

Ingediend via www.internetconsultatie.nl

Ministerie van Algemene Zaken
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 13 juli 2023

dossiernummer: 204060
uw kenmerk: n.v.t.
telefoonnummer: +31 (0)6 21 55 66 58
e-mail: e.trinthamer@advocatenorde.nl


Betreft: voorstel van wet van het lid Stoffer houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot het opnemen in de Grondwet van een bepaling betreffende het gezin

Geachte heer/mevrouw,

Op 1 juni 2023 is de internetconsultatie met betrekking tot het voorstel van wet van het lid Stoffer, houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot het opnemen in de Grondwet van een bepaling betreffende het gezin, gepubliceerd. De NOvA heeft zijn adviescommissie familie- en jeugdrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,
b/a


mr. drs. W.M. van Tellingen
plaatsvervangend algemeen secretaris

Bezoekadres
Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

bijlage: advies van de adviescommissie familie- en jeugdrecht

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Aan:	algemene raad
Van:	wetgevingsadviescommissie familie- en jeugdrecht
Datum:	6 juli 2023
Betreft:	voorstel van wet van het lid Stoffer houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot het opnemen in de Grondwet van een bepaling betreffende het gezin

SAMENVATTING

Conclusie

De adviescommissie familie- en jeugdrecht (hierna “de commissie”) adviseert gematigd positief ten aanzien van een grondwettelijke regeling over ‘het gezin’. De commissie adviseert echter negatief over de huidige vorm en tekst van het voorstel van wet tot wijziging van de Grondwet door middel van toevoeging van het voorgestelde artikel 10a leden 1 tot en met 4.

De commissie is van mening dat het wetsvoorstel teveel op twee gedachten hinkt. Enerzijds wordt aangegeven dat de problematiek van de uithuisplaatsingen als gevolg van de kinderopvangtoeslagaffaire, de aanleiding vormt om het gezin op te nemen in de Grondwet. Anderzijds wordt in de memorie van toelichting het beschermen van de positie van het ‘gezin’ als zodanig beschouwd als voldoende reden en belang om deze samenlevingsvorm in de Grondwet te verankeren. Daarbij wordt aansluiting gezocht bij internationale verdragen en buitenlandse wetgeving.

Hierdoor ontstaat verwarring over de vraag wat het voorstel van wet nu precies beoogt te beschermen:

- 1) de bescherming van de (onmiskerbare) waarde, dat een kind bij voorkeur in gezinsverband opgroeit, zodat het gezin beter beschermd moet worden tegen overheidsingrijpen in de vorm van maatregelen van kinderbescherming, met als meest vergaande vorm een uithuisplaatsing?
- 2) of de bescherming van het gezin (een samenlevingsvorm) als zodanig?

Alvorens tot een goede wettekst te kunnen komen, dient volgens de commissie helderheid te bestaan over de doelstelling van de wetswijziging. Oftewel: eerst dient te worden vastgesteld welk recht de grondwettelijke bepaling beoogt te beschermen.

Afkadering

Dit advies heeft uitsluitend betrekking op de familierechtelijke aspecten van het voorstel tot wet. Buiten beschouwing is gelaten de vraag of het noodzakelijk en/of wenselijk is om een dergelijke bepaling in de Grondwet op te nemen of dat opneming in een andere wet, zoals Boek 1 BW, ook zou volstaan. Dat betreft namelijk een rechtstatelijk vraagstuk, dat de kennis van deze commissie te buiten gaat.

Voorts wijst de commissie nog specifiek op artikel 120 Grondwet. In hoeverre heeft de initiatiefnemer rekening gehouden met de consequenties van opneming van het voorgestelde artikel 10a in combinatie met artikel 120 Grondwet?

Het kabinet heeft in de 'hoofdlijnenbrief van 1 juli 2022' aangegeven er een voorstander van te zijn, dat rechters formele wetgeving kunnen toetsen aan de Grondwet.¹ Dan kunnen rechters de wet of een wetsbepaling buiten toepassing laten, wegens strijdigheid met de Grondwet. Daarbij gaat het om de zogenaamde "vrijheidsrechten".

Het is de vraag wat de impact is van het voorgestelde artikel 10a, zowel in de situatie waarin artikel 120 Grondwet nog van kracht is (de huidige situatie), als in de mogelijk toekomstige situatie na afschaffing of aanpassing van artikel 120 Grondwet.

