

Vergaderjaar 1998–1999

26 673

Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht)

B

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 23 maart 1999 en het nader rapport d.d. 2 juli 1999, aangeboden aan de Koningin door de staatssecretaris van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 1 december 1998, no. 98.005679, 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 wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (Adoptie door personen van hetzelfde geslacht).

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 1 december 1998, nr. 98.005679, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 23 maart 1999, nr. W03.98.0547/I, bied ik U hierbij aan.

1. Het wetsvoorstel strekt ertoe zowel adoptie van een kind door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken als de in artikel 227 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) opgenomen voorwaarde voor adoptie, te weten dat zij in het kennelijk belang van het kind is, aan te vullen met de voorwaarde dat moet komen vast te staan dat het kind niets meer van zijn oorspronkelijke ouders te verwachten heeft.

2a. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat kinderen die in een duurzame relatie van twee personen van hetzelfde geslacht geboren worden en/of daarbinnen worden verzorgd en opgevoed, ook in juridisch opzicht de bescherming dienen te krijgen die zij behoeven. Nu kent de wet sinds 1 januari 1998 de mogelijkheid van gezamenlijk gezag of voogdij van een ouder en zijn/haar partner over het kind en zijn wetsvoorstellen in voorbereiding om zowel het gezamenlijk gezag van rechtswege te laten ontstaan bij geboorte van het kind binnen het geregistreerde partnerschap als erfrechtelijk gevolgen aan het gezag te verbinden. In de toelichting wordt niet duidelijk gemaakt waarom naast deze uitgebreide gezagsregeling adoptie mogelijk moet worden teneinde de nodige juridische bescherming te bieden aan kinderen die opgroeien binnen een relatie van twee personen van hetzelfde geslacht. Weliswaar bestaan er verschillen tussen de erkenning van feitelijk ouderschap door de toekenning van gezamenlijk gezag en ouderschap op grond van adoptie, maar deze verschillen hebben naar het oordeel van de Raad van State niet zozeer betrekking op de juridische bescherming van de positie van het kind, maar zijn veeleer van emotionele aard.

Het wetsvoorstel beoogt een zeer ingrijpende wijziging van het afstammingsrecht, die niet aansluit bij de ontwikkelingen op dat rechtsgebied die geleid hebben tot de herziening ervan in 1998. De Raad wijst er in dit verband op dat in het nieuwe afstammingsrecht juist aan de biologische band tussen ouders en kind een groter belang is toegekend dan aan een juridische die gebaseerd is op een fictie van ouderschap. Ook het rapport van de Commissie openstelling burgerlijk huwelijk (hierna: de commissie-Kortmann), dat ten grondslag heeft gelegen aan dit wetsvoorstel, draagt geen argumenten aan die deze breuk met het geldende recht rechtvaardigen.

b. Met dit wetsvoorstel wijkt Nederland niet alleen af van alle rechtsstelsels in de omringende landen, maar ook valt niet te verwachten dat de in Nederland uitgesproken adoptie door personen van hetzelfde geslacht in het buitenland zal worden erkend, zoals ook blijkt uit bijlage 4 van het rapport van de commissie-Kortmann. Dat andere landen het standpunt van Nederland niet delen kan overigens ook worden afgeleid uit artikel 2 van het op 29 mei 1993 te 's-Gravenhage totstandgekomen Verdrag inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van interlandelijke adoptie, dat op 1 oktober 1998 voor Nederland in werking is getreden. In artikel 2 van dat Verdrag is na uitgebreide discussies gekozen voor een beperking van het bereik van het verdrag tot adoptie door «echtgenoten» of door «één persoon».

Op grond van het vorenstaande komt de Raad tot de conclusie dat de motivering in de memorie van toelichting de voorgestelde regeling, die een belangrijke breuk met het bestaande afstammingsrecht betekent, niet rechtvaardigt.

c. Te verwachten is dat het bij adoptie door personen van hetzelfde geslacht vooral zal gaan om adoptie door de vrouwelijke partner van de moeder van het kind, dan wel door de mannelijke partner van de vader van het kind. In het laatste geval is het niet uitgesloten dat er een draagmoeder betrokken is bij de verwekking van het kind en het draagmoederschap door het wetsvoorstel dus in zekere zin wordt gehonoreerd. Dit terwijl het draagmoederschap niet onbetwist is vanwege de (ook juridische) problemen die dit met zich brengt. Als, zoals te verwachten is, door de voorgestelde regeling het draagmoederschap als vorm van hulpverlening bij ongewenste kinderloosheid zal worden gestimuleerd, zal dat naar de mening van de Raad een zeer ongewenste ontwikkeling zijn.

d. De toelichting schept geen duidelijkheid over de vraag hoe de landen die thans kinderen ter adoptie afstaan, zullen reageren als Nederland in de mogelijkheid van adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht voorzien zal hebben. De Raad acht het niet onwaarschijnlijk dat deze regeling voor deze landen aanleiding kan zijn om hun standpunt ten aanzien van het ter adoptie afstaan van kinderen aan Nederlandse ouders te heroverwegen. Op grond van het vorenstaande adviseert de Raad het wetsvoorstel te heroverwegen.

