

Vergaderjaar 1995–1996

24 649

Herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie

B

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 5 maart 1996 en het nader rapport d.d. 14 maart 1996, aangeboden aan de Koningin door de staatssecretaris van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 13 september 1995, no. 95.006806, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van de adoptie.

1a. Het voorgestelde artikel 200 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek regelt de ontkenning van het door huwelijk ontstane vaderschap. De Raad van State deelt het standpunt van de regering dat uit een oogpunt van rechtszekerheid aan de ontkenning van het door huwelijk ontstane vaderschap termijnen gesteld moeten worden. Voor het kind en de «bedrogen» echtgenoot kent het wetsvoorstel verschillende momenten waarop die termijnen aanvangen. Met een beroep op de rechtszekerheid wordt dit verschil naar de mening van de Raad onvoldoende gemotiveerd, omdat artikel 202 daarin reeds genoegzaam voorziet. Het college adviseert het verschil op te heffen zodat voor de vader de termijn aanvangt op het moment dat hij het vermoeden kan hebben niet de verwekker van het kind te zijn.

b. In dit verband wijst de Raad op de memorie van toelichting bij het voorstel van wet houdende regels voor de bewaring, het beheer en de verstrekking van gegevens van donoren bij kunstmatige donorinseminatie (Wet donorgegevens kunstmatige inseminatie), waarin wordt erkend dat niet het gehele terrein van de toegang tot afstammingsgegevens met dit wetsvoorstel wordt gedekt (kamerstukken II 1992/93, 23 207, nr. 3, bladzijde 1). De Raad adviseert toe te lichten waarom de mogelijkheid niet is aangegrepen om met het onderhavige wetsvoorstel in de resterende lacunes in de regeling van de toegang tot afstammingsgegevens te voorzien.

1a. Het vijfde lid van artikel 200 is aangepast in de zin, zoals door de Raad gesuggereerd. In de artikelsgewijze toelichting is op het thans gekozen aanvangstijdstip voor de termijn waarbinnen het vaderschap ontkend kan worden, ingegaan.

b. Het onderwerp van de toegang tot afstammingsgegevens, waarbij moet worden aangenomen dat hier niet wordt bedoeld op de afstammingsgegevens die in de registers van de burgerlijke stand opgesloten liggen of die door bij

voorbeeld de raden voor de kindbescherming worden bewaard, is zover verwijderd van het onderwerp van dit wetsvoorstel dat het uit een oogpunt van wetgevingsbeleid niet verstandig is deze onderwerpen in één wetsvoorstel te behandelen. De discussie over het ene onderwerp gaat dan het lot van het andere onderwerp bepalen. Bekend is dat het wat betreft de toegang tot bepaalde afstammingsgegevens gaat om een materie waarvan men zich kan afvragen of er voor een bepaalde oplossingsrichting voldoende overeenstemming in opvattingen bestaat. Uit de parlementaire behandeling van de Wet donorgegevens kunstmatige inseminatie blijkt al hoe verschillend over de toegankelijkheid van donorgegevens wordt gedacht.

Gelet op het uiteenlopende karakter van de onderwerpen is in de memorie van toelichting geen aandacht besteed aan de kwestie van de toegang tot afstammingsgegevens. Er zouden even zo goed andere onderwerpen genoemd kunnen worden waarvan in de memorie van toelichting dan aangegeven zou kunnen of moeten worden waarom deze in het onderhavige wetsvoorstel geen aandacht krijgen. Gedacht zou bij voorbeeld kunnen worden aan de bewaringstermijn van dossiers die afstammingsgegevens bevatten.

2a. In het voorgestelde artikel 204 lid 3, wordt de mogelijkheid om vervangende toestemming voor de erkenning te vragen alleen gegeven aan de man die het kind heeft verwekt. In deze beperking onderkent de Raad het uitgangspunt dat ook de erkenning zoveel mogelijk behoort aan te sluiten bij de genetische afstamming. Tussen de man die heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind ten gevolge heeft gehad en het kind kan echter na de geboorte «family life» ontstaan in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Een omgangsregeling tussen deze man en het kind kan daarvan het gevolg zijn, maar niet een erkenning van het juridisch vaderschap op verzoek van de man. Ingevolge het voorgestelde artikel 207 kunnen de moeder en het kind in dit geval wel het vaderschap van deze man gerechtelijk laten vaststellen. Het feit dat de man niet de verwekker is van het kind is daarvoor geen belemmering. Het is de Raad niet duidelijk waarom aan de niet-verwekker, nu deze niet kan erkennen, bovendien de mogelijkheid wordt onthouden om zijn vaderschap gerechtelijk te laten vaststellen als uiting van zijn wil om verantwoordelijkheid te dragen voor het leven van het kind. De Raad adviseert hieraan in de toelichting aandacht te besteden.

b. In de memorie van toelichting, bijvoorbeeld in de paragrafen 2 en 10, is in het kader van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap alleen sprake van de verwekker in tegenstelling tot het voorgestelde artikel 207 lid 1, dat mede betrekking heeft op de man die heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. De Raad adviseert de toelichting in overeenstemming te brengen met dit artikel.

