

Het juridisch ouderschap: meer dan alleen biologische afstamming

Onderzoek naar het wettelijk vastleggen van het duomoederschap

Masterscriptie
Universiteit van Tilburg

door

Jolien Witsmeer

Vanaf het begin van mijn studie ben ik geïnteresseerd geweest in het privaatrecht en vond ik de colleges binnen dit rechtsgebied ontzettend boeiend. Het student-assistentschap bij de vakgroep privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg heeft mijn interesse nog meer gewekt doordat ik mij verder kon verdiepen in de literatuur en jurisprudentie. De interessante colleges van prof. mr. P. Vlaardingerbroek hebben mijn interesse voor het personen- en familierecht in het bijzonder gewekt. Mede hierdoor is mijn keuze bevestigd om in de advocatuur te willen gaan werken binnen het personen- en familierecht. Tijdens een college van afstammingsrecht ben ik op het onderwerp van mijn scriptie gekomen. Ik kon mij namelijk niet goed vinden in het nadelige onderscheid dat werd gemaakt tussen kinderen die werden geboren uit een relatie van een man en vrouw en binnen een relatie van twee vrouwen. Ik ben mij gaan verdiepen in de rechtspositie van deze kinderen en de duomoeders en zodoende tot deze scriptie gekomen.

Allereerst wil ik mijn scriptiebegeleider prof. mr. P. Vlaardingerbroek ontzettend bedanken voor de goede en fijne begeleiding. Zijn betrokkenheid en constructieve opmerkingen hebben mijn scriptie gemaakt tot wat het nu is. Daarnaast bedank ik mijn tweede begeleider mr. R. de Jong.

Mede dankzij mijn vrienden heb ik een onvergetelijke studietijd gehad en hen wil ik hiervoor dan ook bedanken. Mijn ouders dank ik voor alle jaren dat zij naar mij hebben geluisterd, met mij hebben meegedacht en mij financieel hebben gesteund. In het bijzonder wil ik Jannis bedanken voor zijn steun en liefde en de hulp die hij mij heeft gegeven tijdens het schrijven van mijn scriptie.

Het onderzoek is afgesloten op 16 maart 2010.

Jolien Witsmeer

Voorwoord

Inleiding

Hoofdstuk 1: Het afstammingsrecht

§ 1.1 Inleiding

§ 1.2 De wijzigingen binnen het afstammingsrecht

§ 1.2.1 *De invoering van de herziening van het afstammings- en adoptierecht*

§ 1.2.2 *De veranderingen na 1 april 1998*

§ 1.3 Het hedendaagse afstammingsrecht

§ 1.3.1 *Afstamming en de familierechtelijke betrekking*

§ 1.3.2 *Het moederschap*

§ 1.3.3 *Het ontstaan van het vaderschap*

§ 1.3.4 *De juridische mogelijkheden voor de vrouwelijke partner, de duomoeder*

§ 1.4 Tot slot

Hoofdstuk 2: Een goede situatie voor het kind geboren binnen een lesbische relatie

§ 2.1 Inleiding

§ 2.2 Rapport Lesbisch Ouderschap

§ 2.3 Visies en voorstellen uit de literatuur op de positie van het ouderschap

§ 2.3.1 *Een eigen rechtsfiguur voor het duomoederschap*

§ 2.3.2 *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht*

§ 2.3.3 *Procreatieve verantwoordelijkheid*

§ 2.4 Jurisprudentie

§ 2.5 Rapport Forder

§ 2.6 Een nieuw wetsvoorstel

§ 2.7 Tot slot

Hoofdstuk 3: Wetsvoorstel lesbisch ouderschap

§ 3.1 Inleiding

§ 3.2 De wijzigingsvoorstellen

§ 3.3 Rapporten van de commissie Kalsbeek en prof. mr. C. Forder

§ 3.4 Een progressieve ontwikkeling

§ 3.4.1 *Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder*

§ 3.4.2 *Verzoek tot vernietiging van de door de duomoeder gedane erkenning*

§ 3.4.3 Verzoek tot vernietiging van een erkenning door de verwekker en zaaddonor

§ 3.4.4 Onderhoudsplicht jegens het kind

§ 3.4.5 Een nieuwe rechtsfiguur of meer dan twee ouders

§ 3.5 Alles op één hoop?

§ 3.5.1 Juridisch ouderschap van rechtswege

§ 3.5.2 Ontkenning van het door huwelijk ontstane moederschap

§ 3.5.3 Verzoek tot vervangende toestemming door de duomoeder

§ 3.5.4 De gerechtelijke vaststelling ouderschap

§ 3.5.5 Terugdraaien van de versoepelde adoptieregels

§ 3.6 Tot slot

Hoofdstuk 4: Conclusies en aanbevelingen

§ 4.1. Inleiding

§ 4.2. De bescherming van een kind geboren binnen een lesbische relatie

§ 4.3. Aanbevelingen

§ 4.4 Tot slot

Literatuurlijst

Jurisprudentieregister

Per dag worden er ongeveer 500 kinderen in Nederland geboren.¹ Wanneer een kind geboren wordt uit de relatie van een man en een vrouw die ten tijde van de geboorte met elkaar gehuwd zijn, is het kind direct verzekerd van twee juridische ouders. Als de man en de vrouw niet zijn gehuwd, kunnen zij het kind al voor de geboorte door de vader laten erkennen of kort na de geboorte en is het alsnog snel voorzien van twee ouders. Wanneer een kind geboren wordt bij een al dan niet gehuwd lesbisch paar, is alleen de vrouw uit wie het kind is geboren, de juridische moeder. De duomoeder kan wel juridisch ouder worden van het kind, maar dit is alleen mogelijk door middel van adoptie. Hiervoor moeten de duomoeders naar de rechter en zullen zij tevens een advocaat moeten inschakelen. Dit maakt de procedure langdurig en kostbaar. Paren die zich aanmelden voor een adoptieprocedure dienen rekening te houden met een totale wachttijd van minimaal drie tot maximaal vijf jaar en de kosten die hiermee gemoeid zijn kunnen tot in de tienduizenden euro's lopen.² Voor veel paren is dit niet te bekostigen en is het juridisch ouderschap voor hen niet realiseerbaar. Eind 2008 is beslist dat adoptieouders een eenmalige inkomensafhankelijke bijdrage³ zullen ontvangen die is bedoeld als tegemoetkoming in de voor een adoptie gemaakte kosten.⁴ Deze bijdrage – die overigens alleen geldt voor interlandelijke adoptie – vervangt de regeling die per 1 januari 2009 is komen te vervallen waarbij de kosten als buitengewone uitgaven konden worden opgevoerd bij de Belastingdienst.⁵ Ondanks deze bijdrage, blijft het voor velen alsnog een te kostbare procedure. De duizenden kinderen die opgroeien bij een lesbisch (echt)paar verkeren jarenlang in een juridische onzekerheid doordat de duomoeder die het kind mee opvoedt dus eerst de procedure van adoptie moet doorlopen, voordat zij haar moederschap kan veiligstellen.⁶ Als de juridische moeder wegvalt is het niet zeker dat het kind bij de duomoeder kan blijven.⁷ Ook wanneer de duomoeder zich na de geboorte van het kind onttrekt aan haar verantwoordelijkheden jegens het kind, kan de moeder haar hier niet op aanspreken. Het ontbreken van een tweede juridisch ouder kan dus voor problemen zorgen omtrent de zorg voor het kind en tevens ten aanzien van het erfrecht en kinderalimentatie. Een kind kan zelf niet kiezen waar het geboren wordt en dan is het vreemd dat – gelet op het belang van het kind dat hoog in het vaandel staat – het kind geboren bij een lesbisch stel juridisch een zwakkere positie heeft dan het kind geboren bij een vader en een moeder. Ik stel mij hierbij dan ook de volgende onderzoeksvraag:

¹ <www.cbs.nl>.

² <www.adoptie.nl>.

³ Deze bijdrage is thans vastgesteld op € 3700,- en zal jaarlijks worden geïndexeerd.

⁴ Brief Tweede Kamer Nieuwe regeling financiële tegemoetkoming adoptiekosten, p. 2; zie <www.justitie.nl/images/Brief%20TK%20Tegemoetkoming%20adoptiekosten_tcm34-148982.pdf>. Zie ook <agentschap.szw.nl/index.cfm?fuseaction=dsp_rubriek&rubriek_id=392580&menu_item=14780>.

⁵ Er wordt nog aan gewerkt en derhalve zijn de bedragen nog niet definitief. De relevante wet- en regelgeving is dan ook nog niet in werking getreden en beoogd wordt om dit met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2009 te laten gebeuren. Zie <www.agentschap.szw.nl/index.cfm?fuseaction=dsp_document&link_id=163385>.

⁶ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nr. 60.

⁷ Indien het kind is geadopteerd door de duomoeder is dit wel mogelijk, maar gedurende de adoptieprocedure blijft het alsnog onzeker.

‘Welke juridische maatregelen kunnen er worden genomen om de rechtspositie van een al dan niet gehuwd lesbisch paar te verbeteren en een goede situatie te creëren voor het kind dat wordt geboren binnen de relatie van deze twee vrouwen?’

Door de ontwikkeling van moderne bevruchtingstechnieken, zoals kunstmatige inseminatie en in vitro fertilisatie, maar ook door middel van draagmoederschap worden er steeds meer kinderen geboren bij twee vrouwen of twee mannen. Sinds 2001 is het voor deze paren wettelijk toegestaan om met elkaar in het huwelijk te treden⁸ en een kind te adopteren⁹. Voor lesbische paren geldt vanaf 2002 dat zij van rechtswege het gezag over de kinderen krijgen die binnen hun huwelijk of geregistreerd partnerschap worden geboren, tenzij deze kinderen al in een familierechtelijke betrekking staan tot een ander.¹⁰ Dit geldt niet ten aanzien van twee mannen, omdat hun situatie verschilt met een lesbische relatie. Er kan immers geen kind worden geboren binnen een relatie van twee mannen en derhalve laat ik twee mannen dan ook in het geheel buiten beschouwing.