Kernpunten

- De commissie is positief over het voornemen om de veilige bedding van een kind grondwettelijk te beschermen, met als doel dat daarmee zowel een negatieve verplichting grondwettelijk wordt vastgelegd (bescherming tegen ongeoorloofd overheidsingrijpen) als een positieve verplichting (opdracht aan de overheid om de problemen in de jeugdhulpverlening, waaronder de wachtlijstenproblematiek, op te lossen).
- De commissie is positief over het voornemen om 'het gezin' in de Grondwet te verankeren en te beschermen, waarmee wordt aangesloten op internationale verdragen, zoals op artikel 8 EVRM, mits duidelijk wordt gemaakt wat met 'gezin' precies wordt bedoeld.
- De commissie meent dat nu onduidelijk is welk recht het voorgestelde artikel 10a Grondwet nu precies beoogt te beschermen, waardoor de tekst van het artikel voor wat betreft de beide onder de eerste en tweede bullet genoemde doelstellingen tekortschiet.
- Wanneer het gaat om de bescherming van de veilige bedding van het kind tegen ongeoorloofd of onzorgvuldig overheidsingrijpen (in de vorm van maatregelen van kindbescherming en meer in het bijzonder uithuisplaatsingen), dan dient de nieuwe grondwettelijke bepaling daar volgens de commissie meer expliciet op te zijn toegespitst, zodat ouders daadwerkelijk een beroep kunnen doen op dit grondrecht (voor zover het eerder genoemde artikel 120 Grondwet daaraan niet in de wegstaat), in situaties vergelijkbaar aan de uithuisplaatsingen ten tijde van de kinderopvangtoeslagaffaire.
- Wanneer het gaat om de verankering van 'het gezin' als samenlevingsvorm in de Grondwet, dan meent de commissie dat een zodanig ruim begrip moet worden gehanteerd, dat niet alleen alle mogelijk denkbare gezinsvormen mét kinderen daaronder vallen (dus bijvoorbeeld ook de ouders van gelijk geslacht), maar ook de samenlevingsvormen zonder kinderen, teneinde ongelijkheid in de Grondwet te voorkomen. Immers alle vormen van samenleven (dus bijvoorbeeld ook de samenwoners zonder kinderen) hebben recht op bescherming tegen ongeoorloofd overheidsingrijpen. Dit roept onmiddellijk de vraag op of een eenpersoonshuishouden hier niet tekort wordt gedaan. Alleenstaanden worden wellicht beschermd door artikel 10 lid 1 Grondwet, maar die bescherming verschilt van de bescherming van artikel 10a Grondwet. Dit verschil is er alleen al omdat artikel 10a lid 2 Grondwet niet voor eenpersoonshuishoudens zal gelden.

¹ <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-a7bd1d41553e52ef29b8c3b6d91345364b9696eb/pdf>

ADVIES

Twee belangen

De commissie leest in de memorie van toelichting twee belangen die volgens de initiatiefnemer om grondwettelijke bescherming vragen:

- 1) Bescherming van de veilige bedding van het kind, zijnde in eerste instantie het thuisgezin. De grondwettelijke bescherming zou zowel een negatieve verplichting moeten inhouden (bescherming tegen ongeoorloofd overheidsingrijpen) als een positieve verplichting (opdracht aan de overheid om de problemen in de jeugdhulpverlening, waaronder de wachtlijstenproblematiek, op te lossen). Hierna zal dit belang worden aangeduid als **“het ten eerste te beschermen belang”**.
- 2) Bescherming van de samenlevingsvorm ‘gezin’ als zodanig (zie in dit verband pagina 21 MvT: “Het is ook opvallend dat de Grondwet wel in algemene zin de vrijheid van vereniging regelt om het belang van deze gemeenschappen te beschermen, maar dat de meest persoonlijke en intense ‘vereniging’ van het gezin buiten beeld blijft”). Hierna zal dit belang worden aangeduid als **“het ten tweede te beschermen belang”**

Het ten eerste te beschermen belang: bescherming veilige bedding kind (tegen overheidsingrijpen in de vorm van maatregelen van kindbescherming, meer in het bijzonder uithuisplaatsingen)

Voor zover het gaat om het eerstgenoemde belang adviseert de commissie om zulks meer expliciet in de tekst van de nieuwe grondwettelijke bepaling tot uiting te laten komen. Het grondrecht moet in dat geval zó worden geformuleerd, dat ouders en kinderen daar ook echt iets aan hebben, wanneer op dat grondrecht - zonder goede grond of op onzorgvuldige wijze - een inbreuk wordt gemaakt.

De memorie van toelichting vermeldt, dat de ouders een belangrijke rol vervullen als beschermende buffer tegenover de staat. De aanleiding voor het wetsvoorstel is de problematiek van de uithuisplaatsingen, als gevolg van de toeslagenaffaire.

