

Bij Kabinetsmissive van 11 juli 2005, no.05.002585, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door twee personen van gelijk geslacht tezamen, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel beoogt adoptie van een buitenlands kind door een echtpaar van hetzelfde geslacht mogelijk te maken. Voorts beoogt het wetsvoorstel de thans bij een adoptie geldende termijn van samenleving van drie jaar door de ouder met zijn partner die het kind wil adopteren, te schrappen voor het geval dat het kind binnen de relatie van die ouder en zijn partner is geboren. Ten slotte beoogt het wetsvoorstel de nu geldende termijn van verzorging en opvoeding van het adoptiefkind van drie jaar, in geval van adoptie door één persoon, te bekorten tot een jaar.

De Raad van State maakt opmerkingen over de invoering van adoptie van een buitenlands kind door een echtpaar van hetzelfde geslacht, over de schrapping van de termijn van samenleving en over de afstemming van de voorgestelde wijzigingen met de Nederlandse Antillen en Aruba. De Raad acht heroverweging van onderdelen van het wetsvoorstel gewenst.

1. Adoptie van een buitenlands kind door een echtpaar van hetzelfde geslacht

In de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (adoptie door personen van hetzelfde geslacht) merkte de regering op dat de praktijk van interlandelijke adoptie een sterke voorkeur laat zien voor adoptie door paren van verschillend geslacht en dat deze praktijk geen ruimte laat om interlandelijke adoptie voor paren van gelijk geslacht open te stellen. Een dergelijke openstelling zou ertoe leiden dat een categorie adoptanten in aanmerking wordt gebracht voor verlening van een beginsel-toestemming, terwijl er voor hen geen vooruitzicht is om vervolgens ook een kind uit het buitenland te adopteren. Daarmee worden bij betrokkenen verwachtingen gewekt die niet waar kunnen worden gemaakt. De regering achtte dit onjuist. Voorts worden instanties belast met onderzoeken in gevallen waarin bij voorbaat zeker is dat deze nergens toe leiden.¹ Ook toen is een enquête gehouden onder een groot aantal voor Nederland belangrijke landen van herkomst van adoptiekinderen.² Geen van deze landen was bereid om kinderen voor adoptie door een echtpaar van hetzelfde geslacht af te staan. Blijkens de memorie van toelichting is de situatie sindsdien niet gewijzigd.³

De Raad onderschrijft de destijds door de regering naar voren gebrachte argumenten. Weliswaar kan één persoon alleen een buitenlands kind adopteren en kan vervolgens in Nederland de partner van hetzelfde geslacht van deze persoon het kind naar Nederlands recht adopteren, maar die mogelijkheid betekent nog niet dat daarmee ook de adoptie door een echtpaar van hetzelfde geslacht ingevoerd zou moeten worden, als een buitenlands kind daartoe door het land van herkomst niet wordt afgestaan. Een motivering om desondanks adoptie van een buitenlands kind door een echtpaar van hetzelfde geslacht in te voeren ontbreekt in de toelichting. Naar het oordeel van de Raad is het weinig zinvol, en daarom ongewenst om het toepassingsbereik van de Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie te verruimen tot echtparen van hetzelfde geslacht.

De Raad adviseert artikel II te schrappen.

¹ Kamerstukken II 1999/2000, 26 673, nr.5, blz.10.

² Het betrof de Filippijnen, Thailand, China, India, Korea, Colombia, Ecuador, Costa Rica, Peru en Polen.

³ Memorie van toelichting, Algemeen, derde alinea. De in de memorie van toelichting genoemde 14 landen die hebben gereageerd zijn: Thailand, Slovaĳie, Brazilië, India, Costa Rica, Colombia, Filippijnen, Polen, Nepal, Sri Lanka, Bulgarije, Suriname, Ethiopië en Panama.