2a. In de memorie van toelichting is aan het slot van paragraaf 12 ingegaan op de vraag waarom de niet-verwekker, die niet kan erkennen, bovendien de mogelijkheid wordt onthouden om zijn vaderschap gerechtelijk te laten vaststellen. Essentieel in dit verband is het feit dat de niet-verwekker alleen niet kan erkennen, indien de moeder of eventueel het kind toestemming tot de erkenning weigert. Aan de weigering tot toestemming van, indien het gaat om een verwekker onder omstandigheden voorbij worden gegaan (artikel 204, derde en vierde lid). Het gaat nogal ver de man die niet de verwekker is van het kind, maar die wel «family life» heeft met het kind, toe te staan tegen de wil van de moeder of het kind het vaderschap op zich te nemen. Dat valt niet te vergelijken met de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, ingeleid door een verzoek van de moeder of het kind. Daar gaat het om de verwekker of degene die heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, maar die hoogstwaarschijnlijk het kind nimmer heeft willen erkennen (afgezien van de gevallen van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap na overlijden van de man).

Opmerking verdient dat moeder en kind naar mijn oordeel ook in deze gevallen de bevoegdheid om toestemming tot erkenning te weigeren, niet mogen misbruiken. Indien de weigering van de toestemming geen ander doel dient dan de ander te schaden zal de rechter aan deze weigering voorbij kunnen gaan. Het ligt overigens niet zonder meer voor de hand dat de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake misbruik van bevoegdheid bij

weigering van de toestemming tot erkenning in deze gevallen overeenkomstig kan worden toegepast. Die jurisprudentie ziet op gevallen waarin de man de verwekker is van het kind.

b. De paragrafen 2 en 10 en ook paragraaf 18, derde alinea zijn overeenkomstig het advies van de Raad aangepast.

3. De mogelijkheid tot ontkenning van het moederschap is niet in het voorstel van wet opgenomen, omdat het de Staatssecretaris van Justitie te ver gaat om voor alle gevallen het vaste uitgangspunt ten aanzien van het moederschap, namelijk dat de moeder de vrouw is die het kind heeft gebaard, te vervangen door een vermoeden van moederschap (tweede alinea van paragraaf 10 van de memorie van toelichting).

De Raad adviseert dit standpunt met inhoudelijke argumenten te motiveren.

3. De tweede alinea van paragraaf 10 van de memorie van toelichting is aangevuld met een inhoudelijke argumentatie.

4. In het voorgestelde artikel 227 lid 2, wordt bepaald dat een verzoek om adoptie door twee personen tezamen slechts kan worden gedaan, indien zij ten minste drie aaneengesloten jaren onmiddellijk voorafgaande aan de indiening van het verzoek met elkaar hebben samengeleefd. In het geldende artikel 228, onder g, is het vereiste van samenleving geformuleerd als voorwaarde voor de toewijzing van een adoptieverzoek. Toegelicht dient te worden waarom het vereiste in het wetsvoorstel als voorwaarde voor de ontvankelijkheid is geformuleerd.

4. In het huidige recht geldt als voorwaarde voor ontvankelijkheid van het verzoek tot adoptie dat de verzoekers gehuwd zijn. Artikel 227 spreekt immers van een echtpaar. In het geldende artikel 228, onder g, is vervolgens bepaald dat voor toewijzing van het verzoek geldt dat het echtpaar voor de dag van het adoptieverzoek ten minste 5 jaar gehuwd moet zijn. In het wetsvoorstel (artikel 227, tweede lid) zijn de beide voorwaarden gecombineerd en geldt als ontvankelijkheidseis dat betrokkenen drie jaar moeten hebben samengeleefd. Een en ander leidt niet tot verschillen in gevolg. In de memorie van toelichting is dit na de eerste alinea van paragraaf 15 uiteengezet.

5. In het voorgestelde artikel 394 wordt de onderhoudsplicht geregeld van de verwekker van een kind dat alleen een moeder heeft, alsmede van de man die als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. De Raad merkt op dat in dit artikel noch in de toelichting rekening is gehouden met de mogelijkheid dat de levensgezel van de moeder een vrouw is. De Raad adviseert hierop in de toelichting in te gaan.