De tekst van de toelichting brengt de commissie tot de kernvraag, wat men precies beoogt te beschermen met de toevoeging van artikel 10a aan de Grondwet: het gezin als zodanig of – in de kern – het kind en diens veilige bedding? Als wordt beoogd om het kind (en de ouders) te beschermen, met name tegen onterecht of onzorgvuldig overheidsingrijpen in de vorm van maatregelen van kindbescherming, dan moet het artikel daar explicieter op worden toegespitst. De commissie vraagt zich bovendien af hoe het kind, dat onderdeel van een gezin heeft uitgemaakt maar nu in een instelling verblijft, daarin wordt meegenomen.

Wanneer artikel 10a inderdaad beoogt om bescherming te bieden tegen onterechte en/of onzorgvuldige inbreuken op het gezinsleven, onder de noemer van ‘bescherming van de belangen van het kind’, dan dienen de volgende vragen te worden gesteld: Wat kunnen gezinnen in praktische zin met het voorgenoemde artikel? Wat hadden de ouders die zijn geraakt door de toeslagenaffaire aan dit artikel gehad als dit artikel al had bestaan? Hadden zij met de Grondwet in de hand een uithuisplaatsing van hun kind kunnen voorkomen, althans hun kind eerder kunnen terugkrijgen? Welke verplichting legt de overheid zichzelf op?

Als de Grondwetswijziging op dit gebied in een bescherming wil voorzien, dan komt de nu voorgestelde bepaling de commissie te algemeen voor c.q. dan zal verdere uitwerking daarvan, bijvoorbeeld in Boek 1 BW, noodzakelijk zijn. Zeker zolang artikel 120 Grondwet een beperking inhoudt inzake de toetsing ervan.

De praktijk

Een verzoek tot uithuisplaatsing wordt in de regel gedaan voor de duur van één jaar. Wanneer de rechter beslist dat er inderdaad een uithuisplaatsing moet volgen, dan is dit vaak in eerste instantie voor de duur van een half jaar. Het procedurele verzoek wordt vervolgens aangehouden, waarna later vaak ook het tweede deel van het verzoek (de tweede helft van een jaar) wordt toegewezen, aangezien de hulpverlening niet op gang komt binnen 6 maanden. Meestal ligt dat niet aan het kind of aan het gezin in kwestie, maar simpelweg aan de wachtlijsten. De jeugdhulpverlening schiet hopeloos te kort, waardoor de gewenste zorg niet ingezet kan worden. Het gevolg is dat een kind veel te lang uit huis geplaatst is en dit wordt in de regel in het nadeel van de ouders uitgelegd.

Al snel komt een nieuwe aanvraag voor een machtiging en volgt het tweede jaar van de uithuisplaatsing. In het begin wordt er gesproken over terugplaatsing naar vader en/of moeder. Wanneer het echter langer duurt, vergeet men vaak het idee van terugplaatsing.

Als een kind twee jaar uit huis geplaatst is, zal er een perspectiefbesluit moeten volgen. Met het perspectiefbesluit sorteert de hulpverlening voor op een verblijf van het kind in de nieuwe situatie en is er geen aandacht meer voor het werken aan terugkeer van het kind. Zeer regelmatig heeft men het dan niet meer over terugplaatsing, want daarvoor is het inmiddels al te lang geleden dat het kind thuis woonde. Ook wordt geregeld gesteld dat een kind inmiddels gewend is geraakt aan het pleeggezin. De redelijke termijn voor terugplaatsing wordt kortom te vaak (onnodig) overschreden, waardoor het kind niet meer terug komt bij moeder/vader/het gezin, ondanks dat ouders ervoor gevochten hebben én in gevallen aan alle voorwaarden hebben voldaan. Als een kind langer in een pleeggezin verblijft en er niet aan terugplaatsing wordt gewerkt, raakt een ouder vervolgens het gezag kwijt.