Voor paren van hetzelfde geslacht werd dus wel steeds meer wettelijk geregeld om hun juridische positie te verbeteren. In 2006 werd het wetsvoorstel ‘Adoptie door homoparen’ ingediend, dat beoogde de adoptiebepalingen te versoepelen.¹¹ Dit was volgens de Tweede Kamer een stap in de goede richting, maar nog niet voldoende. In het voorjaar van 2007 werd een motie van lid Pechtold aangenomen.¹² Volgens deze motie zouden de rechtsfiguren erkenning en ouderschap van rechtswege ook mogelijk moeten zijn voor de duomoeder. Mede naar aanleiding van deze motie is de Commissie Kalsbeek gevraagd te onderzoeken of er nog andere manieren zijn dan adoptie, om het ouderschap van de duomoeder op eenvoudige wijze te verkrijgen. De commissie heeft dit onderzocht en geconcludeerd dat er twee juridische mogelijkheden bestaan voor de duomoeder om juridisch ouder te worden: erkenning door de duomoeder bij niet gehuwde lesbische ouders en het van rechtswege ouder worden van de duomoeder bij gehuwde lesbische ouders. Daarnaast gaf de commissie het advies voor het verkorten van de adoptieprocedure. Het advies voor de verkorting heeft het kabinet overgenomen. Tevens is de Wet opnemering buitenlandse kinderen ter adoptie (hierna: Wobka) opengesteld voor paren van gelijk geslacht, waardoor ook deze paren een kind uit het buitenland kunnen adopteren. Deze wet is in werking getreden op 1 januari 2009.¹³ Voorwaarde is wel dat het land van herkomst een kind ter beschikking stelt aan een paar van gelijk geslacht. Ten aanzien van de twee juridische mogelijkheden voor een duomoeder om juridisch ouder te worden van een kind, heeft het kabinet aangegeven dit mogelijk te willen gaan maken.¹⁴ In maart 2009 is

⁸ Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 9.

⁹ Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 10.

¹⁰ Wet van 4 oktober 2001, *Stb.* 2001, 544.

¹¹ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 673, nr. 3.

¹² *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nr. 60.

¹³ Wet van 24 oktober 2008, *Stb.* 2008, 425.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 551, nr. 22, p. 1.

daarvoor allereerst een rapport opgemaakt door professor Caroline Forder¹⁵ over de positie van de biologische vader in een dergelijke situatie en de afstammingsinformatie. Vervolgens is er een conceptwetsvoorstel opgesteld waarin de wetgever de mogelijkheid heeft gecreëerd tot erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder van het kind en moederschap van rechtswege.¹⁶ Tevens is hierin de gerechtelijke vaststelling ouderschap van de duomoeder en de uitbreiding van de onderhoudsplicht jegens het kind conform art. 1:394 BW voorgesteld. Dit artikel geldt tot op heden alsnog alleen voor de verwekker van het kind of de mannelijke instemmende levensgezel van de moeder.

In mijn scriptie ga ik bekijken of de voorgestelde wijzigingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) juiste beslissingen zijn om de rechtspositie van de duomoeders en het kind te verbeteren. Om hier een antwoord op te kunnen geven is het allereerst belangrijk te weten welke ontwikkelingen zich in het afstammingsrecht hebben voorgedaan en welke regels er nu gelden ten aanzien van het ouderschap, voor zowel mannen en vrouwen als voor duomoeders. Er is in de afgelopen ruim tien jaar veel veranderd in de wet en door deze vele wijzigingen is het moeilijk een goed beeld te vormen van de huidige regels. Pas wanneer dit overzicht in kaart is gebracht, is het mogelijk te bezien wat er aangepast kan en dient te worden. Dit zal ik gaan beschrijven in hoofdstuk 1. Vervolgens ga ik in hoofdstuk 2 uiteenzetten wat de huidige visies in de literatuur en jurisprudentie zijn ten aanzien van het lesbisch ouderschap. Deze visies kunnen behulpzaam zijn bij het beoordelen van de voorgestelde wijzigingen en het doen van aanbevelingen. De rapporten van de commissie Kalsbeek en Forder hebben een grote bijdrage geleverd aan het voorgestelde wetsvoorstel en deze worden derhalve ook uitgebreid besproken in dit hoofdstuk. In hoofdstuk 3 komt het wetsvoorstel uitvoerig aan bod. In dit hoofdstuk zet ik de voorgestelde wijzigingen uiteen, ga ik in op de aspecten die mijns inziens tot juiste veranderingen leiden, maar bespreek ik ook de knelpunten van het wetsvoorstel. In hoofdstuk 4 sluit ik af met een conclusie en aanbevelingen.

Om mijn onderzoeksvraag te beantwoorden maak ik gebruik van literatuuronderzoek en theoretisch onderzoek. Om de problemen rondom lesbisch ouderschap te analyseren zal ik juridische handboeken, proefschriften, parlementaire stukken en rechtswetenschappelijke artikelen raadplegen. Tevens gebruik ik Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, het nieuwe wetsvoorstel ten aanzien van Boek 1 BW, de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, de Wobka en uitspraken van rechterlijke instanties. Met behulp van deze bronnen kan ik onderzoeken wat de knelpunten zijn en sluit ik af met aanbevelingen ten aanzien van dit nieuwe wetsvoorstel.

¹⁵ Forder is bijzonder hoogleraar Europees Familierecht aan de Universiteit Maastricht.

¹⁶ <www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/document/61>.

Hoofdstuk 1: Het afstammingsrecht

§ 1.1 Inleiding

In dit eerste hoofdstuk van mijn scriptie zal ik een beeld schetsen van de huidige rechtsregels van het afstammingsrecht, titel 11 van Boek 1 van het BW, dat de basis zal vormen voor mijn onderzoek. Allereerst zet ik wijzigingen binnen het afstammingsrecht uiteen. Hierbij begin ik met de invoering van de herziening van het afstammingsrecht op 1 april 1998 (§ 1.2.1) en schets ik daarna de belangrijkste veranderingen die hierna nog hebben plaatsgevonden (§ 1.2.2). Vervolgens zal ik een beeld vormen van het hedendaagse afstammingsrecht en de rechtspositie van de duomoeders. Om van deze rechtspositie een beeld te kunnen vormen, zet ik eerst de ontstaanswijze van het ouderschap voor de moeder (§ 1.3.2) en de vader (§ 1.3.3) uiteen en beschrijf ik achtereenvolgens de juridische mogelijkheden voor de duomoeders (§ 1.3.4).

§ 1.2 De wijzigingen binnen het afstammingsrecht

§ 1.2.1 De invoering van de herziening van het afstammings- en adoptierecht

Op 1 april 1998 is het afstammings- en adoptierecht ingrijpend gewijzigd.¹⁷ Bij die wijziging is er zoveel mogelijk rekening gehouden met de veranderingen die zich in de voorafgaande jaren hadden voorgedaan binnen de Nederlandse samenleving.¹⁸ Er is in belangrijke mate en meer dan voorheen aansluiting gezocht bij de natuurlijke afstamming.¹⁹ Voor 1998 werden de benamingen *wettige*, *onwettige* en *natuurlijke* kinderen gebruikt, maar deze termen zijn bij de herziening komen te vervallen.²⁰ Er werd vervolgens alleen nog gesproken van een familierechtelijke betrekking tussen een ouder en een kind.²¹ Andere belangrijke wijzigingen zijn de invoering van de begrippen *biologische vader*, *verwekker* en *donor*²² (§ 1.3.1) en de gelijkstelling tussen de man en de vrouw ten aanzien van het ontkennen van het door het huwelijk ontstane vaderschap. De man was hiertoe al gerechtigd, maar de termijn is verruimd en hij kan vanaf 1998 ontkennen tot een jaar nadat hij bekend is geworden met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologische vader is. De moeder is nu ook gerechtigd dit te ontkennen, zij het dat dit binnen een jaar na de geboorte van het kind moet.²³ Het kind heeft deze mogelijkheid ook gekregen.²⁴ Grond voor de ontkenning is het feit dat de vader niet de biologische vader is van het kind (art. 1:200 lid 1 BW). Tevens is sinds april 1998 de nieuwe bepaling opgenomen dat wanneer een kind geboren wordt na de echtscheiding van de ouders, het

¹⁷ Wet van 24 december 1997, *Stb.* 772 (Kamerstukken 24 649). Zie ook de Aanpassingswet afstammingsrecht Wet 24 december 1997, *Stb.* 773, beiden in werking getreden op 1 april 1998.

¹⁸ Zie hiervoor Vlaardingerbroek 2008, p. 1-4.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1996/97, 24 649, nr. 6, p. 2.

²⁰ Wet van 24 december 1997, *Stb.* 772.

²¹ Vlaardingerbroek 2008, p. 198.

²² Dit onderscheid is juridisch van belang, daar het verschillende rechtsgevolgen oplevert.

²³ Laemers & Miltenburg 1996, p. 7.

²⁴ Vlaardingerbroek 2008, p. 199.

alleen in familierechtelijke band staat tot de moeder. Het juridisch moederschap is in de wet vastgelegd en daarin is bepaald dat de juridische moeder de vrouw is, uit wie het kind is geboren of de vrouw die een kind heeft geadopteerd.²⁵ Bij de herziening is in de wet ook een nieuwe rechtsfiguur – de gerechtelijke vaststelling vaderschap – opgenomen. Daarin is uitdrukkelijk bepaald dat de vaststelling alleen mogelijk is wanneer het gaat om de verwekker of degene die als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met de daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad.²⁶ De schriftelijke toestemming van de moeder ten aanzien van het verzoek van de man die haar kind wil erkennen is wel gehandhaafd.²⁷ Ondanks dat de vereiste, schriftelijke toestemming van de moeder als een bescherming kon worden gezien tegen een ongewilde erkenning waarbij een man zich als vader van haar kind wil opwerpen, is het thans mogelijk om – naast de gevallen van misbruik van de bevoegdheid van de moeder – te erkennen tegen de wens van de moeder in, indien de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zal schaden.²⁸ Toestemming van het te erkennen kind was tot 1 april 1998 pas vereist wanneer het kind meerderjarig was. Nu moet het kind zelf schriftelijk toestemming geven als het twaalf jaar of ouder is.²⁹ Ten aanzien van paren van hetzelfde geslacht is het sinds de herziening mogelijk om bij de rechter een gezamenlijk verzoek in te dienen, hen te bekleden met gezamenlijk gezag van een ouder en een niet-ouder (art. 1:253t BW).

§ 1.2.2 De veranderingen na 1 april 1998

Na de herziening van het afstammingsrecht in 1998 is op 1 april 2001 het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht opengesteld (Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 9) en werd voor hen tegelijkertijd adoptie mogelijk gemaakt (Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 10). Voor twee vrouwen die zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan geldt – sinds 1 januari 2002 (Wet van 4 oktober 2001, *Stb.* 2001, 544) – dat zij van rechtswege het gezamenlijk gezag hebben over de kinderen die binnen hun relatie worden geboren, tenzij deze kinderen al in een familierechtelijke betrekking staan tot een ander (art. 1:253sa BW). De meest recente wijziging dateert van 1 januari 2009 (Wet van 24 oktober 2008, *Stb.* 2008, 425). Met deze wet is de Wobka opengesteld voor paren van gelijk geslacht, is de eenouderadoptie verkort en zijn de regels voor lesbische paren versoepeld. Zo is de vereiste samenlevingstermijn van drie jaar voorafgaand aan het verzoek tot adoptie komen te vervallen wanneer het kind is geboren binnen de relatie van de moeder en vrouwelijke partner. Hierdoor kan de adoptie reeds ten tijde van de geboorte van het kind haar werking hebben.³⁰

²⁵ Art. 1:198 BW.

²⁶ Van Mourik & Nuytinck 2006, p. 179-181.

²⁷ Laemers & Miltenburg 1996, p. 7.

²⁸ Art. 1:204 lid 3 BW.