5. In artikel 394 wordt met een verwekker gelijkgesteld degene die als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. De partner van de moeder die niet een man maar een vrouw is, kan evenals de mannelijke partner van de moeder hebben ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, maar kan daarmee nog niet worden gelijkgesteld met de verwekker. Daarenboven zijn de onderhoudsrechten en -plichten in titel 17 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek gebaseerd op bloedverwantschap of wat bloedverwantschap zou kunnen zijn. Deze bestaat niet, indien het gaat om de vrouwelijke partner van de moeder. Overigens zal deze partner wel een onderhoudsplicht hebben, indien en zodra zij ingevolge het wetsvoorstel inzake de medevoogdij en gezamenlijke voogdij de medevoogdij (die zal worden omgedoopt tot gezamenlijk gezag) met de moeder uitoefent. In de toelichting is het bovenstaande aan het slot van de eerste alinea van paragraaf 25 weergegeven.

6. Het voorgestelde artikel 406b heeft blijkens de verwijzing naar artikel 394 betrekking op de kosten van verzorging en opvoeding van het kind en na het bereiken van de meerderjarigheid van het kind op de kosten van levensonderhoud en studie overeenkomstig de artikelen 395a en 395b. In artikel 406b lid

1, worden de studiekosten niet als zodanig vermeld. De Raad adviseert hierin ter wille van de duidelijkheid te voorzien.

6. Artikel 406b, eerste lid, is overeenkomstig het advies van de Raad aangepast, evenals de toelichting op dit artikellid.

7. In de uiteenzetting over het begrip vader in paragraaf 10 van de memorie van toelichting is verscheidene malen sprake van de ex-echtgenoot die niet de vader van het binnen 306 dagen na de ontbinding van het huwelijk geboren kind blijkt te zijn. Naar de Raad aanneemt, wordt in een aantal gevallen gedoeld op de ex-echtgenoot die weliswaar niet de biologische vader of de verwekker blijkt te zijn, maar ingevolge het geldende artikel 197 wel de vader is. De Raad adviseert de memorie van toelichting aan te passen.

7. Paragraaf 10 van de memorie van toelichting is overeenkomstig het advies van de Raad aangepast.

8. Aan het slot van paragraaf 15 van de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat onder omstandigheden de verwekker die het kind niet heeft erkend, maar die op grond van zijn relatie tot de moeder geacht moet worden vanaf de geboorte van het kind «family life» met het kind te hebben, als belanghebbende geldt in het kader van de adoptieprocedure (artikel 798 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Hij zal dan opgeroepen moeten worden om te worden gehoord ter zake van de adoptie. Hij heeft het recht om een verweerschrift in te dienen en heeft het recht van hoger beroep, aldus de toelichting. Het is de Raad niet duidelijk waarom aan de man die bijvoorbeeld een omgangsregeling heeft met het kind van wie hij de genetische ouder is, in artikel 228 lid 1, onder d, geen recht van tegenspraak wordt toegekend. De Raad adviseert de tekst van het wetsvoorstel aan te passen dan wel de toelichting op dit punt aan te vullen.

8. Opmerking verdient dat er voor de toepassing van de adoptievoorwaarden een verschil bestaat tussen aan de ene kant de verwekker die het kind niet heeft erkend, maar die op grond van zijn relatie tot de moeder geacht moet worden vanaf de geboorte van het kind «family life» met het kind te hebben en die in het licht van artikel 798 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv.) als belanghebbende kan worden aangemerkt en aan de andere kant de ouder die behalve belanghebbende op grond van artikel 228, eerste lid, onder d, het adoptieverzoek kan tegenspreken.

In het door de Raad genoemde geval waarin de biologische vader een omgangsregeling heeft met het kind, ga ik er veronderstellenderwijs vanuit dat deze vader in een betrekking tot het kind staat die «family life» impliceert waaraan in de context van hetgeen hier aan de orde is geen andere eisen worden gesteld dan voor de vaststelling van een omgangsregeling daaraan worden gesteld. In dat geval is ook deze biologische vader belanghebbende in de zin van artikel 798 Rv. Deze belanghebbende staat daarmee nog niet volledig op één lijn met de ouder die het adoptieverzoek kan tegenspreken.

In de passage in de memorie van toelichting, waarnaar de Raad verwijst, wordt niet alleen genoemd het geval van de verwekker van een kind die het kind niet heeft erkend, maar die op grond van zijn relatie tot de moeder geacht moet worden vanaf de geboorte van het kind «family life» met het kind te hebben, maar wordt ook het geval genoemd dat deze persoon op grond van bijkomende omstandigheden «family life» met het kind heeft. Dat kan de situatie betreffen van de biologische vader die een omgangsregeling met het kind heeft, waar de Raad op doelt.

