gezin juridisch vorm te geven is het gezamenlijk verzoeken van aantekening van het gezag in het gezagsregister. Daarmee komt het kind, net als het kind van met elkaar gehuwde ouders, onder gezamenlijk gezag van beide ouders te staan.

Financiële huishouding en onderhoudsverplichtingen

De in par. 2 aangegeven verplichtingen van echtgenoten uit titel 6 van Boek 1 BW gelden niet voor ongetrouwden. Dat betekent onder meer dat er geen medewerking van een levensgezel nodig is om het huis waarin het gezin woont te verkopen of het te bezwaren met een hypotheek, de geliefden hoeven elkaar niet trouw te zijn of bij te staan etc. Ongetrouwden zijn ook niet verplicht in elkaars levensonderhoud te voorzien.²⁵ Gaan

22 HR 27 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:533, *NJ 2020/167*, m.nt. S.F.M. Wortmann; zie ook: E.C.C. Punselie, 'Gezamenlijk gezag is de norm, eenhoofdig gezag de uitzondering', *EB* 2020/61.

23 Het verzoek van een ouder om tezamen met de moeder te worden belast met het gezamenlijk gezag wordt slechts afgewezen als zich het risico voordoet zoals vermeld in art. 1:253c lid 2 BW onder a (klem-criterium) of onder b (noodzakelijkheids criterium).

24 Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 19 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9798; Hof 's-Hertogenbosch 13 januari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:75.

25 Uiteraard staat het ongetrouwden vrij om samen afspraken te maken over de verschaffing van levensonderhoud aan elkaar en deze vast te leggen in een samenleefovereenkomst. Met een dergelijke overeenkomst kan soms in geval van overlijden van de ene partner door de andere partner aanspraak gemaakt worden op nabestaandenpensioen.

ongehuwden uit elkaar, dan biedt de wet evenmin een verplichting om nog (enige tijd) in elkaars levensonderhoud te voorzien. Kortom, geliefden zijn niet verplicht om enige vorm van verantwoordelijkheid voor elkaar en daarmee voor het gezin als geheel te nemen.²⁶ Wel kunnen zij, bijvoorbeeld in een samenlevingscontract hier onderling afspraken over vastleggen.

Resumerend: een derde stap die gezet kan worden om het gezin juridisch vorm te geven, is het maken van afspraken over de inrichting van de financiële huishouding en/of het voorzien in elkaars levensonderhoud.

4. Een nieuwe loot aan het juridisch ouderschap

Met ingang van 1 januari 2023 treedt een nieuwe wet in werking en daarmee zal in de meeste gevallen het apart regelen van het gezamenlijk gezag niet langer nodig zijn.²⁷ De nieuwe wet betekent dat in de meeste gevallen aan de erkenning van een kind van rechtswege het gezamenlijke gezag van beide ouders is gekoppeld. Daarvoor is het dan niet langer nodig dat de ouders samen, na de geboorte van het kind, digitaal (of door het insturen van een formulier) de griffier van de rechtbank verzoeken om in het gezagsregister aan te tekenen dat zij het gezag over hun kind gezamenlijk uitoefenen.²⁸ Om de koppeling van gezamenlijk gezag aan de erkenning vorm te geven is in Boek 1 van het BW (na art. 251a) een nieuw art. 251b ingevoegd. Er zullen wel enkele uitzonderingen gelden op de koppeling van het gezag aan de erkenning. Een noviteit is feitelijk dat de ouders bij de erkenning kunnen verklaren dat het gezag over het kind alleen door de moeder wordt uitgeoefend. Een dergelijke verklaring kan niet bij een geboorteaangifte van een uit een huwelijk geboren kind worden afgelegd. Het gezag over het kind ontstaat dan zonder meer van rechtswege. Ook is vaste rechtspraak dat de beëindiging van gezamenlijk gezag niet ter

26 Wel blijven ook ongehuwde ouders die uit elkaar gaan verplicht om samen te voorzien in het levensonderhoud van hun kinderen tot de leeftijd van 21 jaar. Zoals eerder aangegeven is deze verplichting gekoppeld aan het juridisch ouderschap en niet aan de manier waarop ouders hun leefvorm juridisch hebben vormgegeven (art. 1:392 en art. 395a BW).