²⁹ Vlaardingerbroek 2008, p. 232.

³⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 3, p. 3.

§ 1.3 Het hedendaagse afstammingsrecht

§ 1.3.1 Afstamming en de familierechtelijke betrekking

Het afstammingsrecht regelt de familierechtelijke betrekkingen tussen een kind, zijn ouders en hun bloedverwanten.³¹ Bloedverwantschap wordt omschreven als: “Bloedverwantschap is de betrekking tussen personen, die de een van de ander afstammen dan wel een gemene stamvader of stammoeder hebben. Bloedverwantschap ontstaat ook door erkenning, door gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en door adoptie.”³²

Wanneer er een familierechtelijke betrekking bestaat, is er sprake van een juridische relatie en zijn daaraan rechten, plichten en verantwoordelijkheden verbonden. De rechtsbetrekking tussen het kind en de ouder(s) wordt het ouderschap genoemd.³³ Er zijn drie soorten ouderschappen,³⁴ maar daar is niet altijd een familierechtelijke betrekking aan verbonden. Het *juridisch ouderschap* heeft deze familierechtelijke relatie wel. Bij het *biologisch ouderschap* bestaat er alleen een genetische band. Voor mannen is er geen verschil tussen biologisch en genetisch, bij vrouwen is dit verschil er wel. Een vrouw is zowel de biologische als genetische moeder, wanneer haar eikel is bevrucht en zij zelf het kind baart. Indien een vrouw een eikel van een andere vrouw uitdraagt, is zij wel de biologische, maar niet de genetische moeder. Dit is de vrouw waarvan de eikel afkomstig is. De derde variant is het *sociaal ouderschap*. Hierbij is enkel sprake van een opvoedings- en verzorgingsrelatie.³⁵ Naast de ouders kunnen ook anderen in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan, zoals de grootouders of andere naaste verwanten. Deze verschillende betrekkingen tussen personen die deel uitmaken van een bepaald gezin of een bepaalde familie worden samen het familie- en gezinsleven genoemd.³⁶ Dit recht is vastgelegd in art. 8 EVRM en indien er een nauwe persoonlijke betrekking aanwezig is, is er sprake van *family life*.

Bij de invoering van het nieuwe afstammingsrecht in 1998 zijn de termen *verwekker*, *biologische vader* en *donor* geïntroduceerd. De verwekker is de man die met de moeder op natuurlijke wijze – via geslachtsgemeenschap – het kind heeft doen ontstaan. De verwekker is altijd de biologische vader. De biologische vader is de man die een genetische band heeft met het kind. Dit kan dus de verwekker zijn, maar ook de donor. De donor staat zijn zaad af ten behoeve van kunstmatige (donor)inseminatie en is derhalve niet de verwekker.³⁷ Echter, bewijzen dat de man donor is en geen verwekker, is lastig. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de man overtuigend moet bewijzen dat hij niet de verwekker is. Wanneer hij de biologische vader is en stelt niet de verwekker te zijn van het kind (hij meent bijv. alleen spermadonor te zijn geweest), moet hij bewijzen dat hij louter biologisch vader is en dat er geen sprake was van geslachtsgemeenschap. Indien hij dit onvoldoende

³¹ Art. 1:197 BW.

³² Asser-De Boer 2006, p. 36.

³³ Vlaardingerbroek 2008, p 197.

³⁴ Juridisch, biologisch en sociaal ouderschap.

³⁵ Vlaardingerbroek 2008, p 203.

³⁶ Vlaardingerbroek 2008, p 10.

³⁷ Vlaardingerbroek 2008, p 198-199.

aannemelijk heeft kunnen maken, wordt er in het voordeel van de vrouw beslist.³⁸ Een donor zal er dus voor moeten zorgen dat hij bewijs heeft wanneer de vrouw – die stelt dat het kind met de man op natuurlijke wijze is verwekt – hem aanspreekt op onderhoudsplicht jegens het kind op grond van art. 1:394 BW.

In titel 11 van Boek 1 van het BW wordt bepaald wie in een familierechtelijke betrekking staan tot elkaar. Voor de moeder, de vader en de duomoeder ontstaat het juridisch ouderschap op verschillende manieren.

§ 1.3.2 Het moederschap

Krachtens art. 1:198 BW is de moeder de vrouw die het kind baart of die het kind heeft geadopteerd. Dit is sinds 1 april 1998 wettelijk vastgelegd. Het moederschap kan alleen overgaan op een andere vrouw wanneer de moeder afstand doet van het moederschap gevolgd door adoptie.³⁹ Ook de draagmoeder die na de geboorte het kind afstaat aan de wensouders is dus op grond van de wet de moeder van het kind, aangezien zij het ter wereld brengt. De wensmoeder wordt pas na de adoptie juridisch moeder.

§ 1.3.3 Het ontstaan van het vaderschap

Art. 1:199 BW bepaalt dat de vader van een kind is, de man:

- a. die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind is geboren, is gehuwd, tenzij onderdeel b geldt;*
- b. wiens huwelijk met de vrouw uit wie het kind is geboren, binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind door zijn dood is ontbonden, zelfs indien de moeder was hertrouwd; indien echter de vrouw sedert de 306de dag voor de geboorte van het kind was gescheiden van tafel en bed of zij en haar echtgenoot sedert dat tijdstip gescheiden hebben geleefd, kan de vrouw binnen een jaar na de geboorte van het kind ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand verklaren dat haar overleden echtgenoot niet de vader is van het kind, van welke verklaring een akte wordt opgemaakt; was de moeder op het tijdstip van de geboorte hertrouwd dan is in dat geval de huidige echtgenoot de vader van het kind;*
- c. die het kind heeft erkend;*
- d. wiens vaderschap gerechtelijk is vastgesteld; of*
- e. die het kind heeft geadopteerd.*

Op grond van art. 1:199 sub a en b BW ontstaat er een familierechtelijke betrekking tussen de man en het kind wanneer hij is gehuwd met de moeder van het kind. Hij hoeft echter niet de biologische vader te zijn. Gehuwd zijn met de moeder van het kind ten tijde van de geboorte is voldoende om als vader van het kind te worden aangemerkt. Ook wanneer de man is overleden, wordt hij vermoed vader van het kind te zijn wanneer het kind binnen 306 dagen na de huwelijksontbinding wordt geboren. Het is evenwel goed mogelijk dat de overleden man niet de verwekker is van het kind, maar de man waarmee de moeder is hertrouwd. Voor de moeder staat dan de mogelijkheid open om het

³⁸ HR 26 juni 2009, LJN: BH2250.

³⁹ Vlaardingerbroek 2008, p. 206.

vaderschap van de overleden man – zonder rechterlijke procedure – te ontkennen krachtens art. 1:200 lid 1 BW, op de grond dat de man niet de biologische vader is. De man waarmee de vrouw ten tijde van de geboorte gehuwd was, wordt dan automatisch vader van het kind.⁴⁰ Indien de vrouw niet is gehuwd, gescheiden is, een geregistreerd partnerschap heeft of bevalt na de 306 dagen volgend op de ontbinding van het huwelijk door de dood van de man, staat het kind alleen in familierechtelijke betrekking tot de moeder en heeft het geen juridische vader. Wanneer dit het geval is zijn er nog drie ontstaansmogelijkheden van juridisch vaderschap. Het kind kan worden erkend, het vaderschap kan gerechtelijk worden vastgesteld of het kind kan worden geadopteerd.

Erkenning (art. 1:203 t/m 206 BW) is een aanvaarding van het vaderschap. Om een kind te erkennen hoeft de man niet de biologische vader te zijn, iedere man is hiertoe gerechtigd. Zoals eerder genoemd is er sinds 1998 meer aangesloten bij de biologische waarheid dan voorheen. Bij erkenning is er echter niet altijd sprake van een natuurlijke afstamming en het is dan ook geen waarheidshandeling, maar een rechtshandeling.⁴¹ De waarheid speelt wel een rol indien er een verzoek wordt ingesteld om de geweigerde toestemming van de moeder tot erkenning te vervangen door de rechter. Dan moet de verzoeker namelijk op grond van art. 1:204 lid 3 BW de verwekker zijn. In zijn beschikking van 24 januari 2003 was de Hoge Raad van oordeel dat op grond van art. 8 EVRM ook de donor recht heeft op bescherming van het *family life* dat hij als biologische vader heeft met zijn kind, ongeacht de wijze waarop de zwangerschap is ontstaan.⁴² Ook is bij het vernietigen van de erkenning de waarheid van belang, daar dit alleen kan krachtens art. 1:205 lid 1 BW: wanneer de erkenner niet de biologische vader is. Door de erkenning komt de man in familierechtelijke betrekking tot het kind te staan en is hij de juridische vader. Hij heeft dan alleen nog niet het gezag over het kind en dus zal hij naast het verzoek tot erkenning een verzoek bij de rechtbank moeten indienen om hem samen met de moeder te belasten met het ouderlijk gezag krachtens art. 1:252 BW.

Een andere manier om vader van het kind te ‘worden’ is door gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (art. 1:207 BW). Tot 1 april 1998 was het niet mogelijk om tegen de wil van de verwekker of de instemmende levensgezel van de moeder een familierechtelijke betrekking tot stand te brengen tussen hem en het kind. Deze nieuwe rechtsfiguur is in de wet opgenomen bij de herziening van het afstammingsrecht en kan gezien worden als een laatste middel om het kind te voorzien van een juridische vader.⁴³ Op grond van de wet kunnen enkel de moeder en het kind om een gerechtelijke vaststelling vaderschap vragen en is dit niet mogelijk voor de verwekker. Ook voor het indienen van een verzoek tot vernietiging van een erkenning heeft de verwekker geen eigen rechtsingang en is dit voor hem dus niet mogelijk. In 2004 heeft de Hoge Raad niettemin geoordeeld dat de verwekker wel een beroep kan doen op de nietigheid van een eerder gedane erkenning wanneer de moeder

⁴⁰ Vlaardingerbroek 2008, p. 207.

⁴¹ De regering had zich al op dit standpunt gesteld bij de voorbereidingen van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot een herziening van het kinderrecht in 1947. Zie Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2009, p. 182.

⁴² HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386.