1, 2a en 2b. Naar het oordeel van de Raad betekent het onderhavige wetsvoorstel een zeer ingrijpende wijziging van en een belangrijke breuk met het bestaande afstammingsrecht. De Raad merkt terecht op dat in het nieuwe afstammingsrecht de biologische band tussen ouder en kind meer gewicht heeft gekregen. Ik teken daarbij aan dat dit in veel mindere mate geldt voor de in het afstammingsrecht opgenomen regeling van de erkenning. Zo is in de wet bij voorbeeld niet tot uitdrukking gebracht dat de erkenner vermoed wordt de verwekker van het kind te zijn. Ook de niet-verwekker kan een kind erkennen.

Belangrijk verschil tussen het afstammings- en adoptierecht is dat het adoptierecht steeds een abstractie van de afstamming is. Het gaat om, zoals de Raad het noemt, een fictie van ouderschap. Dat is ook de reden dat in de memorie van toelichting het afstammings- en adoptierecht niet in één adem genoemd worden. Juist in het adoptierecht is het juridische ouderschap van de adoptiefouders – uitzonderingen daargelaten – niet gebaseerd op het biologische ouderschap. Dit is voor de commissie Kortmann reden geweest om de mogelijkheid van adoptie door personen van hetzelfde geslacht voor te stellen als de beste juridische bescherming – beter dan het gezamenlijk gezag

van een ouder en zijn partner – van het gezinsleven van paren van hetzelfde geslacht en het kind dat zij verzorgen en opvoeden.

Tussen erkenning van feitelijk ouderschap door middel van toekenning van gezag op basis van artikel 253t van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en ouderschap op grond van afstamming of adoptie bestaan verschillen. De gezagsuitoefening eindigt in ieder geval bij de meerderjarigheid van het kind. Ouderschap eindigt niet. Gezamenlijk gezag kan eindigen door aan de rechter beëindiging en toekenning van het gezag aan één van beide betrokkenen te vragen. Van ouderschap kan in principe geen afstand worden gedaan. Ouderschap betekent ook opneming in de familie van de ouders. Gezag betekent dat niet. Het gezamenlijk gezag werkt niet altijd door in andere regelgeving. Deels hebben deze verschillen, zoals de Raad terecht opmerkt, geen betrekking op de juridische positie van het kind, maar zijn zij van emotionele aard. Maar er zijn wel degelijk juridische verschillen van meer of minder verstrekkende aard. Ik noem er twee die voortvloeien uit Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek. De positie van de niet-ouder bij de beëindiging van het gezamenlijk gezag door de rechter is, als het gaat om de omgang, een andere dan die van een ouder. De niet-ouder die samen met de ouder het gezag uitoefent, geeft, gelet op de huidige wettelijke regeling, niet mede toestemming tot het huwelijk van het minderjarige kind.

Het gezamenlijk gezag van een ouder en zijn partner zal in veel gevallen een adequaat alternatief voor adoptie zijn teneinde het gezinsleven van een kind met zijn feitelijke verzorgers en opvoeders te beschermen. Maar in die gevallen dat een kind niets meer van zijn oorspronkelijke ouders als ouder te verwachten heeft, is er geen goede reden om, mits ook aan de andere voorwaarden voor adoptie is voldaan, adoptie wel toe te staan aan twee personen van verschillend geslacht of aan de niet-ouder alleen, maar niet aan twee personen van hetzelfde geslacht.

Dat een adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht in het buitenland een onbekend verschijnsel is, is onderkend. Eveneens is onderkend dat in het Haagse Adoptieverdrag van 1993 de mogelijkheid van erkenning van adopties door personen van gelijk geslacht niet is opgenomen. In het buitenland zijn de opvattingen over dit onderwerp (nog) niet zover voortgeschreden als in Nederland. Dit zal ertoe leiden dat de familierechtelijke betrekkingen die uit de adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht voortvloeien, in het buitenland niet erkend zullen worden. Wel zou het mogelijk zijn dat in het buitenland het uit de adoptie voortvloeiende gezag wordt erkend.

2c. De Raad verwacht dat draagmoederschap als vorm van hulpverlening bij ongewenste kinderloosheid gestimuleerd zal worden. Hij acht dit een zeer ongewenste ontwikkeling. Gelet op het feit dat al vele jaren de vraag naar adoptiekinderen het aanbod verre overtreft, zou er alle aanleiding zijn te veronderstellen dat draagmoederschap als vorm van hulpverlening bij ongewenste kinderloosheid reeds lange tijd gestimuleerd wordt. Duidelijke signalen zijn mij hierover niet bekend. Om genoemde reden deel ik de verwachting van de Raad niet dat door invoering van adoptie door personen van hetzelfde geslacht het draagmoederschap wel gestimuleerd zou worden.