27 Wet van 7 juni 2022, *Stb.* 2022, 242. Zie ook E.C.C. Punselie, 'Gezag gekoppeld aan erkenning, goed idee?', *EB* 2021/1 en M. Michels, 'Van rechtswege gezamenlijk gezag voor ongehuwde ouders', *JBN* 2022/27.

28 Deze wet kwam tot stand op initiatief van (toenmalige) D66-kamerleden van de Tweede Kamer Bergkamp en Van Wijngaarden (*Kamerstukken II* 2016/17, 34605, nr. 1-3). De indieners beoogden met hun initiatiefvoorstel nieuwe wet een in hun ogen ongerechtvaardigd onderscheid weg te nemen tussen (kinderen geboren uit) gehuwde ouders enerzijds en (uit) ongehuwde ouders anderzijds met betrekking tot de uitoefening van het gezag. Verder vermeldt de memorie van toelichting dat de aanpassing ertoe leidt dat de gezagsregeling beter aansluit op de huidige maatschappelijke verwachtingen, problemen wegneemt die door de huidige regelgeving worden veroorzaakt en betere waarborgen biedt voor het belang van het kind.

vrije beoordeling van partijen staat.²⁹ Een tweede belangrijke uitzondering doet zich voor als de rechter vervangende toestemming heeft verleend voor de erkenning: het gezamenlijke gezag treedt dan niet in.

Als sprake is van de verklaring van de ouders of van vervangende toestemming voor de erkenning, zal de ambtenaar van de burgerlijke stand die de erkenningsakte opmaakt, daarvan onverwijld mededeling moeten doen aan de griffier van de rechtbank, opdat deze uitzonderingen op het nieuwe wettelijke systeem daarin kunnen worden aangetekend. Voor derden dient immers kenbaar te zijn dat de hoofdregel niet geldt.

5. Eerherstel voor het huwelijk?

Er zullen altijd mensen zijn die denken dat de huwelijksluiting alleen een reden is om een feestje te vieren en die de ambtenaar van de burgerlijke stand zien als een Prins Carnaval die tegen een geringe vergoeding de rol van ceremoniemeester op zich neemt.³⁰ Ook al is hier naar mijn weten geen onderzoek naar gedaan, ik vermoed dat de meeste echtgenoten met het sluiten van hun huwelijk bewust de stap zetten om samen verder te gaan en zich ervan bewust zijn dat het huwelijk daarvoor een vorm biedt met rechten en plichten. Dat zij de exacte reikwijdte van alle bepalingen met betrekking tot het huwelijk veelal niet helemaal zullen overzien, maakt dit niet anders. Er wordt niet getrouwd omdat de echtgenoten zo graag met de wereld willen vieren dat zij ieder individuele personen zijn en vooral willen blijven.³¹ Bij de huwelijksluiting beloven echtgenoten aldus getrouw alle plichten te zullen vervullen, die door de wet aan de huwelijkse staat zijn verbonden (art. 1:67 lid 1 BW). Zij nemen daarmee uitdrukkelijk verantwoordelijkheid voor elkaar en voor hun eventuele kinderen.

Op hun beurt mogen zij van de overheid verwachten dat die hun door het huwelijk afgebakende gezin respecteert door er bijvoorbeeld in te voorzien dat het huwelijk automatisch gevolgen heeft voor afstamming van en gezag over hun kinderen.

De wet voorziet ook in regelingen omtrent de eventuele beëindiging van het huwelijk. Zo lopen de verplichtingen van de echtgenoten op grond van titel 6 van Boek

²⁹ Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:256.

³⁰ Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 22 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2595, waarin de vrouw veronderstelde dat zij geen geldig huwelijk had gesloten in Las Vegas, omdat de Amerikaanse 'trouwambtenaar' verkleed was al Elvis Presley.

³¹ Dat niets geheel waar is blijkt uit het verhaal van Juul die met zichzelf trouwde, nadat ze had vastgesteld dat ze geen zin meer had in de 'datingmolen'. Zie: <https://www.rtlnieuws.nl/editienl/artikel/194071/juul-37-trouwde-met-zichzelf-mijn-eigen-aanzoek-was-zo-romantisch>. Een wettelijk huwelijk is dit vanzelfsprekend niet.