⁴³ Vlaardingerbroek 2008, p. 240.

misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid door toestemming te verlenen aan een persoon die niet de verwekker is.⁴⁴ Daarnaast is er vrij recent door het hof 's-Hertogenbosch geoordeeld dat gelet op de situatie het soms toch mogelijk moet zijn de verwekker ontvankelijk te verklaren ten aanzien van een dergelijk verzoek.⁴⁵ Dit recht vloeit volgens de Hoge Raad en het hof 's-Hertogenbosch voort uit art. 8 EVRM. Het vaderschap van de man kan door middel van deze rechtsfiguur op verzoek van de moeder of het kind ook worden vastgesteld indien hij als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad of indien de man is overleden.⁴⁶ De instemmende levensgezel is niet de biologische vader of verwekker, maar kan zich door zijn instemming niet onttrekken aan zijn verantwoordelijkheden jegens het kind. Om het vaderschap van deze man te laten vaststellen moet er wel sprake zijn of zijn geweest van een nauwe persoonlijke betrekking tussen de moeder en de bedoelde man.⁴⁷ In het geval van de verwekker is verder niets vereist. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 25 maart 2005⁴⁸ geoordeeld dat ingevolge art. 1:207 BW slechts is vereist dat de man verwekker is van het kind en dat niet is vereist dat tussen de man en het kind *family life* krachtens art. 8 EVRM bestaat of heeft bestaan en verwijst daarbij ook naar de volgende passage: "In geval van afstamming worden aan het enkele verwekkerschap rechtsgevolgen verbonden. (...) De verwekker is immers onderhoudsplichtig jegens het kind dat hij heeft verwekt, ongeacht of er een band tussen de moeder en de verwekker of de verwekker en het kind heeft bestaan. Jegens de verwekker kan ook het vaderschap gerechtelijk worden vastgesteld volgens dit wetsvoorstel. Ook dan is niet vereist dat er meer of anders wordt aangetoond dan het verwekkerschap. Het belang van het kind bij onderhoud onderscheidenlijk bij een vader wegen met andere woorden zwaarder dan het belang van de verwekker verstoken te blijven van enige relatie met het kind dat hij heeft verwekt."⁴⁹

Het kan ook zo zijn dat de moeder niet wil dat de man de vader wordt van haar kind of dat de man zelf niets met de moeder en het kind te maken wil hebben en het derhalve niet erkent. In dat geval kan de moeder op grond van art. 1:394 BW de man, indien hij de verwekker is van het kind of de instemmende levensgezel van de moeder – via een gerechtelijke procedure – wel dwingen om te voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind, dan wel na het bereiken van de meerderjarigheid van het kind tot het voorzien in de kosten van levensonderhoud en studie tot 21 jaar. Daarna bestaat deze verplichting slechts in geval van behoefte van het kind.

Adoptie is de laatste mogelijkheid die art. 1:199 BW biedt om vader van een kind te worden. Adoptie is ingevoerd als een kindbeschermingsmaatregel, maar wordt steeds vaker gebruikt om een kinderwens te vervullen.⁵⁰ Wanneer een ouderpaar zelf geen kinderen kan krijgen, kunstmatige

⁴⁴ HR 12 november 2004, NJ 2005, 248.

⁴⁵ Hof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2009, LJN: BK0879.

⁴⁶ Art. 1:207 lid 1 BW.

⁴⁷ Vlaardingerbroek 2008, p. 243.

⁴⁸ HR 25 maart 2005, LJN AT0412.

⁴⁹ Afkomstig uit het wetsvoorstel Herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie, *Kamerstukken II* 1996/97, 24 649, nr. 6, p. 8.

⁵⁰ Pitlo/Van der Burght & Doek 2002, p. 483.

bevruchting niet is gelukt en ook draagmoederschap niet, is adoptie een manier om toch kinderen te kunnen krijgen. Door adoptie komt het geadopteerde kind in familierechtelijke betrekking te staan met de adoptiefouder(s) en zijn/hun bloedverwanten en worden de familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en de oorspronkelijke ouders tegelijkertijd verbroken.⁵¹

§ 1.3.4 De juridische mogelijkheden voor de vrouwelijke partner, de duomoeder

Een lesbisch paar dat graag kinderen wil heeft onder het huidige recht alleen adoptie tot hun beschikking. Adoptie van een kind dat verblijft in Nederland is door paren van hetzelfde geslacht, onder bepaalde voorwaarden, mogelijk geworden in Nederland op 1 april 2001.⁵² De wet van 24 oktober 2008⁵³ is op 1 januari 2009 in werking getreden en maakt sindsdien ook interlandelijke adoptie mogelijk voor twee personen van hetzelfde geslacht, met dien verstande dat het land waaruit het kind afkomstig is adoptie door paren van hetzelfde geslacht toestaat. Het gaat hier om de klassieke adoptie waarbij twee vrouwen een kind kunnen adopteren dat niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder te verwachten heeft en wanneer dit in het kennelijk belang is van het kind.⁵⁴ De andere vorm van adoptie is de partneradoptie. Door middel van kunstmatige bevruchtingstechnieken kan een lesbisch paar een kind laten verwekken dat genetisch afstamt van één van de twee vrouwen. De vrouwelijke partner van de moeder van het kind kan op grond van art. 1:227 BW het kind adopteren om zo ook juridisch ouder te worden. Voor lesbische paren is per 1 januari 2009 de vereiste samenlevingstermijn van drie jaar vervallen, waardoor het juridisch ouderschap in een zo vroeg stadium – dus met ingang van de geboorte – al kan worden gevestigd.⁵⁵ Hier wordt de adoptie gebruikt als een middel voor gezinsvorming, doordat het via het afstammingsrecht niet mogelijk is voor beide vrouwen om juridisch ouder te worden van het kind.⁵⁶ Adoptie is echter een langdurig en kostbaar traject. Er moet aan de vele voorwaarden van titel 12 van Boek 1 BW worden voldaan en in geval van interlandelijke adoptie ook aan de voorwaarden van de Wobka.

Naast de mogelijkheid van adoptie is er voor de duomoeder de mogelijkheid tot het uitoefenen van gezag over het kind. Uit art. 1:245 BW volgt dat een kind tot aan de leeftijd van 18 jaar onder het gezag staat van één of twee ouders, of één of twee voogden. De persoon die met het ouderlijk gezag is bekleed heeft conform art. 1:247 BW de plicht en het recht het kind te verzorgen, op te voeden en te vertegenwoordigen. Wanneer een kind wordt geboren binnen de relatie van twee vrouwen die niet zijn gehuwd en ook geen geregistreerd partnerschap hebben, heeft alleen de moeder het gezag over het kind. Sinds 1998 bestaat de mogelijkheid om in dat geval een gezamenlijk verzoek in te dienen bij de rechtbank tot gezamenlijk gezag op grond van art. 1:253t BW. De duomoeder moet dan wel in

⁵¹ Art. 1:229 BW.

⁵² Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 10.

⁵³ Wet van 24 oktober 2008, *Stb.* 2008, 425.

⁵⁴ Art. 1:227 lid 3 BW.

⁵⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 3, p. 2.

⁵⁶ Saarloos 2007, p. 142.

een nauwe persoonlijke betrekking met het kind staan. Indien het kind wordt geboren binnen de relatie van twee vrouwen die wel gehuwd zijn of geregistreerd staan als partners, geldt sinds 1 januari 2002 dat zij van rechtswege het gezamenlijk gezag hebben, tenzij het kind al in een familierechtelijke betrekking staat tot een ander.⁵⁷ Als daarvan sprake is zullen de moeder en de duomoeder alsnog een verzoek tot gezamenlijk gezag moeten indienen zoals hiervoor is beschreven. In geval van adoptie geldt dat het voor twee vrouwen die niet gehuwd zijn, verstandig is om naast het verzoek tot adoptie zelf, tegelijkertijd een verzoek tot gezag in te dienen bij de rechtbank, aangezien de wet onduidelijk is of er dan door de adoptie gezamenlijk ouderlijk gezag ontstaat.⁵⁸

§ 1.4 Tot slot

Uit het voorgaande is gebleken dat er in de vorige eeuw al veel is veranderd. Na de invoering van het geregistreerd partnerschap in 1998 en het huwelijk in 2001 voor paren van hetzelfde geslacht, zijn de ontwikkelingen verder gegaan. Binnen een relatie tussen twee vrouwen kunnen kinderen worden geboren en door de moderne bevruchtingstechnieken wordt hen dit ook steeds gemakkelijker gemaakt. Desondanks zijn de mogelijkheden van de duomoeder om juridisch ouder te worden van het kind van haar echtgenote of partner veel meer beperkt dan die van de mannelijke partner. Er is een begin gemaakt doordat er wettelijk steeds meer is geregeld voor paren van gelijk geslacht, maar dit is naar mijn mening nog niet voldoende. Ik sluit mij aan bij Henstra⁵⁹ en Vonk⁶⁰ die ook van mening zijn dat ten aanzien van het stichten van een gezin er meer gelijk kan en moet worden getrokken en het traditionele ouderschap inmiddels juist meer dient te worden losgelaten.

In hoofdstuk twee zal ik naast de bespreking van het rapport 'Lesbische ouderschap' van de commissie Kalsbeek en het rapport van Forder, verschillende visies en voorstellen bekijken, om zo een beeld te vormen van de tot nu toe aangedragen oplossingen.

⁵⁷ Art. 1:253sa BW.

⁵⁸ Kok 2006, p. 209.

⁵⁹ Henstra, diss. 2002.

⁶⁰ Vonk, diss. 2007.

Hoofdstuk 2: Een goede situatie voor het kind geboren binnen een lesbische relatie

§ 2.1 Inleiding

De Nederlandse samenleving is inmiddels aanzienlijk veranderd en ook de samenstelling van gezinnen is daarmee gewijzigd. Het traditionele gezin waar een kind een moeder en een vader heeft is tegenwoordig niet meer zo standaard. Steeds meer kinderen groeien op in een gezin van twee moeders, twee vaders of in een stiefgezin. Dit levert juridisch vaak problemen op en ook wetsvoorstel 30 551⁶¹ – inwerking getreden op 1 januari 2009 – waarin de adoptiebepalingen verder zijn versoepeld, verbetert de situatie niet voldoende. In dit hoofdstuk bespreek ik verschillende visies en voorstellen ten aanzien van de positie van de biologische en sociale ouders in het familierecht. Allereerst ga ik in op het rapport dat in 2007 door de commissie Kalsbeek is opgesteld over het lesbisch ouderschap (§ 2.2). Daarna besteed ik aandacht aan de verschillende visies uit de literatuur (§ 2.3) en de jurisprudentie (§ 2.4) en zal ik vervolgens het rapport van Forder dat begin 2009 is verschenen bespreken (§ 2.5). Ik sluit af met het conceptwetsvoorstel ‘Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het ontstaan van het moederschap van rechtswege van en de mogelijkheid van erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder’(§ 2.6).⁶²

§ 2.2 Rapport Lesbisch Ouderschap

In opdracht van het Minister van Justitie heeft de commissie Kalsbeek in oktober 2007 een advies uitgebracht over het lesbisch ouderschap⁶³ en eind mei 2008 over interlandelijke adoptie.⁶⁴ De commissie heeft ten aanzien van het lesbisch ouderschap gekeken of er nog andere mogelijkheden zijn dan adoptie, om het ouderschap van de duomoeder op meer eenvoudige wijze te verkrijgen. In 2006 werd ten aanzien van adoptie wetsvoorstel 30 551⁶⁵ ingediend dat de adoptiebepalingen beoogde te versoepelen. Aan het begin van 2007 werd er echter door de Tweede Kamer de motie-Pechtold⁶⁶ aangenomen, waaruit bleek dat enkel versoepeling van de adoptieregels voor lesbische paren niet voldoende werd geacht. Volgens deze motie zouden de rechtsfiguren erkenning en ouderschap van rechtswege ook open moeten staan voor de duomoeder. Mede door deze aangenomen motie is de commissie Kalsbeek ingesteld. Net als ik in mijn scriptie, laat ook de commissie Kalsbeek de situatie waarin twee mannen een kind opvoeden buiten beschouwing, omdat hun situatie dus verschilt van de situatie bij lesbisch ouderschap.⁶⁷ De conclusie van de commissie is dat er twee juridische mogelijkheden bestaan voor de duomoeder om juridisch ouder te worden:

⁶¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551.