Ten aanzien van bovengenoemde en andere knelpunten verwijst de commissie voorts nog naar het artikel van mr. drs. A.G. Hendriks & mr. drs. I. Vledder, *Recht doen aan kinderen en ouders?*, naar het gelijknamige rapport van de reflectiecommissie familie- en jeugdrechters van de rechtbanken en gerechtshoven en naar de conclusie van de procureur generaal bij de Hoge Raad mr. Lückers.²⁷

Het uitgangspunt van de wetgever is dat een ondertoezichtstelling en een uithuisplaatsing een tijdelijk karakter hebben.³ Een van de doelen van deze kindbeschermingsmaatregelen is de hereniging tussen ouder en kind, zo volgt uit vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en Hoge Raad.⁴ In dit soort zaken wordt door de advocaten in de procedure betoogd, dat kinderen het recht hebben om op te groeien bij zijn/haar ouders (ex artikel 18 Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind, hierna: IVRK). De rol van ouders in de

² mr. drs. A.G. Hendriks & mr. drs. I. Vledder, "Recht doen aan kinderen en ouders?", *EB 2023 nr. 48*; <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Publicatie%20Reflectietraject%20Familie%20Jeugd.pdf>; Parket bij de Hoge Raad 17 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:310, overwegingen 3.19 t/m 3.22, 4.5, 4.8 en 4.9.

³ Kamerstukken II 2008/09, 32 015, nr. 3, p. 10 en 11.

⁴ EHRM 10 september 2019, 37283/13 (Strand Lobben e.a./Noorwegen); EHRM 10 maart 2020, 14625/16 (Hernehult/Noorwegen) en 39710/15 (Pedersen/Noorwegen); Parket Hoge Raad 9 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:812; HR 4 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1581, rov. 3.10 tot en met 3.16. Hoge Raad 7 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3034

opvoeding van hun kinderen dient door de Staat gerespecteerd te worden ex art. 5 IVRK. Een kind heeft het recht om op te groeien bij zijn/haar ouders en mag niet tegen zijn/haar wil van hen gescheiden worden, tenzij dit noodzakelijk is in het belang van het kind (art. 9 IVRK).

Uit de formulering van art. 9 IVRK volgt dat het scheiden van kinderen van hun ouders een uiterste maatregel betreft. Daarnaast moet de overheid, wanneer zij zich mengt in het gezinsleven van burgers, art. 8 EVRM in acht nemen, waarbij voldaan moet zijn aan de vereisten van subsidiariteit (is inmenging noodzakelijk?) en proportionaliteit (is dit de lichtste vorm van inmenging die mogelijk is?).

Indien een kind uit het gezin wordt geplaatst, heeft het ex. artikel 20 IVRK recht op bijzondere bescherming en bijstand van staatswege. De Staat dient zorg te dragen voor een passend alternatief verblijf. Ex art. 9 IVRK moet de rangorde gerespecteerd worden: eerst kijken of het kind terecht kan bij familie in ruimere zin (art. 5 IVRK), dan een vervangend gezin en pas als laatste mogelijkheid een passende residentiële instelling (artt. 23 en 24 IVRK). Daarnaast moet uiteraard bij een gesloten plaatsing art. 5 EVRM geborgd zijn: het is en blijft een vrijheidsberoving. Er moet bij een uithuisplaatsing regelmatig een evaluatie plaatsvinden ex art. 25 IVRK.

Al deze verdragsrechtelijke bepalingen zijn explicieter en duidelijker geformuleerd ter bescherming van het gezinsleven tegen inbreuken, dan de thans voorgestelde grondwettelijke bepaling. Ondanks het bestaan van de voornoemde bepalingen zien wij dat relatief snel overgegaan wordt tot uithuisplaatsing en dat de kansen van ouders in een dergelijke procedure niet groot zijn. Aangezien de jeugdhulpverlening na een uithuisplaatsing niet snel genoeg op gang komt, verstrijkt de eerste periode van de uithuisplaatsing, terwijl men moet wachten op het starten van de hulpverlening. Ouders proberen soms uit alle macht aan alle voorwaarden te voldoen, maar toch volgt dan vaak de beslissing dat het kind niet meer terugkeert naar het gezin. De jeugdhulpverlening, die gericht dient te zijn op een verblijf van het kind binnen het gezin, danwel een terugkeer van het kind naar het gezin, faalt en het gezin valt uit elkaar.

Kort gezegd, de commissie vraagt zich af wat ouders kunnen met het voorgenomen artikel in de Grondwet (nog los van de vraag of artikel 120 Grondwet daaraan in de weg staat). Wat kunnen zij met een beroep op de Grondwet dan meer doen, anders dan hun beroep op de bovengenoemde artikelen van het IVRK en het EVRM? Alhoewel de bepalingen uit het IVRK en het EVRM een bredere bescherming trachten te bieden dan het huidige voorstel biedt, blijkt in de praktijk dat in het juridische proces deze artikelen ook al weinig soelaas bieden.

