

Vergaderjaar 2003–2004

29 353

Wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 3 september 2003 en het nader rapport d.d. 24 november 2003, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 1 juli 2003, no. 03.002791, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting tot wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag.

Het voorstel strekt tot aanpassing en verduidelijking van enkele bepalingen in boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) met betrekking tot het ouderlijk gezag en de geslachtsnaam. De Raad van State kan zich vinden in de strekking van het voorstel, maar maakt opmerkingen over het overgangsrecht en de terugwerkende kracht. In verband hiermee is aanpassing van het voorstel wenselijk.

Blijkens de mededeling van de Plv. Directeur van Uw kabinet van 1 juli 2003, nr. 03.002791, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake bovenvermeld voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 3 september 2003, nr. W03.03.0236/l, bied ik U hierbij aan.

1. De overgangsregeling van artikel II, eerste lid
De in artikel II, eerste lid, opgenomen bepaling van overgangsrecht ziet op situaties waarin aan de ouder en zijn echtgenoot die niet de ouder is, naamskeuze is geweigerd door de ambtenaar van de burgerlijke stand, omdat naar diens oordeel de wet hierin niet voorzagt. Op grond van de voorgestelde bepaling kunnen de echtgenoten tot twee jaren na inwerkingtreding van deze wet alsnog bepalen welke geslachtsnaam het kind zal hebben. Volgens de toelichting houdt deze bepaling verband met de voorgestelde wijziging van artikel 1:253sa BW, welke echter geen inhoudelijke wijziging, maar slechts een verduidelijking van de tekst betreft, teneinde de bedoeling van de wetgever buiten twijfel te stellen. Volgens de toelichting zou in een aantal gevallen een uitleg aan deze bepaling zijn gegeven die niet overeenstemt met het doel van de wet. Het gaat om gevallen waarin het afleggen van een verklaring als bedoeld in artikel 5, vierde lid, BW, door de ouder of zijn echtgenoot door de ambtenaar van de burgerlijke stand ten onrechte is geweigerd. De Raad constateert dat in de toelichting niet wordt vermeld in hoeveel gevallen het afleggen van een verklaring ten onrechte is geweigerd en of er

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

gevallen zijn geweest waarin men op grond van artikel 1:27 BW in beroep is gekomen bij de rechtbank.

De Raad adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

1. Overeenkomstig het advies van de Raad van State is de toelichting aangevuld.

2. Terugwerkende kracht en geldigheid van rechtshandelingen

Ingevolge artikel III van het voorstel wordt aan de verduidelijkingen die zijn aangebracht in de artikelen 1:253aa en 1:253sa BW terugwerkende kracht verleend tot en met 1 januari 2002, zijnde de datum van inwerkingtreding van de wet tot wijziging van boek 1 BW in verband met het gezamenlijk gezag van rechtswege bij geboorte tijdens geregistreerd partnerschap (Wet van 4 oktober 2001, Stb. 468). In de toelichting wordt opgemerkt dat het noodzakelijk is dat de verduidelijking van de tekst terugwerkende kracht heeft omdat in een aantal gevallen aan deze bepalingen een uitleg is gegeven die niet overeenstemt met het doel van de bedoelde wetswijziging. Verder wordt in het tweede lid van artikel II bepaald dat rechtshandelingen van of jegens de ouder die niet de geregistreerde partner is in de uitoefening van het gezamenlijk gezag over hun kind(eren) op grond van artikel 1:253aa BW van waarde blijven. In de toelichting op deze bepaling wordt opgemerkt dat als gevolg van de terugwerkende kracht die aan de wijziging van artikel 1:253aa wordt verleend deze rechtshandelingen nietig zouden zijn en dat het daarom gewenst is dat zij hun waarde behouden.