⁶² <www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/document/61>.

⁶³ Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport Lesbisch Ouderschap*, Den Haag 31 oktober 2007. Zie <www.justitie.nl/images/8332_Bw_Rapport-LO_tcm34-87352.pdf>.

⁶⁴ Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport interlandelijke adoptie*, Den Haag 29 mei 2008. Zie <www.justitie.nl/.../Commissie%20Kalsbeek_12046_tcm34-141636.pdf>.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 3.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nr. 60.

⁶⁷ *Rapport Lesbisch Ouderschap*, p. 14.

erkenning door de duomoeder bij niet gehuwde lesbische ouders en het van rechtswege ouder worden van de duomoeder bij een gehuwd lesbisch paar. Bij het onderzoek heeft de commissie het belang van het kind en de gelijke behandeling als belangrijkste uitgangspunten genomen. De commissie noemt daarbij dat het kind gebaat is bij een stabiele opvoeding en bescherming van zijn feitelijke (reële) gezinssituatie en geeft daarnaast aan dat uit onderzoek blijkt dat de ontwikkelingskansen van kinderen die opgroeien in een gezin met twee moeders even gunstig zijn als die van kinderen met een vader en een moeder.⁶⁸ De bescherming van het feitelijke *family life*, het sociaal ouderschap, staat in het advies dan ook centraal.⁶⁹ Een ander uitgangspunt dat de commissie heeft gehanteerd is dat het kind is gebaat bij twee juridische ouders, daar twee ouders het kind meer houvast kunnen bieden dan één ouder.⁷⁰ Twee vrouwen kunnen thans wel samen het gezamenlijk gezag krijgen, maar de commissie benadrukt dat het erg belangrijk is dat beide verzorgers en opvoeders van het kind dezelfde juridische rechtspositie toekomt. Gezag is op grond van het Burgerlijk Wetboek niet gelijk te stellen met juridisch ouderschap, aangezien uit dit juridisch ouderschap meer rechten en plichten voortvloeien dan uit gezag. De commissie geeft aan dat het juridisch ouderschap juist van belang is voor de identiteit van betrokkenen, omdat zij hierdoor meer het gevoel krijgen voor altijd bij elkaar te horen.⁷¹

Ten aanzien van de gelijke behandeling van lesbische en heteroseksuele paren onderscheidt de commissie twee benaderingen. De eerste benadering is die waarbij het sociale ouderschap centraal staat, het *family life* als uitgangspunt wordt genomen en de samenstelling van het gezin er niet toe doet. De tweede benadering is het centraal stellen van het biologisch ouderschap, waarbij de verzorging en opvoeding van het kind door een heteroseksueel paar of een lesbisch paar niet veel van elkaar verschilt, maar er wel een verschil in de biologische afstamming bestaat.⁷² De commissie heeft – gelet op haar opdracht – aansluiting gezocht bij het bestaande juridische systeem, maar is desondanks van mening dat ook het sociale ouderschap en het feitelijke *family life* van twee vrouwen juridische bescherming behoeft, mede gelet op de belangen van het kind.⁷³ De commissie meent dan ook dat het voor de duomoeder in ieder geval mogelijk moet zijn om het kind te kunnen erkennen. Over de mogelijkheid dat de echtgenote van de moeder van rechtswege de tweede moeder van het kind zou moeten worden als dit kind binnen het huwelijk van beide vrouwen is geboren heeft de commissie zich niet uitgelaten, om de reden dat zij dit een keuze vindt van de wetgever en niet van deskundigen.⁷⁴

De commissie zet zowel voor de erkenning, als ook voor het ouderschap van rechtswege de aspecten uiteen, die de wetgever in overweging zou moeten nemen bij zijn afweging om wel of niet tot wijziging hiervan over te gaan. De commissie stelt dat erkenning eenvoudiger is om te realiseren

⁶⁸ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 17.

⁶⁹ Aansluiting hiervoor wordt gezocht bij de bescherming van art. 8 EVRM.

⁷⁰ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 18.

⁷¹ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 18.

⁷² Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 19.

⁷³ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 20.

⁷⁴ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 27.

dan adoptie, dat het emotioneel minder belastend is dan de adoptieprocedure en dat in tegenstelling tot adoptie, er nauwelijks kosten voor erkenning hoeven te worden gemaakt.⁷⁵ De wetgever dient volgens de commissie ook rekening te houden met de vraag of het kind de erkenning door de duomoeder steeds moet kunnen vernietigen – analoog aan art. 1:205 BW – op de enkele grond dat de duomoeder niet de biologische ouder is van het kind. Voor wat betreft de vernietiging van de erkenning door de beide moeders en het Openbaar Ministerie kan volgens de commissie zonder problemen analoog worden aangesloten bij de huidige regeling daaromtrent.⁷⁶ Het door de rechter gerechtelijk vaststellen van het moederschap moet naar mening van de commissie tevens mogelijk zijn, zonder dat er onderscheid wordt gemaakt met de man die als levensgezel heeft ingestemd met de daad die de verwekking tot gevolg kan hebben gehad. De commissie wijst daarnaast op een inconsistentie die het afstammingsrecht nu behelst en dat is de onmogelijkheid van het kind om de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap ongedaan te kunnen maken. Aangezien het kind de erkenning wel kan laten vernietigen, dient dit volgens de commissie ook te gelden ten aanzien van de gerechtelijke vaststelling van het moederschap dan wel vaderschap, indien de levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. Vervangende toestemming vragen aan de rechtbank wanneer de moeder toestemming weigert te geven voor de erkenning van het kind is onder het huidige recht enkel mogelijk voor de verwekker. De commissie geeft de wetgever in overweging mee dit voor de instemmende levensgezel of duomoeder mogelijk te maken.⁷⁷

Lesbische paren zouden op precies dezelfde wijze ouder kunnen worden als paren van verschillend geslacht, indien het voor de duomoeder mogelijk wordt om van rechtswege ouder te worden van het kind dat geboren wordt tijdens haar huwelijk met diens moeder. De commissie geeft aan dat wanneer dit mogelijk wordt gemaakt, art. 1:198 BW – overeenkomstig art. 1:199 aanhef en sub a BW – aangevuld zou kunnen worden met de zin: “of die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind geboren is, is gehuwd”.⁷⁸ Daarbij zou tevens vereist moeten worden dat er geregistreerd wordt uit welke moeder het kind is geboren. Naar huidig recht is het mogelijk het vaderschap te ontkennen op de grond dat de vader niet de biologische vader is (art. 1:200 BW). De commissie is van mening dat deze regeling naar analogie moet worden toegepast op het moederschap dat is ontstaan door het huwelijk.⁷⁹

De commissie heeft door te kijken naar de regelingen die Zweden, Spanje en Canada hebben voor lesbische paren, gezien of er een nieuwe rechtsfiguur zou moeten worden gecreëerd. Zo heeft Zweden de mogelijkheid tot erkenning door de duomoeder, maar alleen wanneer de identiteit van de donor te achterhalen is. Ouderschap van rechtswege kent Zweden niet. De duomoeder moet toestemming geven voor de totstandkoming van de familierechtelijke betrekking tussen haar en het

⁷⁵ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 28.

⁷⁶ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 30.

⁷⁷ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 31.

⁷⁸ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 33.

⁷⁹ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 35.

kind. Wanneer ze dit niet doet, maar wel heeft ingestemd met de bevruchting, kan haar familierechtelijke betrekking worden afgedwongen in een gerechtelijke procedure.⁸⁰ In Canada wordt bij lesbische paren – enkel wanneer ze binnen een gezamenlijk *ouderschapsproject* gebruik hebben gemaakt van een methode van kunstmatige bevruchting – de vrouwelijke partner van de moeder, vermoed de moeder van het kind te zijn wanneer deze is geboren tijdens het huwelijk of geregistreerd partnerschap. De duomoeder kan haar moederschap ontkennen wanneer het kind niet is geboren binnen het door beide ouders ingezette *ouderschapsproject*. De biologische vader/verwekker heeft het recht om een jaar na de geboorte het vaderschap vast te laten stellen.⁸¹ In Spanje werd het huwelijk voor paren van gelijk geslacht in 2005 opengesteld. Op een verschil in het afstammingsrecht na, is dit huwelijk bijna gelijk aan het huwelijk voor paren verschillend geslacht. Paren van gelijk geslacht kunnen wel samen ouders zijn van kinderen, maar de duomoeder wordt niet van rechtswege ouder. Hiervoor zullen de paren moet adopteren of is er de mogelijkheid voor stiefouderadoptie. Sinds 2007 is het in Spanje mogelijk gemaakt een verklaring af te leggen voor de geboorte van het kind door de duomoeder. Hierdoor komt zij vanaf de geboorte in familierechtelijke betrekking te staan tot het kind.⁸² De commissie acht het niet wenselijk aan te sluiten bij één van bovengenoemde varianten, omdat het in alle varianten gaat om het gebruik van kunstmatige bevruchtingstechnieken en de commissie zich daartoe niet wil beperken. Daarnaast is de commissie van mening dat een nieuw rechtsfiguur die afwijkt van erkenning tot gevolg kan hebben dat lesbische paren het als een tweederangs regeling zullen ervaren.⁸³

De commissie gaat bij de vraag naar de bescherming van de biologische vader voorbij aan de mogelijkheid tot drie ouders. Het leidt tot een te complexe situatie en het zou ervoor zorgen dat onder andere het erfrecht, het nationaliteitsrecht, het naamrecht, het recht op alimentatie en het gezagsrecht herzien moet worden. Bovendien zal het ook gevolgen hebben voor de heteroseksuele relaties.⁸⁴

Verdere aanpassingen aan de adoptiebepalingen zijn naar mening van de commissie niet meer nodig, wanneer de erkenning (of ouderschap van rechtswege) voor de duomoeder mogelijk wordt gemaakt. Ook de verzorgingstermijn voor lesbische paren die is komen te vervallen, zou moeten worden teruggedraaid, zodat adoptie voor heteroseksuele paren en lesbische paren onder dezelfde voorwaarden mogelijk is.⁸⁵ Tot slot merkt de commissie nog op dat het ouderschap van de duomoeder in het buitenland voor problemen zou kunnen zorgen, aangezien het daar niet zal worden erkend. Dit dient niet doorslaggevend te zijn bij de keuze tot het wel of niet invoeren van de

⁸⁰ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 37.