1 BW door totdat het huwelijk door de echtscheiding is ontbonden.³² Er ontstaat, tenzij de echtgenoten de toepasselijkheid daarvan hebben uitgesloten, recht op verevening van door de ander opgebouwd pensioen (art. 1:155 BW) en indien een van de echtgenoten niet in het eigen levensonderhoud kan voorzien, kan er voor de andere een verplichting zijn om daarin nog enige tijd naar draagkracht bij te dragen met partneralimentatie (art. 156 e.v. BW). Ondanks dat er voor alle gezinsleden in geval van een echtscheiding veel verandert, bieden deze wettelijke regelingen het gezin de mogelijkheid om zoveel mogelijk door te leven als voor de echtscheiding. Als de hoeveelheid inkomsten die beide ouders kunnen genereren min of meer gelijkelijk over hen verdeeld blijven, dan hoeven de kinderen niet in enorm verschillende welstand te gaan leven, afhankelijk van de vraag of ze bij de ene dan wel bij de andere ouder verblijven.

Voor mensen die ongehuwd samen gaan leven en eventueel ook aan een gezin beginnen, geldt niet direct dat er een moment is waarop zij de beslissing daartoe markeren met een ceremonie. Misschien kopen ze samen een huis en/of gaan zij naar de notaris om een samenlevingscontract en/of testamenten op te stellen. Men heeft daarbij veelal het oog op een eventueel onverhoopt overlijden en wat dat kan betekenen voor de financiële positie van de ander. Dat is iets anders dan het nemen van verantwoordelijkheid voor elkaar en voor het gezin als geheel. De wet stelt (aanstaande) ouders die 'vrijheid, blijheid' in de partnerrelatie wensen, uitstekend in staat om hun gezin juridisch vorm te geven zonder dat zij in het huwelijk treden. Zolang een gezin als eenheid functioneert, ouders en kinderen wonen en leven met elkaar en de ouders regelen op de een of andere manier dat de kinderen worden verzorgd en opgevoed, is er nog niets aan de hand. Mogelijk ligt het accent van de taken rondom huis en haard meer bij de ene ouder en het genereren van inkomsten meer bij de andere ouder, maar alle gezinsleden hebben te eten en een dak boven het hoofd. Afhankelijk van de hoeveelheid inkomsten wordt er in meer of minder luxe geleefd en misschien wordt er nog wat gespaard voor slechtere tijden.

Dat kan ingrijpend veranderen als de partnerrelatie op de klippen loopt en de ouders uit elkaar gaan. In een informele relatie duurt de lotsverbondenheid en de daarbij behorende zorg voor elkaars welzijn immers zo lang de liefde duurt. Daarna is het weer ieder voor zich. De ouders blijven ook dan wel allebei verantwoordelijk voor de financiering van de verzorging en opvoeding van de kinderen, maar voor het overige betekent een scheiding van ongehuwden dat zij, tenzij daarover in bijvoorbeeld een samenlevingscontract andersluidende afspraken zijn gemaakt, elkaar niets meer verplicht zijn. Zij behoeven niet bij te dragen in elkaars levensonderhoud. Als een van de ouders het leeuwendeel van de zorg voor huis en haard op zich nam en de ander het leeuwendeel van de inkomsten genereerde en aan een loopbaan werkte, dan kan dat tot grote ongelijkheid leiden bij het maken van een nieuwe start als

³² Dat is op het moment dat de door de rechter gegeven echtscheidingsbeschikking is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand (art. 1:163 lid 1 BW).

alleenstaande ouders. Dit verschillende welstandsniveau, zal ook zijn weerslag hebben op de kinderen, die idealiter verder zullen leven in beide opvoedomgevingen.³³

Als ouders, heel begrijpelijk ook, destijds eigenlijk helemaal niet hebben nagedacht over hoe het eventueel verder zou moeten, mochten zij ooit uit elkaar gaan, dan is de keiharde realiteit van het voortaan weer ieder voor zich misschien minder wenselijk voor de verdere toekomst van het gezin waarin nog kinderen worden verzorgd en opgevoed. Want dat de ouders als partners afscheid van elkaar hebben genomen, betekent niet dat zij dat als ouders ook kunnen doen. Zij blijven de ouders en behoren in die hoedanigheid samen verder te gaan met het grootbrengen van hun kinderen. Een lotsverbondenheid die daar nog enige tijd aan verbonden is, zou mijns inziens dan ook niet misstaan.