2. Snelle eenouderadoptie door de vrouwelijke partner van de moeder

Het wetsvoorstel beoogt binnen het kader van de adoptie voor zogenoemde duo-moeders een aan een erkenning gelijkwaardige situatie te creëren⁴ door de bij een adoptie geldende termijn van samenleving van drie jaren door het paar, van wie de partner het binnen de relatie geboren kind van de ander wenst te adopteren, te laten vervallen en door de adoptie in die gevallen te laten terugwerken tot de geboorte van het kind. In deze gevallen geldt al niet de voorwaarde dat de ouder en haar partner het kind gedurende ten minste een jaar hebben verzorgd en opgevoed.⁵

Er wordt om drie redenen niet voorzien in de mogelijkheid dat de vrouwelijke partner van de moeder het uit de moeder geboren kind erkent. Het afstammings recht is gebaseerd op het uitgangspunt dat het juridische ouderschap het biologische ouderschap volgt. Een erkenner wordt dan ook vermoed de biologische ouder van het kind te zijn. Bij erkenning door een vrouw zou dit uitgangspunt worden losgelaten. In de tweede plaats bestaat het risico dat een dergelijke erkenning wegens strijd met de openbare orde in het buitenland niet wordt geaccepteerd. In de derde plaats is er bij een geboorte binnen een homoseksuele relatie steeds een derde betrokken. Indien deze derde bekend is, is er reden om deze bij de totstandkoming van de familierechtelijke betrekking met de partner van de moeder te betrekken.⁶ Tezamen en in onderling verband acht de Raad daarmee overtuigend gemotiveerd waarom geen erkenning door een vrouw geïntroduceerd wordt, zij het dat het ontbreken van acceptatie in het buitenland ook alle andere rechtsfiguren zal betreffen die leiden tot het ontstaan van familierechtelijke betrekkingen met twee volwassenen van hetzelfde geslacht.

De Raad is er echter niet van overtuigd dat een verdere aanpassing van de regels voor adoptie de juiste weg is om tegemoet te komen aan de wens dat de vrouwelijke partner van de moeder vanaf de geboorte van het kind binnen hun relatie in familierechtelijke betrekking kan komen te staan tot dat kind. De adoptie is een maatregel van kindbescherming. Een adoptie dient in het kennelijk belang van het kind te zijn, terwijl ten tijde van het verzoek tot adoptie moet vaststaan dat het kind, voorzover redelijkerwijs te voorzien, niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder te verwachten heeft.⁷ Voorts moet aan een aantal specifieke in artikel 1:228 BW opgenomen voorwaarden worden voldaan. Een adoptie leidt tot volledige verbreking van de familierechtelijke betrekkingen met de oorspronkelijke ouder(s) en vestiging van familierechtelijke betrekkingen met de adoptiefouder(s). Gelet hierop werkt een adoptie niet terug tot de geboorte van het kind. In de gevallen die het wetsvoorstel beoogt te regelen gaat het niet om een adoptie als kindbeschermingsmaatregel, maar om een invulling van de hiervoor geformuleerde wens een aan de erkenning gelijkwaardige regeling in het leven te roepen. Door daartoe in de adoptiebepalingen nieuwe uitzonderingen op te nemen, en daarmee af te wijken van de grondslag van de adoptie, ontstaat een gewrongen constructie.

Indien geen regeling van erkenning ten behoeve van de partner van de moeder wordt overwogen, maar wel een aan de erkenning gelijkwaardige regeling wenselijk wordt geacht, adviseert de Raad af te zien van een verdere aanpassing van de adoptiebepalingen, en een aan de erkenning gelijkwaardige regeling te formuleren, waarin rekening wordt gehouden met de positie van de biologische ouder, als deze bekend is, en waarin rekenschap wordt gegeven van de beperkte mate waarin de met de partner van de moeder ontstane familierechtelijke betrekkingen in het buitenland zullen worden erkend.⁸

Onverminderd het onder punt 2 gestelde, merkt de Raad onder punt 3 het volgende op.

3. Aanpassing van artikel 1:227, tweede lid, BW

a. De memorie van toelichting gaat ervan uit dat de geldende regeling van de termijn van samenleven van drie jaar door de ouder en zijn partner meebrengt dat eerst drie jaar nadat een

⁴ Zie de toezegging van de Minister van Justitie, Kamerstukken II 2004/05, 28 457 en 26 672, nr.22, blz. 8.

⁵ Artikel 1:228, eerste lid, onder f van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).

⁶ Kamerstukken II 2004/05, 28 457 en 26 672, nr.23, blz. 3.

⁷ Artikel 1:227, derde lid, BW.

⁸ Het laatste geldt overigens ook voor de adoptie door de vrouwelijke partner van de moeder.

kind binnen de relatie van duo-moeders is geboren, een verzoek tot adoptie kan worden gedaan. Gerekend wordt vanaf het tijdstip van de geboorte.⁹ Kennelijk is de gedachte dat de samenleving voorafgaande aan het tijdstip van de geboorte geen samenleving met de ouder is, omdat deze toen nog geen ouder was, en dat deswege die samenleving voor de berekening van de termijn niet mag meetellen. Daarom wordt voorgesteld aan artikel 227, tweede lid, een zin toe te voegen waaruit blijkt dat die termijn wel meetelt.