⁸¹ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 38.

⁸² Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 38.

⁸³ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 38.

⁸⁴ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 39.

⁸⁵ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 41.

erkenning. “Het belang van de verbetering van de rechtspositie van lesbische paren op nationaal niveau weegt zwaarder dan de mogelijke problemen in het buitenland,” zo geeft de commissie aan.⁸⁶

De problemen in het buitenland wegen ook zwaar, maar ik deel de mening van de commissie dat verbetering van de rechtspositie van lesbische paren op nationaal niveau voorgaat. De erkenning door de duomoeder zou in Nederland veel problemen en langdurige en kostbare procedures kunnen voorkomen. De problemen in het buitenland voor deze paren komen naar alle waarschijnlijkheid minder vaak voor en derhalve is de stelling van de commissie mijns inziens terecht. Naast de erkenning is er nog de adoptie, die in het buitenland op meer erkenning zal kunnen rekenen, door de rechterlijke toets die hieraan is verbonden. In het rapport heeft de commissie duidelijk haar standpunt naar voren gebracht, maar zij is niet de enige met een visie op het ouderschap.

§ 2.3 Visies en voorstellen uit de literatuur op de positie van het ouderschap

§ 2.3.1 Een eigen rechtsfiguur voor het duomoederschap

“Het is jammer dat niet meer principieel naar de vestiging van familierechtelijke betrekkingen tussen de vrouwelijke partner van de moeder en haar kind is gekeken. Nu wordt een bestaande rechtsfiguur die een diep ingrijpende, in beginsel onomkeerbare maatregel is, waarvoor dan ook terecht strenge voorwaarden in het belang van het kind gelden, gebruikt om een familierechtelijke betrekking te vestigen die niet via de erkenning gevestigd kan worden. Naar haar aard gaat het dan niet om een adoptie.”⁸⁷ Dat is de opvatting die wordt uitgedragen door Wortmann. Het zou haar verbazen als het buitenland in een dergelijke ‘schijnconstructie’ zou trappen. Wortmann is van mening dat de aanscherping van de voorwaarde dat de adoptie in het kennelijke belang van het kind dient te zijn, evenals de voorwaarden van art. 1:228 BW, het karakter van adoptie als een uitzonderlijke maatregel bevestigt en dat het ook een dergelijke maatregel moet blijven.⁸⁸ Wortmann deelt de mening met de commissie Kalsbeek, dat het lesbisch ouderschap niet in het adoptierecht moet worden geregeld. Echter, is zij geen voorstander van het aanpassen van het afstammingsrecht, zoals de commissie wel voorstelt. Wortmann geeft aan dat de landen Zweden en Canada een op de erkenning gelijkende rechtsfiguur hebben, die een plaats heeft tussen de afstamming en adoptie. De commissie verwerpt een dergelijke regeling, maar volgens Wortmann kunnen wij leren van deze landen en is het haars inziens beter om een eigen rechtsfiguur te regelen voor deze familierechtelijke betrekkingen.⁸⁹

⁸⁶ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 43.

⁸⁷ Wortmann 2007, p. 359.

⁸⁸ Wortmann 2001, p. 234.

⁸⁹ Wortmann 2008, p. 356.

§ 2.3.2 Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht

Het afstammingsrecht heeft primair tot doel de verantwoordelijke ouder(s) aan te wijzen. Daarom kan en dient dit afstammingsrecht volgens Henstra omgevormd te worden naar het *ouderschapsrecht*.⁹⁰ Zij stelt het ouderschapsrecht voor als het primaire systeem van het familierecht, dat de oorspronkelijke juridische ouders van het kind aanwijst waaraan alle ouderrechten en -plichten worden gekoppeld. Binnen dit ouderschapsrecht kan een kind maximaal twee juridische ouders hebben van gelijk of van verschillend geslacht en bestaat er een familierechtelijke betrekking tussen de ouders, diens familie en het kind. De ouder die daadwerkelijk inhoud geeft aan het ouderschap dient door het ouderschapsrecht als ouder aangewezen te worden.

Voor zover de natuurlijke afstamming ouderschap impliceert, blijft dit van belang aangezien daarvan in vele gevallen sprake zal zijn. In de situaties waarin zich dit niet voordoet, moeten er aanvullende regels vastgesteld worden of dient het natuurlijke afstammingsrecht te worden losgelaten, aldus Henstra.⁹¹ Er moet dan sprake zijn van *family life* wanneer de verwekker ontvankelijk wil zijn in zijn verzoek tot vervangende toestemming, maar andersom zal bij gerechtelijke vaststelling van het ouderschap naast het verwekkerschap ook *family life* moeten worden aangetoond. De verplichting tot onderhoud blijft wel mogelijk wanneer er enkel het verwekkerschap is. Daar het ouderschap er in de eerste plaats is om de primaire ouderlijke verantwoordelijkheid te dragen, zullen ook paren van gelijk geslacht hiertoe behoren. Het informatierecht dat een kind heeft omtrent zijn eigen afstamming, dient volgens Henstra apart te worden geregeld naast het ouderschapsrecht.⁹²

Specifiek ten aanzien van duomoeders is Henstra van mening dat de duomoeder ouder kan worden door middel van het huwelijk, door *aanvaarding van het ouderschap* – vergelijkbaar met de huidige rechtsfiguur erkenning – en via gerechtelijke vaststelling ouderschap.⁹³ Niet alleen de traditionele ouders dienen vanzelfsprekend als verantwoordelijke ouder te worden aangewezen. “Anderen dan de biologische of genetische ouders kunnen primair verantwoordelijk worden geacht voor het bestaan van het kind, bijvoorbeeld door hun rol bij de kunstmatige verwekking, en daarmee voor diens verzorging en opvoeding.”⁹⁴

§ 2.3.3 Procreatieve verantwoordelijkheid

Kinderen die opgroeien in een niet-traditioneel gezin verdienen een betere juridische positie. Dat is de opvatting van Vonk die zij onder andere heeft verdedigd in haar proefschrift ‘Children and their parents’.⁹⁵ Kinderen hebben recht op twee ouders. Echter, voor vrijwel alle kinderen die opgroeien in een gezin met een biologische ouder en een niet-biologische ouder van verschillend geslacht, geldt

⁹⁰ Henstra, diss. 2002, p. 184.

⁹¹ Henstra, diss. 2002, p.184.

⁹² Henstra, diss. 2002, p.184.

⁹³ Henstra, diss. 2002, p.185.

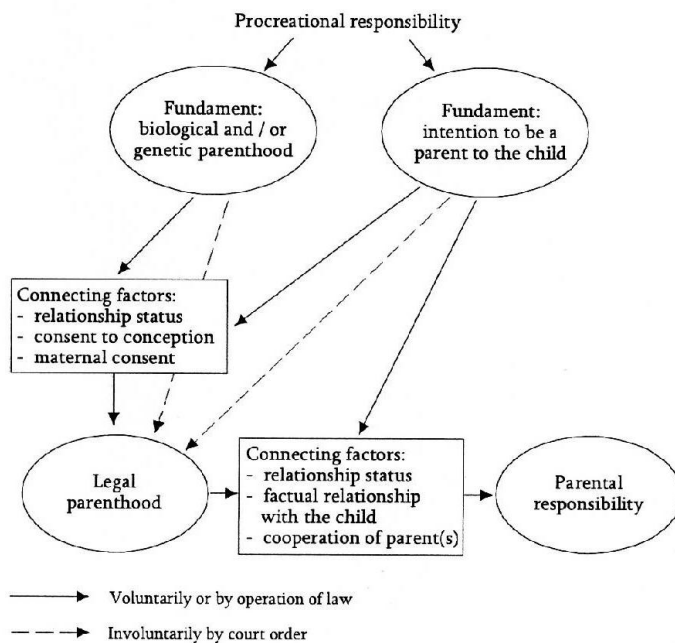
⁹⁴ Henstra, diss. 2002, p.186.

⁹⁵ Vonk, diss. 2007.

dat zij de mogelijkheid hebben tot twee juridische ouders, terwijl dit niet geldt voor kinderen in een gezin met ouders van hetzelfde geslacht.⁹⁶ Vonk concludeert in haar proefschrift dat de positie van het kind dat is geboren in een gezin waarin de ouders hun relatie wettelijk, formeel hebben geregeld goed beschermd is in Nederland. Ook de kinderen van wie de ouders dit niet hebben geregeld en van verschillend geslacht zijn, hebben een betere bescherming dan de kinderen uit een gezin met ouders van hetzelfde geslacht.⁹⁷

Vonk is van mening dat welke keuze er ook wordt gemaakt, het uitgangspunt moet zijn dat als er drie personen verantwoordelijk zijn voor de conceptie van het kind,⁹⁸ het niet zo kan zijn dat het kind maar één juridische ouder heeft. Het zou volgens haar mogelijk moeten zijn om het juridisch ouderschap van een van de andere twee verantwoordelijke ouders vast te stellen, want het is niet aanvaardbaar dat zij beiden worden uitgesloten van het juridisch ouderschap vanwege het bestaan van de ander.⁹⁹ Vonk introduceert het begrip *procreatieve verantwoordelijkheid* waarbij het van belang is dat iedereen die een rol heeft bij de conceptie van het kind zelf veel actiever gaat nadenken wie verantwoordelijk is voor het kind, daar het kind het recht heeft om te worden opgevoed en te worden verzorgd door zijn ouders.¹⁰⁰ “The notion of procreational responsibility was introduced as a means by which biological parenthood and intentional parenthood could both be made operational in the process of assigning parents to children.”¹⁰¹

Figure 9: Procreational responsibility applied



⁹⁶ Vonk, diss. 2007, p. 262.

⁹⁷ Vonk, diss. 2007, p. 264.

⁹⁸ Dit zijn de biologische moeder, de biologische vader en de vrouwelijke partner van de moeder.

⁹⁹ Vonk, diss. 2007, p. 276.

¹⁰⁰ Vonk, diss. 2007, p. 276.

¹⁰¹ Vonk, diss. 2007, p. 280.

Vonk stelt dan ook voor om – net als Henstra bepleit – *afstamming* om te buigen naar *juridisch ouderschap* waarbij niet alleen de biologische ouders, maar ook die personen die een rol hebben gehad bij de conceptie van het kind, als juridisch ouder kunnen worden aangewezen.¹⁰²

§ 2.4 Jurisprudentie

In de familierechtelijke literatuur zijn inmiddels verschillende visies en voorstellen gedaan die tegemoet komen aan paren van hetzelfde geslacht, maar in de jurisprudentie is deze tegemoetkoming (nog) niet merkbaar.