Hiermee wil ik niet bepleiten dat iedereen die een gezin wil beginnen of intussen begonnen is, dan maar in het huwelijk moet treden. Als (aanstaande) ouders de keuze om niet te trouwen heel bewust maakten toen zij hun gezin begonnen en zij zich realiseerden wat de consequenties zouden zijn in geval van scheiding, dan zij dat zo. Dat brengt de vrijheid die wij tegenwoordig hebben om zelf ons leven in te richten met zich. Die vrijheid zou echter een verantwoordelijkheid mee moeten brengen om dan ook na te denken over de stappen die men wel en niet wil zetten rondom de juridische vormgeving van het gezin. Het helpt dan eigenlijk niet als de wetgever de ongehuwde wel tal van rechten gaat geven, maar nalaat om de plichtenkant daarbij mee te nemen. De erkenning van een kind en het daarmee kunnen kwalificeren als juridisch ouder, brengt nu reeds de nodige rechten met zich: het recht op omgang/informatie/consultatie (art. 1:377 e.v. BW) en een voorkeurspositie ten aanzien van gezagsverkrijging (art. 1:253c BW). Als ouders dan gezamenlijk gezag uitoefenen en niet (meer) samenleven, dan zal het kind bij één van beiden de hoofdverblijfplaats hebben en idealiter een deel van de tijd bij de andere ouder verblijven. Deze andere ouder heeft daarmee bijvoorbeeld het recht om, eventueel met hulp van de rechter, te beletten dat de ouder bij wie het kind hoofdverblijf heeft zonder zijn of haar toestemming verhuist.³⁴ De plichtenkant is beperkt tot een onderhoudsplicht van de juridische ouder jegens het kind. De met ingang van 1 januari 2023 intredende koppeling van gezamenlijk gezag aan de erkenning, betekent dat er nu een recht

33 Art. 1:247 lid 3 BW bepaalt dat een kind dat onder gezamenlijk gezag van de ouders staat na een scheiding recht houdt op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders. Dit betekent niet dat een recht bestaat op het evenveel tijd bij ieder van de ouders doorbrengen in een zogenoemd co-ouderschap (HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7407, NJ 2010/398, m.nt. S.F.M. Wortmann). Gebruikelijk is dat het kind dat bij de ene ouder woont, ten minste om de week enkele dagen bij de andere ouder verblijft.

34 Bij ontbreken van de toestemming voor de verhuizing van de andere ouder kan de verzorgende ouder vervangende toestemming vragen aan de rechter. Die wordt niet snel verleend en alvast zonder toestemming verhuizen, kan leiden tot een bevel terugverhuizing, zie HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1513, NJ 2021/336, m.nt. S.F.M. Wortmann.

bijkomt. De rechten van ongehuwde ouders zullen hiermee zo langzamerhand bijna gelijk zijn aan die van gehuwde ouders en daarmee zal het huwelijk mogelijk nog meer terrein gaan verliezen. Als we met het afscheid nemen van het huwelijk niet het kind met het badwater willen weggooiden, wordt het tijd om ook wat van de plichten uit het huwelijkspakket te koppelen aan het ongehuwde ouderschap. Als we de vrijheid willen houden om de juridische vormgeving van gezinnen zelf vorm te geven – en daar ben ik op zichzelf een groot voorstander van – zou het ons sieren als we meer aandacht zouden besteden aan het nemen van verantwoordelijkheid voor het gezin als geheel, in goede en in minder goede tijden. Daarmee zouden we pas echt laten zien dat we ook wel zonder het huwelijk in de rechtsorde toekunnen. Zover is het echter nog (lang) niet.