Naar het oordeel van de Raad is de uitleg die de memorie van toelichting aan artikel 227, tweede lid, geeft, niet erg waarschijnlijk en bovendien verwarrend. Artikel 227, tweede lid, beoogt in het kennelijk belang van het te adopteren kind een waarborg te bieden omtrent de bestendigheid van de relatie van de partners die het kind adopteren. De daartoe gestelde termijn van samenleven is niet gekoppeld aan het ouderschap, omdat een dergelijke koppeling tot willekeurige resultaten zou leiden. Deze ouder zou immers al ouder kunnen zijn van een ander kind dan het kind dat de partner wil adopteren. Dan zou de termijn van samenleven wel los staan van de geboorte van het te adopteren kind. Er wordt dan ook teruggerekend vanaf het tijdstip van indiening van het adoptieverzoek. Ook in de andere gevallen van adoptie wordt bij het bepalen van de samenlevingstermijn geen koppeling gelegd met bijvoorbeeld de komst van het adoptiekind in het gezin van de aspirant-adoptiefouders.

De Raad adviseert de tweede aan artikel 1:227 BW toe te voegen zin te schrappen en de toelichting aan te passen.

b. De memorie van toelichting gaat ervan uit dat, gelet op artikel 1:2 BW, een adoptie door de vrouwelijke partner van de moeder vóór de geboorte van het te adopteren kind kan worden verzocht en, gelet op artikel 1:2 BW, na diens geboorte kan worden uitgesproken, ook als de verzoekster intussen zou zijn overleden.¹⁰ Dan zou het gaan om een zogenoemde postume adoptie, een vorm van adoptie die de wet voor bepaalde gevallen heeft gekend totdat de eenpersoons adoptie werd ingevoerd. Artikel 1:2 BW speelt in dit verband eerst een rol, als de postume adoptie alsnog is uitgesproken.

De toelichting maakt niet duidelijk waarom een dergelijke bijzondere vorm van adoptie wenselijk zou zijn. De Raad adviseert hieromtrent duidelijkheid te verschaffen. In ieder geval is een uitdrukkelijke regeling vereist van een dergelijke bijzondere vorm van adoptie en kan niet worden volstaan met een beroep op artikel 1:2 BW.

4. Afstemming met de Nederlandse Antillen en Aruba

Artikel 39, eerste lid, van het Statuut bepaalt dat onder meer het burgerlijk recht in Nederland, de Nederlandse Antillen en Aruba zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze wordt geregeld. Een voorstel tot ingrijpende wijziging van de bestaande wetgeving wordt niet ingediend alvorens de regeringen van de andere landen in de gelegenheid zijn gesteld van haar zienswijze daarover te doen blijken. Zo is de zienswijze ingewonnen over de invoering van het huwelijk van personen van hetzelfde geslacht in Nederland.¹¹ De invoering van adoptie van een buitenlands kind door een echtpaar van hetzelfde geslacht betekent een ingrijpende wijziging van het bestaande recht. Uit de memorie van toelichting blijkt niet dat de regeringen van de Nederlandse Antillen en Aruba in de gelegenheid zijn gesteld om van hun zienswijze over dit wetsvoorstel te doen blijken. De Raad adviseert de memorie van toelichting aan te vullen met de zienswijze van de Nederlandse Antillen en Aruba over dit wetsvoorstel.

5. Voor een redactionele kanttekening verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

⁹ Memorie van toelichting, Artikelen, Artikel I, onder A, tweede alinea.

¹⁰ Memorie van toelichting, Artikelen, Artikel I, onder A, vierde alinea.

¹¹ Aanhangsel Handelingen II, 2004/05, nr. 887.

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

De Vice-President van de Raad van State,

Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende no.W03.05.0295/I met een redactionele kanttekening die de Raad in overweging geeft.

- Als geen gevolg wordt gegeven aan opmerking 4, onder a, de tweede toe te voegen volzin van artikel 227, tweede lid, laten luiden: Voor de berekening van de termijn van samenleving wordt de periode meegeteld gedurende welke de ouder nog geen ouder was.