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft zich tot op heden niet uitgelaten over de vraag of het gezinsleven van een lesbisch paar en hun kind(eren) te kwalificeren is onder het *family life* van art. 8 EVRM.¹⁰³ Ook de Hoge Raad heeft deze vraag tot nog toe niet bevestigend beantwoord.¹⁰⁴ Door de Hoge Raad is wel geoordeeld dat wanneer een kind wordt geboren uit een relatie die in voldoende mate op één lijn valt te stellen met een huwelijk, de enkele geboorte tussen dat kind en zijn beide ouders een gezinsleven – aan te merken als *family life* – doet ontstaan, ook als die geboorte plaatsvindt nadat de samenleving tussen de ouders definitief is verbroken.¹⁰⁵ Vooralsnog wordt een lesbische relatie niet als een dergelijke relatie aangemerkt.¹⁰⁶

Het leek erop dat de Hoge Raad op 24 januari 2003 het lesbische paar tegemoet kwam.¹⁰⁷ De Hoge Raad was in die zaak van oordeel dat de bekende donor geen verwekker is in de zin van art. 1:204 lid 3 BW en dat er dus geen wettelijke basis is voor zijn verzoek. Wel werd er aan toegevoegd dat de biologische vader die *family life* heeft met zijn kind, ongeacht de wijze waarop de zwangerschap is ontstaan, op grond van art. 8 EVRM recht heeft op bescherming van dit *family life*. Niettemin was de Hoge Raad van oordeel dat de moeder haar toestemming aan de verwekker gerechtvaardigd kon weigeren, omdat zij een gezin wenste te vormen met haar vrouwelijke partner en het kind en dat dit een te respecteren belang is. Aan deze tegemoetkoming werd een eind gemaakt op 21 april 2006, toen de Hoge Raad besliste – ten aanzien van dezelfde twee vrouwen als hierboven genoemd – dat de man die de biologische vader is en *family life* heeft met het kind meebrengt dat hij ouder is in de zin van art 1:227 lid 3 BW en dus belanghebbende is. Derhalve heeft hij een rechtstreeks belang bij zijn verzet tegen de adoptie van de twee vrouwen en is de adoptie dan ook afgewezen. Vanwege het belangenconflict tussen de biologische vader en de duomoeder heeft het kind slechts één ouder, terwijl het ook mijns inziens recht heeft op twee ouders.¹⁰⁸

¹⁰² Vonk, diss. 2007, p. 279.

¹⁰³ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 18.

¹⁰⁴ Zie HR 10 augustus 2001, NJ 2002, 278.

¹⁰⁵ HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 153.

¹⁰⁶ HR 5 december 1986, NJ 1987, 957; HR 19 oktober 1990, NJ 1992, 129 en Hof Leeuwarden 22 januari 1992, NJ 1993, 21.

¹⁰⁷ HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386.

¹⁰⁸ Henstra en Vonk wezen in hun proefschrift ook al op deze impasse.

§ 2.5 Rapport Forder

Naar aanleiding van het rapport van de commissie Kalsbeek heeft het kabinet besloten het advies van deze commissie op de hoofdlijnen uit te voeren en het dus mogelijk te maken dat de rechtsfiguur erkenning kan worden toegepast in de gevallen waarbij wordt geabstraheerd van het biologisch ouderschap.¹⁰⁹ Het juridisch ouderschap van rechtswege – een keuze die door de commissie Kalsbeek was overgelaten aan de wetgever – wil het kabinet ook mogelijk maken, indien het gehuwde lesbische paar gebruik heeft gemaakt van een anonieme zaaddonor in de zin van art. 1 sub c van de Wet donorgegeven kunstmatige bevruchting.

Bij de vormgeving van het juridisch ouderschap zonder tussenkomst van de rechter – de erkenning – heeft het Ministerie van Justitie opdracht gegeven een onderzoek te verrichten waarbij gekeken wordt naar de positie van de biologische vader met *family life* conform art. 8 EVRM en het recht van het kind op afstammingsinformatie, opdat de rechten van alle betrokkenen zo evenwichtig mogelijk kunnen worden beschermd en de nieuwe wet niet leidt tot klachten bij het Europees Hof voor de rechten van de Mens (EHRM) in Straatsburg. Professor Caroline Forder heeft dit onderzoek uitgevoerd en daarvan een rapport opgesteld waarin twee specifieke onderzoeksvragen werden gesteld: “(1) Wat is de rechtspositie van de biologische vader met familie- en gezinsleven in het licht van het EVRM, rekening houdend met de rechtspraak van het Europees Hof en de Hoge Raad? Houdt hierbij voor zover mogelijk rekening met redelijkerwijs te voorspellen toekomstige ontwikkelingen. (2) Inventariseer de eisen die de relevante internationale verdragen (IVRK, EVRM) stellen aan het recht op afstammingsinformatie van het kind en de eisen die voortvloeien uit supranationale en nationale rechtspraak.”¹¹⁰ Dit onderzoek heeft bijgedragen aan de vormgeving van het conceptwetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 BW ten aanzien van het moederschap van rechtswege en de erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder.

Forder komt in haar rapport tot de conclusie dat de wetgever aandacht moet besteden aan drie aspecten wanneer de mogelijkheid van erkenning door een vrouw wordt ingevoerd.¹¹¹ Het eerste aspect dat zij behandelt in haar rapport betreft het recht van de zaaddonor om familierechtelijke betrekkingen te vestigen met het kind wanneer het één juridische ouder heeft. Forder is van mening dat het wenselijk is de mogelijkheden van de donor te verruimen wanneer hij het kind wil erkennen, maar de moeder haar toestemming weigert.¹¹² De wetgever zou volgens haar – naast een bestaande belangenafweging die geldt voor de verwekker wanneer hij een verzoek tot erkenning heeft ingediend – een belangenafweging moeten voorschrijven wanneer de situatie zich voordoet waarin de zaaddonor met *family life* vervangende toestemming tot erkenning verzoekt. Zij wijst hierbij op de kleine kans die de zaaddonor met *family life* thans heeft als hij wil erkennen, maar de moeder hier op

¹⁰⁹ Kamerstukken II 2007/08, 30 551, nr. 22, p. 1.

¹¹⁰ Rapport Forder, *Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder. In welke mate heeft de biologische vader het recht het kind te erkennen, hoe werkt prenatale erkenning in deze context en welk recht heeft het kind van duomoeders op afstammingsinformatie in het licht van het EVRM en IVRK?* 2009, p. 1-2.

¹¹¹ Rapport Forder 2009, p. 84 e.v.

¹¹² Rapport Forder 2009, p. 28.

tegen is.¹¹³ Dit recht van de zaaddonor baseert Forder op twee verschillende ontwikkelingen uit de jurisprudentie. De eerste ontwikkeling is de uitspraak van het Europese Hof in de zaak *Róžański t. Polen*.¹¹⁴ Hierin heeft het Europese Hof eisen gesteld aan een belangenafweging die moet volgen wanneer de moeder haar toestemming heeft geweigerd tot erkenning en de verwekker de rechter vervolgens om vervangende toestemming verzoekt. Door het Hof is daarmee beslist dat bij een weigerachtige houding van de moeder, niet geheel aan de belangen van de verwekker voorbij mag worden gegaan.¹¹⁵ De tweede ontwikkeling betreft recente uitspraken¹¹⁶ van de Hoge Raad waarin hij uitgaat van een gelijkstelling van de verwekker en de zaaddonor met *family life* voor wat betreft de mogelijkheid tot erkenning.¹¹⁷ Forder stelt aan het eind van haar rapport ook dat de exacte wijze van verwekking niets uitmaakt voor de betrokkenheid van de man en de betekenis die hij in het leven van het kind kan hebben en concludeert dat de zaaddonor met *family life* hetzelfde recht zou moeten hebben als de verwekker op grond van art. 1:204 lid 3 BW al heeft.¹¹⁸ Om dit mogelijk te maken adviseert Forder art. 1:204 lid 3 BW te wijzigen en aan het laatste zinsdeel van dit lid de volgende woorden toe te voegen: “of zaaddonor die in nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind.”¹¹⁹

Het tweede aspect dat Forder bekijkt is de mogelijkheid van zowel de verwekker als de zaaddonor met *family life*, om een eerder gedane erkenning te kunnen vernietigen en om vervolgens een verzoek tot vervangende toestemming tot erkenning in te kunnen dienen en dus familierechtelijke betrekkingen te vestigen met het kind wanneer het al twee juridische ouders heeft.¹²⁰ Indien het kind twee juridische ouders heeft ontstaan door het huwelijk, hangt de kans van slagen van de erkenningspoging door de verwekker of de zaaddonor met *family life* af van de afspraak die de moeder met hem heeft gemaakt over zijn rol in het leven van het kind en of de feitelijke verzorgingssituatie van het kind pleit voor of tegen de erkenning.¹²¹ Forder wijst op de strikte maatstaf die onder het huidige recht wordt toegepast wanneer de biologische vader het kind wil erkennen, maar de moeder het kind al door een ander persoon – de niet-verwekker – heeft laten erkennen. Zij geeft aan dat: “In de normale situatie zal de rechter niet overgaan tot de vaststelling dat de door de niet-verwekker gedane erkenning nietig is, tenzij de moeder haar toestemming tot erkenning aan de niet-verwekker ‘slechts met het oogmerk ... de belangen van de verwekker te schaden’ heeft verleend. De toetsingsmaatstaf die de Hoge Raad aanlegt is zo zwaar dat de verwekker slechts in uitzonderlijke situaties de nietigheid van de erkenning kan inroepen.”¹²² Deze mogelijkheid van vernietiging door de verwekker of de zaaddonor met *family life* moet naar haar mening wettelijk worden vastgelegd, maar dient dan wel beperkt te worden tot de situatie waarin

¹¹³ Rapport Forder 2009, p. 28.

¹¹⁴ EHRM 18 mei 2006, zaaknr. 55339/00, EHRC 2006, 84 (*Róžański t. Polen*).

¹¹⁵ Rapport Forder 2009, p. 19.

¹¹⁶ HR 30 november 2007, NJ 2008, 310 en HR 11 april 2008, NJ 2008, 555.

¹¹⁷ Rapport Forder 2009, p. 16 e.v.

¹¹⁸ Rapport Forder 2009, p. 84-85.

¹¹⁹ Rapport Forder 2009, p. 28.

¹²⁰ Rapport Forder 2009, p. 29-30.

¹²¹ Rapport Forder 2009, p. 35-36.