Tussenconclusie

Kortom, de commissie adviseert gematigd positief (vanwege de bovenstaande problematiek) ten aanzien van het voornemen om in grondrechtelijke bescherming te voorzien, maar dan dient volgens de commissie de tekst van de bepaling veel explicieter op deze situaties te zijn toegesneden en dient de bepaling te zijn geschreven vanuit het belang van het kind en de bescherming van diens veilige bedding. In de memorie van toelichting zou voorts moeten worden toegelicht wat met de grondwettelijke verankering wordt beoogd en hoe daardoor in de praktijk meerwaarde kan ontstaan. Kunnen ouders bij de Raad voor de Kinderbescherming en de gecertificeerde instelling met de Grondwet in de hand meer druk uitoefenen, zodat hun recht op het gezinsleven ook daadwerkelijk beter wordt gewaarborgd (negatieve verplichting)? Zal de overheid op basis van het toegevoegde artikel 10a meer middelen beschikbaar maken voor het oplossen van de problemen in de jeugdhulpverlening (positieve verplichting)?

Daarvoor is het in ieder geval nodig dat de in de Grondwet op te nemen nieuwe bepaling veel specifiek op deze problematiek is toegesneden. De algemene bescherming van “het gezin” in de huidige tekstvorm draagt onvoldoende bij aan dit belang, denkt de commissie. Daarbij roept de term ‘het gezin’, althans de definitie daarvan de nodige vraagtekens op. Hier wordt hierna uitgebreider op ingegaan, bij de bespreking van het ten tweede te beschermen belang.

Het ten tweede te beschermen belang: de bescherming van ‘het gezin’ als samenlevingsvorm

De memorie van toelichting vermeldt dat, gelet op de maatschappelijke betekenis van het gezin, ‘het gezin’ specifieke vermelding in de Grondwet verdient. “Het is de taak van de overheid om op te komen voor de klassieke en sociale rechten van gemeenschappen, zoals het gezin”, aldus de Memorie van Toelichting. De initiatiefnemer vindt dat de overheid expliciet rekenschap moet geven van de gevolgen van beleid en wetgeving voor gezinnen.

De initiatiefnemer verwijst voor de reikwijdte van het begrip gezin naar de definitie van het CBS: “een huishouden dat bestaat uit een al dan niet gehuwd paar met thuiswonende kinderen of een alleenstaande ouder met thuiswonende kinderen”. Daarbij vermeldt het voorstel dat de situaties waarin kinderen opgroeien in de praktijk sterk kunnen verschillen om allerlei redenen. Het wetsvoorstel sluit niet op voorhand situaties uit van bescherming. De commissie zou in plaats daarvan adviseren om alle vormen *in te sluiten*.

Het voorstel geeft aan dat het niet gebruikelijk is om het begrip in de Grondwet nader te duiden. Ter afbakening acht de memorie van toelichting relevant:

- *Het voorstel beperkt zich tot de relatie tussen minderjarige kinderen en hun ouders of andere wettelijke vertegenwoordigers. Het is namelijk de situatie waarin sprake is van een opvoeden en opgroeien van kinderen, die beschermd moet worden.* De commissie ondersteunt dit, maar hier gaat het dan in wezen om “het ten eerste te beschermen belang”. In de formulering van het artikel dient in dat geval de bescherming van het kind en diens veilige bedding meer expliciet tot uitdrukking te komen.
- *In de tweede plaats gaat het voorstel uit van het kerngezin van ouder(s) en kind(eren). Dat is niet ingegeven door een miskennis van het belang van andere relaties – aldus de toelichting – maar door het gegeven dat het kerngezin internationaal gezien de harde kern uitmaakt van het recht op familieleven.* Volgens de commissie levert dit een discrepantie op met artikel 8 EVRM, waarop hierna wordt teruggekomen. Bovendien schuurt dit met het gelijkheidsbeginsel.
- *De initiatiefnemer heeft er bewust voor gekozen om het perspectief van de verschillende leefvormen niet expliciet te verankeren. Dit voorstel zet immers het gezin als fundamentele gemeenschap in de samenleving centraal, niet de vorm en samenstelling van het gezin.* De commissie is van mening dat gekozen zou kunnen worden voor het perspectief van het kind (bescherming van het belang van het kind om in gezinsverband op te groeien). Nu dat niet gedaan is, is er volgens de commissie geen goede grond om de leefvormen zonder kinderen niet grondwettelijk te beschermen.