2d. Het wetsvoorstel ziet alleen op de adoptie van kinderen die hun gewone verblijfplaats in Nederland hebben. De Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie wordt in verband met dit wetsvoorstel niet aangepast in die zin dat ook twee personen van hetzelfde geslacht in aanmerking zouden kunnen komen voor adoptie van een buitenlands kind. Achtergrond van deze beperking is dat landen die kinderen ter adoptie afstaan, zeer waarschijnlijk niet bereid zullen zijn deze kinderen af te staan voor adoptie door personen van hetzelfde geslacht. Of de invoering van adoptie door personen van hetzelfde geslacht van kinderen in Nederland ertoe zal leiden dat landen die kinderen afstaan hun standpunt ten aanzien van Nederland in meer algemene zin zullen heroverwegen, is onduidelijk. De per 1 januari 1998 in de wet opgenomen mogelijkheid van gezamenlijk gezag door personen van gelijk geslacht en de per 1 april 1998 bestaande mogelijkheid van eenouderadoptie (onder meer door een van de beide partners van hetzelfde geslacht) hebben tot nu toe in ieder geval geen wijziging in de situatie gebracht.

3. Voor het geval het wetsvoorstel niettemin wordt gehandhaafd, geeft de Raad het volgende in overweging.

a. *Uit de memorie van toelichting blijkt dat het wetsvoorstel in feite een weergave is van de aanbevelingen van de commissie-Kortmann. De Raad adviseert in de toelichting meer aandacht te besteden aan standpunten van organisaties die zich ook met deze materie hebben beziggehouden, zoals de Gezinsraad, de Emancipatieraad en de Raad voor het Jeugdbeleid.*

b. *In de inleiding van de memorie van toelichting wordt vermeld dat niet het afstammingsrecht wordt aangepast, maar het adoptierecht. De Raad acht dit een onjuiste voorstelling van zaken. Het adoptierecht is een onderdeel van het afstammingsrecht (bijvoorbeeld artikel 198 Boek 1 BW). Door adoptie worden bestaande familierechtelijke betrekkingen beëindigd en nieuwe geschapen. De Raad adviseert de memorie van toelichting aan te passen.*

c. *Op voorstel van de commissie-Kortmann wordt de in het huidige artikel 227 Boek 1 BW opgenomen voorwaarde voor adoptie, te weten dat de adoptie in het kennelijk belang van het kind moet zijn, aangevuld met de voorwaarde dat moet komen vast te staan dat het kind niets meer van zijn oorspronkelijke ouders te verwachten heeft. Het gaat hierbij niet om de vraag of het kind met zijn oorspronkelijke ouders geen feitelijke contacten meer heeft of nog zal krijgen, maar of al dan niet de verwachting bestaat dat de ouders nog enige inhoud kunnen/willen geven aan het ouderschap. De Raad mist in de toelichting aandacht voor de vraag, op welke gronden de rechter zal kunnen vaststellen dat een dergelijke situatie zich voordoet. Het college wijst in dit verband in het bijzonder op de voorgestelde adoptie van een Nederlands kind door twee volwassenen van hetzelfde geslacht. In deze situatie zal er meestal nog sprake zijn van een geboorte-ouder die wellicht op het moment van ter adoptie afstaan niets wil of kan bieden aan het kind, maar van wie toch moeilijk duidelijk vastgesteld kan worden dat dit in de (nabije) toekomst niet anders kan liggen. De Raad adviseert in de toelichting hieraan aandacht te besteden.*

3a. De adviezen van de Emancipatieraad, de Raad voor het Jeugdbeleid en de Nederlandse Gezinsraad inzake het afstammingsen adoptierecht zijn reeds betrokken bij de notitie Leefvormen (kamerstukken II 1995/96 22 700, nr. 5, pp. 6/7). Voorts zijn deze adviezen aan de orde gekomen in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet van 30 oktober 1997 tot wijziging van, onder meer, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van gezamenlijk gezag voor een ouder en zijn partner en van gezamenlijke voogdij (kamerstukken II 1993/94, 23 714, nr. 3, p. 1). Tenslotte is een recenter advies van de Nederlandse Gezinsraad over deze gehele materie (Nieuw gezinsrecht: rapport over ouderschap en partnerschap (1996)) door de Commissie Kortmann bij haar werkzaamheden betrokken. Gelet hierop zie ik onvoldoende aanleiding dezelfde adviezen – die behoudens het laatst genoemde advies van de Nederlandse Gezinsraad niet van recente datum zijn – opnieuw in de memorie van toelichting te behandelen.

3b. In de memorie van toelichting zal aandacht besteed worden aan de vraag waarom onderscheid gemaakt wordt tussen aanpassing van het adoptierecht en aanpassing van het afstammingsrecht in overeenstemming met hetgeen onder punt 1, 2a en 2b is opgemerkt.

3c. In de memorie van toelichting zal aandacht geschonken worden aan de vraag hoe de rechter kan beoordelen of een ouder in de toekomst als ouder nog iets aan het kind te bieden zal hebben.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de artikelen 204 en 207 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de adoptie door personen van hetzelfde geslacht aan te passen. In de artikelsgewijze toelichting is op deze wijzigingen ingegaan.

De Raad van State heeft mitsdien bezwaar tegen het voorstel van wet en geeft U in overweging dit niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

*De waarnemend Vice-President van de Raad van State,
P. J. Boukema*

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,
M. J. Cohen