De Raad maakt over de voorgestelde bepalingen de volgende opmerkingen.

a. Indien de tekst van een wettelijke bepaling wordt gewijzigd om deze te verduidelijken, maar niet om de inhoud daarvan te wijzigen, heeft het verlenen van terugwerkende kracht hieraan geen zelfstandige juridische betekenis. In het geval dat de rechter een uitleg heeft gegeven aan een wetsbepaling die naar het oordeel van de wetgever in strijd is met de bedoelingen die aan de bepaling ten grondslag hebben gelegen, zal de wijziging wel een inhoudelijke wijziging betekenen. Maar daarvan is in dit geval kennelijk geen sprake, nu de inhoud van beide bepalingen ongewijzigd blijft.

De Raad adviseert daarom geen terugwerkende kracht aan beide wijzigingen te verlenen.

b. Afgezien van het feit dat de woorden «van waarde blijven» in artikel II, tweede lid, ongelukkig zijn gekozen, en beter vervangen kunnen worden door «behouden hun geldigheid» heeft de Raad ook bezwaar tegen deze bepaling. Zoals in onderdeel a reeds is opgemerkt heeft het verlenen van terugwerkende kracht aan de artikelen 1:253aa en 1:253sa BW geen zelfstandige juridische betekenis. Rechtshandelingen die (mede) zijn verricht door de ouder die niet de geregistreerde partner is (de erkenner van het kind), blijven nietig. Het verlenen van terugwerkende kracht heeft daar geen invloed op. Mogelijk zal in bepaalde gevallen aangenomen moeten worden dat er sprake is van conversie van een nietige rechtshandeling op grond van artikel 3:42 BW, maar deze vindt van rechtswege plaats en wordt zonodig ambtshalve door de rechter vastgesteld.

De Raad adviseert artikel II, tweede lid, te laten vervallen.

2.a. In navolging van het advies van de Raad van State is in het wetsvoorstel geen terugwerkende kracht aan de beide wijzigingen verleend. Bij nader inzien is het niet noodzakelijk om aan de wijzigingen terugwerkende kracht te geven.

2.b. Het advies van de Raad van State om artikel II, tweede lid, van het wetsvoorstel, te laten vervallen, is niet gevolgd. Wel is de formulering van dit artikellid aangepast en is de toelichting gewijzigd.

Door een onjuiste interpretatie van de wet is het mogelijk dat de moeder en de erkenner die niet de geregistreerde partner is van de moeder, op grond van artikel 253aa van rechtswege het gezamenlijk gezag uitoefenen, en dat de erkenner in de uitoefening hiervan rechtshandelingen heeft verricht. Zo kan bij voorbeeld de erkenner toestemming hebben verleend om het kind bij te schrijven in het paspoort van moeder of meer in het algemeen toestemming hebben verleend voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling op grond van artikel 234. Zulke rechtshandelingen zijn nietig omdat de erkenner

hiertoe niet bevoegd was. Ook na de inwerkingtreding van de wet, waartoe het onderhavige wetsvoorstel zal leiden, blijven deze rechtshandelingen nietig. Conversie van de rechtshandeling is op grond van artikel 42 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek niet mogelijk omdat er geen alternatieve, wel geldige rechtshandeling kan worden verkozen. De erkener heeft immers nimmer de bevoegdheid om op grond van artikel 253aa van rechtswege het gezag uit te oefenen.

Aangezien ik het niet wenselijk vind dat deze rechtshandelingen die voor de inwerkingtreding van de wet, waartoe het onderhavige wetsvoorstel zal leiden, zijn verricht nietig blijven, is in het tweede lid van artikel II bepaald dat deze rechtshandelingen niettemin geldig zijn.

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

3. Aan de redactionele kanttekeningen van de Raad van State is gevolg gegeven.

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,
H. D. Tjeenk Willink*

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 Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

Bijlage bij het advies van de Raad van State van 3 september 2003, no. W03.03.0236/I, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

Memorie van toelichting

- In de toelichting het begrip «family life» telkens vervangen door het in de Nederlandse tekst van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gebruikte begrip «familie- en gezinsleven».
- In de toelichting bij artikel I, onder A, in de tweede alinea, de zinsnede «dat de geboorteakte niet wordt belast met een rechtshandeling» vervangen door: dat in de geboorteakte geen rechtshandeling wordt opgenomen.