Daarnaast meent de commissie dat – wanneer het gaat om het ten tweede te beschermen belang, te weten respect voor een samenlevingsvorm - ook samenlevingsvormen zónder kinderen beschermd moeten worden. De bijzondere positie van het gezin mét minderjarige kinderen zou kunnen worden gerechtvaardigd, met het oog op de bescherming van de belangen van kinderen,

maar uit de memorie van toelichting blijkt niet dat dat specifiek wordt beoogd. Wanneer ‘het gezin’ in algemene zin, derhalve als vorm van samenzijn, bescherming verdient, dan zou dit volgens de commissie ook moeten gelden voor samenlevingsvormen zonder kinderen (zoals kinderloze samenwoners, gehuwd of ongehuwd, de samenwonende broer en zus, etc.). Wanneer het gaat om de bescherming van economische, sociale en culturele belangen (een sociaal grondrecht), dan leidt het beschermen van ‘het gezin’ in de beperkte betekenis die het CBS daaraan geeft, volgens de commissie tot ongelijkheid in de Grondwet.

Vergelijking met artikel 8 EVRM

Artikel 8 EVRM bepaalt:

Lid 1: Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

Lid 2: Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

In de Nederlandse Grondwet is geregeld in:

Artikel 10: Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.

Artikel 12 lid 1: Het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner is alleen geoorloofd in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe bij of krachtens de wet is aangewezen.

Artikel 13: Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn brief- en telecommunicatiegeheim.

Het valt op dat zodoende alle elementen van artikel 8 lid 1 EVRM in de Grondwet zijn opgenomen, behalve “het recht op respect voor zijn familie- en gezinsleven”. De commissie is dan ook positief over het initiatief om het gezin ook een plek te geven in de Grondwet.

In deze context en betekenis zou de commissie echter een uitgebreider gezinsbegrip adviseren, dan slechts de samenlevingsvorm waartoe het minderjarige kind behoort. Immers, ook het EVRM gaat uit van een ruimer begrip.

Zulks wordt, op onderstaande wijze, helder op een rij gezet in een uitspraak van de Raad van State:⁵

- Om een beroep te kunnen doen op de bescherming die artikel 8 van het EVRM biedt, moet eerst worden vastgesteld of sprake is van familielevens, bedoeld in dat artikel.⁶
- Het primaire doel van artikel 8 van het EVRM is bescherming bieden tegen willekeurige inbreuken op het familielevens door de autoriteiten.⁷ Dit is de klassieke negatieve verplichting. De inbreuk wordt begrensd door de in artikel 8, tweede lid, van het EVRM neergelegde vereisten.

⁵ Raad van State 13 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2006.

⁶ Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, updated on 31 August 2021, p. 7.

⁷ EHRM 27 oktober 1994, *Kroon t. Nederland*, ECLI:CE:ECHR:1994:1027JUD001853591, punt. 31.

- Er kan ook een positieve verplichting voor een staat bestaan, die met zich brengt dat maatregelen worden getroffen, zoals het voorzien in een wettelijk en bestuurlijk kader, dat ertoe strekt het recht op familielevens te waarborgen.⁸
- Zowel in het geval van een positieve als negatieve verplichting, moet het bestuursorgaan een 'fair balance' treffen tussen de belangen van de betrokken individuen en de belangen van de gemeenschap als geheel.⁹ Een factor die bij die belangenafweging een rol kan spelen is de intensiteit van het tussen betrokkenen bestaande familielevens.¹⁰
- Familielevens ziet op uit een huwelijk voortkomende relaties en andere feitelijke familiebanden waar betrokkenen samenleven buiten een huwelijk of waar de feiten laten zien dat een relatie voldoende bestendig is.¹¹
- Het antwoord op de vraag of familielevens bestaat, is van feitelijke aard en hangt af van het bestaan van daadwerkelijke hechte persoonlijke banden. Een belangrijk bestanddeel van familielevens is het recht om samen te leven, zodat familiebanden zich kunnen ontwikkelen en leden van een familie in elkaars gezelschap kunnen verkeren.¹² Respect voor de eenheid van familie en familiehereniging in geval van (onvrijwillige) scheiding zijn onlosmakelijk verbonden met en moeten betrokken worden bij de overwegingen over het recht op familielevens als bedoeld in artikel 8 van het EVRM.¹³
- Familielevens kan bestaan tussen broers en zussen.¹⁴, ooms en tantes en neven en nichten.¹⁵ Tussen volwassenen en hun ouders en broers en zussen kan familielevens bestaan, zelfs als de volwassene nooit met zijn ouders en zussen heeft samengeleefd en de volwassene een eigen huishouden en familie heeft gevormd.¹⁶ Het EHRM heeft overwogen dat familielevens bestaat tussen naaste verwanten, bijvoorbeeld tussen grootouders en kleinkinderen, omdat naaste familieleden een belangrijke rol kunnen spelen binnen het familielevens.¹⁷