9. In paragraaf 20 van de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat, tenzij de aangesproken man zijn verwekkerschap niet betwist, de gerechtelijke vaststelling alleen zal kunnen geschieden, indien duidelijk wordt dat de man de verwekker van het kind is geweest. Deze opmerking kan naar de mening van de Raad alleen betrekking hebben op de gerechtelijke vaststelling op de grond dat de man de verwekker is van het kind. Bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap op de grond dat de man als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, is de man immers niet de verwekker. De toelichting dient te worden aangepast. Voorts adviseert de Raad nader te motiveren waarom de

verwekker ingevolge artikel 207 lid 2, onder c, de leeftijd van zestien jaar moet hebben bereikt alvorens de vaststelling van het vaderschap kan geschieden.

9. Naar aanleiding van de eerste opmerking van de Raad is de memorie van toelichting aangepast. De tweede opmerking van de Raad heeft in de eerste plaats ertoe geleid dat de tekst van artikel 207, tweede lid, onder c, is aangepast. Verder is, door te wijzen op artikel 204, eerste lid, onder b, gemotiveerd waarom bedoelde eis is gesteld. Een minderjarige die de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt kan niet erkennen. Indien deze minderjarige de verwekker is van het kind of als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, zou bij gebreke van artikel 207, tweede lid, onder c, wel zijn vaderschap gerechtelijk vastgesteld kunnen worden en daarmee het verbod van artikel 204, eerste lid, onder b, omzeild kunnen worden.

10. Aangegeven dient te worden wat wordt bedoeld met de zinsnede «wat er zij van de betekenis die in dit verband aan artikel 8, al of niet in verbinding met artikel 14 EVRM moet worden toegekend» in de voorlaatste alinea van paragraaf 20 van de memorie van toelichting.

10. De bedoelde zinsnede is verduidelijkt.

11. Volgens paragraaf 25 van de memorie van toelichting stemt het voorgestelde artikel 406a overeen met het geldende artikel 406 lid 4. De Raad acht dit niet juist. Het geldende artikel 406 lid 4, heeft betrekking op een op het geldende artikel 394 gegronde vordering tegen de vader, terwijl artikel 406a weliswaar ziet op dezelfde vordering, maar tegen een andere kring van personen, namelijk van degenen die worden genoemd in het voorgestelde artikel 394, te weten de verwekker van een kind dat alleen een moeder heeft, alsmede de man die als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. De Raad adviseert de toelichting aan te passen.

11. De toelichting aangaande het voorgestelde artikel 406a is aangepast.

12. Voor enkele redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.

12. De redactionele kanttekeningen zijn overgenomen, met uitzondering van die onder het vijfde liggende streepje. Ter voorkoming van verwarring wordt niet het begrip genetische vader geïntroduceerd. In paragraaf 10 van de memorie van toelichting is het verschil tussen de verwekker en de biologische vader genoegzaam uiteengezet.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om in paragraaf 12 van de memorie van toelichting te verduidelijken dat indien door het overlijden van de moeder haar toestemming tot de erkenning niet meer verkregen kan worden, vervangende toestemming van de rechter nodig is. Verder is, eveneens ter verduidelijking, aan het eerste lid van de overgangsbepaling toegevoegd dat het vervallen van artikel 405, tweede lid, van Boek 1 BW onmiddellijke werking heeft.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
W. Scholten*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van Wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Justitie,
E. M. A. Schmitz

Bijlage bij het advies van de Raad van State van 5 maart 1996, no. W03.95.0488, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- In de artikelen 200 lid 6, 205 lid 4, en 207 lid 4, «een termijn van» laten vervallen.
- In artikel 205 lid 3, analoog aan artikel 200 lid 5, «niet later dan een jaar» vervangen door: binnen een jaar.
- In artikel 207 lid 1, «zelfs» vervangen door: ook.
- In artikel 212 voor «kind» invoegen: minderjarige.
- In paragraaf 10 van de memorie van toelichting «biologische vader», omdat dit begrip in het spraakgebruik kan samenvallen met verwekker, vervangen door: genetische vader.
- In paragraaf 15 van de memorie van toelichting «indien echter de erkenner stelselmatig uit het gezin van de moeder en het kind is geweerd» vervangen door: indien echter de vader stelselmatig uit het gezin van de moeder en het kind is geweerd.
- In paragraaf 20 van de memorie van toelichting de vindplaats vermelden van het Europees Verdrag inzake de rechtspositie van onwettige kinderen.
- In paragraaf 20 van de memorie van toelichting, zesde alinea, «vrouw» vervangen door: man.
- In de voorlaatste alinea van paragraaf 25 van de memorie van toelichting «tot het een en twintigste jaar» (cursief) vervangen door: tot en met het eenentwintigste jaar.