Tot slot wordt uitdrukkelijk verwezen naar de eerste 'Advisory opinion' van het EHRM van 10 april 2019 met nummer P16-2018-001 op prejudiciële vragen van het Franse Cour de Cassation. De prejudiciële vragen zagen op de vraag in hoeverre lidstaten in een situatie waarin een kind is geboren via hoogtechnologisch draagmoederschap verplicht zijn op grond van artikel 8 EVRM ook de ouder-kind-band met de genetisch niet verwante wensmoeder te erkennen of mogelijk te maken. Hierbij stelt het Franse Hof expliciet de vraag of het daarbij uitmaakt of het kind is geboren met een eikel van de wensmoeder. Eveneens rees de vraag of adoptie dan een voldoende middel is om een moeder-kindrelatie te creëren.

Uit het advies kan worden opgemaakt dat het nationale recht van een lidstaat een mogelijkheid moet bieden om de moeder-kind-band met de genetisch niet verwante wensmoeder (en naar wordt aangenomen ook de wensvader) te erkennen of te vestigen. Dit brengt het recht op respect voor het privéleven van het kind als bedoeld in artikel 8 EVRM met zich mee. Over de wijze waarop dit moet plaatsvinden geeft het advies geen uitsluitel. Wel valt uit het advies op te maken dat de

⁸ EHRM 13 juni 1979, *Marckx t. België*, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374, punt 31.

⁹ EHRM 28 november 1996, *Ahmut t. Nederland*, ECLI:CE:ECHR:1996:1128JUD002170293, punt 63.

¹⁰ EHRM 31 januari 2006, *Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*, ECLI:CE:ECHR:2006:0131JUD005043599, punt 39.

¹¹ EHRM 24 januari 2017, *Paradiso en Campanelli t. Italië*, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812, punt 140; EHRM 18 mei 2021, *Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland*, ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217, punt 59.

¹² EHRM 24 maart 1988, *Olsson t. Zweden*, ECLI:CE:ECHR:1988:0324JUD001046583, punt 59.

¹³ EHRM 10 september 2019, *Strand Lobben e.a. t. Noorwegen*, ECLI:CE:ECHR:2019:0910JUD003728313, punt 204.

¹⁴ EHRM 18 februari 1991, *Moustaquim t. België*, ECLI:CE:ECHR:1991:0218JUD001231386, punt 36.

¹⁵ EHRM 8 januari 2008, *Boyle t. het Verenigd Koninkrijk*, ECLI:CE:ECHR:2008:0108JUD005543400, punt 41-47.

¹⁶ EHRM 2 september 1997, *El Boujaïdi t. Frankrijk*, ECLI:CE:ECHR:1997:0926JUD002561394, punt 33.

¹⁷ EHRM 3 november 2016, *T.S en J.J. t. Noorwegen*, ECLI:CE:ECHR:2016:1011DEC001563315, punt 23.

relatie zo snel mogelijk moet kunnen worden erkend, zodat een kind niet te lang in onzekerheid verkeert. Na deze Advisory opinion heeft het EHRM meerdere uitspraken gegeven waaruit volgt dat niet-traditionele gezinsvormen ook recht op bescherming hebben, in het belang van het kind.

Hoewel in voornoemde rechtspraak een inbreuk op het privéleven werd aangemerkt (hetgeen al is verankerd in artikel 10 van de Grondwet), meent de Adviescommissie dat dit niet los gezien kan worden het gezinsleven, zoals dit ook gezamenlijk is verwoord in artikel 8 EVRM. De essentie is dan ook dat ieder gezin dat gevormd is – of de ouders nu van gelijk of verschillend geslacht zijn, of alleenstaand – bescherming en erkenning behoeft. De verankering van de bescherming van het gezinsleven in de Grondwet brengt dan ook met zich mee wat het EHRM verlangt van lidstaten, zoals Nederland.

Tussenconclusie

Voor zover het gaat om dit ten tweede genoemde belang van ‘erkenning van het gezin als zodanig, door opneming in de Grondwet’ kan de commissie dat op zichzelf ondersteunen. Het sluit immers aan op het EVRM en andere internationale verdragen om de bescherming van het gezin in de Grondwet te verankeren. De commissie zou dan echter wel een veel ruimere omschrijving van het begrip ‘gezin’ adviseren. Iedere gezinsvorm met één of meer kinderen (gehuwd of ongehuwd, van gelijk of van verschillend geslacht, gezinnen met kinderen van bekende of onbekende donors, of van een draagmoeder, alleenstaande ouders, lat-ouders, meer-oudergezinnen (drie of meer), etc. etc.) verdient erkenning en bescherming. Met name de niet-traditionele gezinsvormen worden op dit moment nog lang niet altijd beschermd, vanwege het ontbreken van wetgeving. Bovendien verdienen de samenlevingsvormen zonder kinderen (en ook alleenstaanden) eveneens de door artikel 10a leden 1 en 2 beoogde bescherming. Over het voorstel, om het gezinsleven grondwettelijke bescherming te geven, adviseert de commissie derhalve positief, onder de voorwaarde dat dit uitdrukkelijk zal gelden voor alle gezinsvormen aangezien alle verschillende vormen van samenleven gelijk bescherming verdienen.

Het recht van een ieder om zijn biologische ouders te kennen

Het voorgestelde lid 3 van artikel 10a: luidt: *“Ieder heeft het recht zijn biologische ouders te kennen, behoudens bij de wet te bepalen uitzonderingen”*.

De MvT licht op pagina 26 vrij kort toe welk belang met deze wettelijke regeling zou worden gediend. De ontwikkeling, in die zin dat er steeds meer inzicht ontstaat in het fundamentele belang van kinderen om hun biologische ouders te kennen, moet inderdaad worden onderkend. De commissie is dan ook positief over het voornemen om dit recht in wetgeving te verankeren. In hoeverre deze regeling een plaats in de Grondwet moet krijgen, is voor de commissie niet te overzien. Een dergelijke regeling zou volgens de commissie ook in Boek 1 titel 1 BW een plaats kunnen krijgen.

Ook hier geldt dat de commissie wil wijzen op de consequenties van het bestaan van artikel 120 Grondwet, maar ook voor de gevolgen (bijvoorbeeld voor de Donorwet) wanneer artikel 120 Grondwet zou worden afgeschaft.

ARTIKELSGEWIJS COMMENTAAR

Artikel 10a lid 1

Zoals hiervoor toegelicht, stelt de commissie dat eerst dient te worden beslist welk recht de regeling beoogd te beschermen, alvorens de tekst te kunnen vaststellen.

In aanvulling daarop zet de commissie vraagtekens bij het begrip 'morele belangen' van een kind. Voor zover de commissie bekend, komt dit begrip op geen enkele andere plaats in de Nederlandse wetgeving voor.

Artikel 10a lid 2

Het artikellid is heel ruim geformuleerd. Voor de commissie is de impact en de toegevoegde waarde ervan, mede in combinatie met artikel 120 Grondwet, moeilijk te beoordelen. Het artikellid lijkt een sociaal grondrecht, derhalve een positieve verplichting voor de Staat in te houden. De commissie vreest dat er ongelijkheid ontstaat, wanneer de economische, sociale en culturele bescherming van 'het gezin' grondwettelijk is vastgelegd, terwijl dit voor alleenstaanden niet het geval is. Wanneer het begrip 'gezin' wordt beperkt tot allerlei varianten van huishoudens waarin een kind opgroeit (zoals de MvT verwoordt), dan vallen bovendien de samenlevers zónder kinderen buiten de boot.

Artikel 10a lid 3

Ten aanzien van de formering van het artikellid als zodanig wenst de commissie nog het volgende onder de aandacht te brengen. Wat wordt verstaan onder 'biologische ouders'? Men zal hier doelen op de zaaddonor en de eiceldonor. Heeft de initiatiefnemer hier enkel de genetische ouders op het oog? Of heeft een ieder bijvoorbeeld ook het recht om de draagmoeder/de bevallene te kennen, met wie geen genetische band bestaat? De commissie adviseert om eerst alle mogelijke vormen van ouderschap in kaart te brengen, alvorens tot de formulering van dit artikellid te komen.

Artikel 10a lid 4

Dit artikelonderdeel is dermate bestuurlijk van aard, dat de commissie daar niet goed over kan adviseren.

Duidelijk is dat lid 4 volgt op lid 2. Ook hier geldt dus de belangrijke opmerking van de commissie, dat de gelijkheid in het geding is wanneer het gezin (in tegenstelling tot andere samenlevingsvormen en individuen) grondwettelijke bescherming krijgt, zowel een verworven vrijheidsrecht, als een sociaal grondrecht.

Artikel 10a lid 4 lijkt te zijn voorgesteld in navolging van artikel 23 lid 8 Grondwet. Het is de commissie niet bekend in hoeverre deze verslaggeving op grond van artikel 23 lid 8 Grondwet tot positieve ontwikkelingen heeft geleid.