¹²² Rapport Forder 2009, p. 45.

geen redelijke mogelijkheid is geweest om het kind te erkennen of de situatie waarin de verwekker of de zaaddonor met *family life* een groter aandeel heeft of heeft gehad in de verzorging van het kind dan gebruikelijk is.¹²³ Forder concludeert dat ook in dit geval de rechter het verzoek zou moeten toetsen aan de hand van een belangenafweging, waarbij het belang van het kind bij continuïteit in de verzorging zwaar dient te wegen.¹²⁴ Zij acht het wenselijk om aan art. 1:205 lid 1 BW na sub c het volgende toe te voegen:

d. door de verwekker, indien hij geen redelijke mogelijkheid heeft gehad om zelf het kind te erkennen of indien hij een groter aandeel in de opvoeding van het kind heeft en heeft gehad dan gebruikelijk is;

*e. door de zaaddonor die met het kind in nauwe persoonlijke betrekking staat, indien hij geen redelijke mogelijkheid heeft gehad om zelf het kind te erkennen of indien hij een groter aandeel in de opvoeding van het kind heeft en heeft gehad dan gebruikelijk is.*¹²⁵

Het derde aspect dat Forder aanbeveelt is het recht op afstammingsinformatie voor de zaaddonor met *family life*. Zij komt in haar rapport tot de conclusie dat de verwekker een beschermingswaardig belang heeft om te laten onderzoeken of hij de biologische vader is, indien uit de omstandigheden blijkt dat aannemelijk is dat hij de biologische vader van het kind is. Forder stelt daarbij dat uitoefening van de steeds zichtbaarder wordende rechten van de zaaddonor volledig afhangt van de vaststelling of hij al dan niet de biologische vader van het kind is. De zaaddonor zal vaak verstoken blijven van zijn andere rechten wanneer hij geen recht heeft op afstammingsinformatie.¹²⁶ Dit recht mag wel worden beperkt als de inwilliging van zijn verzoek storend is voor de feitelijke gezinssituatie waarin het kind opgroeit.¹²⁷ Volgens het Europese Hof maakt dit belang deel uit van het door art. 8 EVRM beschermde privéleven. Derhalve acht zij een wettelijke regeling niet nodig, maar lijkt haar hiervoor voldoende een beroep te kunnen doen op art. 8 EVRM.¹²⁸ Zij vindt het daarnaast dan wel belangrijk dat de overheid zorg draagt voor het informeren van de duomoeders over het risico dat zij lopen indien zij de zaaddonor met *family life* niet op de hoogte stellen van de geboorte van het kind.¹²⁹ Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat een zaaddonor een grotere kans van slagen heeft in zijn procedure tot vervangende toestemming tot erkenning, wanneer hij op de hoogte was van de relevante informatie omtrent de geboorte van het kind, dan de zaaddonor die dit niet was.¹³⁰

Wat betreft de prenatale erkenning door de vrouwelijk partner, geeft Forder aan dat de duomoeders zich ervan bewust moeten zijn dat wanneer zij de donor niet op de hoogte stellen, de prenatale erkenning aantastbaar is.¹³¹ De Hoge Raad heeft in 2004 geoordeeld dat de verwekker de eerder gedane erkenning kan vernietigen als hij geen redelijke mogelijkheid heeft gehad om het kind

¹²³ Rapport Forder 2009, p. 85.

¹²⁴ Rapport Forder 2009, p. 85.

¹²⁵ Rapport Forder 2009, p. 85-86.

¹²⁶ Rapport Forder 2009, p. 54.

¹²⁷ Rapport Forder 2009, p. 50.

¹²⁸ Rapport Forder 2009, p. 86-87.

¹²⁹ Rapport Forder 2009, p. 53-54.

¹³⁰ Rapport Forder 2009, p. 53; zie ook: HR 20 december 1991, *NJ* 1992, 598 en HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386.

¹³¹ Rapport Forder 2009, p. 55-56.

te erkennen.¹³² De prenatale erkenning heeft dezelfde rechtsgevolgen als een erkenning en volgens Forder zal de vrouwelijke erkenner niet anders worden behandeld dan in het geval van de zaaddonor.¹³³

Forder wijst op het gevaar dat ontstaat ten opzichte van het recht op afstammingsinformatie dat het kind heeft, nu de vrouwelijke erkenning mogelijk wordt gemaakt. Vast staat dat het biologisch en juridisch ouderschap in deze gevallen niet overeenkomt.¹³⁴ Het kind is echter afhankelijk van de duomoeders of het de informatie krijgt of niet, terwijl afstammingsgegevens van belang zijn voor de ontwikkeling van de eigen persoonlijkheid.¹³⁵ Forder duidt er in haar rapport op dat een kind dat is geboren binnen een relatie van een lesbisch paar en waarbij gebruik is gemaakt van een bekende zaaddonor, het kind een sterk maar niet een absoluut recht heeft op afstammingsinformatie.¹³⁶ Als praktisch oplossing om het recht van het kind op afstammingsinformatie te waarborgen, doet Forder de aanbeveling in de wet vast te leggen dat de ambtenaar van de burgerlijke stand verplicht is persoonsgegevens van de biologische vader in de geboorteakte op te nemen, uitzonderingen daargelaten.¹³⁷ Dit dient dan te gebeuren volgens opgave van de moeder en na bevestiging door de biologische vader. Indien hij weigert deze bevestiging te geven, zou een DNA-onderzoek uitsluitsel kunnen geven. Het zou kunnen voorkomen dat de man een bevestiging geeft, terwijl hij weet dat hij niet de biologische vader kan zijn, of dat hij samenspannt met de duomoeders om zo het afstammingsrecht van het kind te beletten. Dit vormt naar mening van Forder geen overtuigende reden om van de regeling af te zien.¹³⁸ Verder acht Forder het belangrijk dat duomoeders – net als adoptiefouders – informatie krijgen over het belang van het kind bij afstammingsinformatie.¹³⁹

§ 2.6 Een nieuw wetsvoorstel

De wetgever is – zoals hiervoor is aangegeven – voornemens de wet te wijzigen ten aanzien van het juridisch ouderschap bij lesbische paren. Al sinds de invoering van het nieuwe afstammingsrecht in april 1998 is de wetgever op zoek naar een geschikte manier om de gezinsvorm waarin een kind opgroeit bij een paar van gelijk geslacht juridisch goed te regelen. Met invoering van wetsvoorstel 30 551 kwam de wetgever paren van hetzelfde geslacht deels tegemoet, door de adoptieregels te versoepelen. De minister heeft toen duidelijke redenen aangegeven waarom hij van mening was dat het duomoederschap in het adoptierecht moest worden geregeld en niet in het afstammingsrecht.¹⁴⁰ Als eerste reden om het duomoederschap niet in het afstammingsrecht te regelen – en dus niet te voorzien in de mogelijkheid waarbij de duomoeder kan erkennen of van rechtswege ouder wordt van het kind – gaf de minister aan dat het “een van de uitgangspunten van het afstammingrecht is dat

¹³² HR 12 november 2004, *NJ* 2005, 248.

¹³³ Rapport Forder 2009, p. 56-58.

¹³⁴ Rapport Forder 2009, p. 88.

¹³⁵ Rapport Forder 2009, p. 62.

¹³⁶ Rapport Forder 2009, p. 63.

¹³⁷ Rapport Forder 2009, p. 75 e.v.

¹³⁸ Rapport Forder 2009, p. 80-81.

¹³⁹ Rapport Forder 2009, p. 81.

¹⁴⁰ Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 28 457/26 672, nr. 23, p. 2-3 en *Kamerstukken II* 2006/07, 30 551, nr. 6, p. 3 e.v.

juridisch ouderschap het biologisch ouderschap volgt: de erkenner wordt vermoed de biologische vader te zijn.¹⁴¹ Het past niet bij dit uitgangspunt om iemand, van wie op voorhand bekend is dat deze niet de biologische ouder is, een kind te laten erkennen.¹⁴² De minister merkte daarbij op dat voor het vestigen van deze familierechtelijke banden adoptie beschikbaar is. Hieruit volgde dan ook de tweede reden van de minister, te weten dat het risico bestaat dat de erkenning door een vrouw of het van rechtswege tot stand gekomen moederschap, niet zal worden erkend in het buitenland. De derde reden ging om het feit dat er per definitie sprake is van een derde wanneer een lesbisch paar een kind krijgt. Deze derde is de zaaddonor of een man die met de daad heeft ingestemd. De belangen van de man die wordt vermoed de biologische vader te zijn – en mogelijk ook een afstammingsrelatie wenst – dienen bij de vestiging van afstammingsrechtelijke betrekkingen met de duomoeder af te worden gewogen tegen die van het kind. Hij dient betrokken te worden en bij adoptie is dit mogelijk.

De keuze van de wetgever was dus om vast te houden aan de natuurlijke afstamming, omdat de verschillen tussen paren van verschillend en van gelijk geslacht konden worden gerechtvaardigd door de verschillende positie waarin homoseksuele paren zich ten opzichte van het kind bevinden. Er is altijd een van beiden niet de biologische ouder of zij zijn dit beiden niet.¹⁴³ Desondanks is er inmiddels een nieuwe beslissing genomen waarbij de hoofdlijnen uit het rapport van de commissie Kalsbeek toch worden overgenomen. De belangrijke overweging is daarbij geweest: “(...) dat het denken over het juridisch ouderschap zich in de loop der jaren heeft ontwikkeld van een strikt op biologische verhoudingen gerichte rechtsfiguur – men denke aan de aloude «wettiging» van kinderen – tot een meeromvattende regeling waarin ook plaats is voor anderen dan de biologische ouders die bereid zijn het juridisch ouderschap te aanvaarden.”¹⁴⁴ Op 14 december 2009 is een concept-wetsvoorstel gepubliceerd dat regelt dat er geen gerechtelijke procedure meer nodig is voor de vrouwelijke partner van de moeder – de duomoeder – wanneer zij de juridische ouder van het kind van haar partner wil worden.¹⁴⁵ Daarnaast moet dit wetsvoorstel het ook mogelijk gaan maken dat de zaaddonor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind, de rechter om vervangende toestemming voor erkenning kan verzoeken. Hiermee wordt beoogd dat de positie van de duomoeder, maar ook de positie van de biologische vader wordt versterkt.

§ 2.7 Tot slot

In dit hoofdstuk is naar voren gekomen dat er heel wat verschillende visies zijn om tot een verandering te komen in het huidige stelsel ten aanzien van duomoeders. Logischerwijs is het voor een biologische vader gemakkelijker om in een familierechtelijke betrekking tot het kind te komen staan, dan voor een duomoeder, die wellicht alleen heeft ingestemd met de verwekking van het kind.

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 2004/05, 28 457/26 672, nr. 23, p. 3.

¹⁴² Het gaat hierbij om de vrouwelijke partner van de moeder, de duomoeder.

¹⁴³ Zie o.a. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 673, nr. 3 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 5, p. 2, 5-6.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 551, nr. 22, p. 1.

¹⁴⁵ <www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/document/61>.

Het juridisch ouder worden van het kind door de duomoeder leidt in de huidige regeling vaak tot problemen. Door de veranderingen in de afgelopen jaren – zowel de maatschappelijke als juridische wijzigingen – is steeds vaker de vraag gesteld hoe de vrouwelijke partner van de moeder van het kind op een meer eenvoudige wijze tot een juridische relatie kan komen te staan met het kind.

Inmiddels heeft het kabinet na heel wat voorstellen een nieuw wetsvoorstel opgesteld. Dit zou gaan inhouden dat wanneer twee vrouwen met elkaar gehuwd zijn ten tijde van de geboorte van het kind, de duomoeder van rechtswege ouder wordt van dit kind. De duomoeder wordt hierdoor gelijkwaardig aan de moeder die de zwangerschap uitdraagt en het kind heeft gebaard. Indien de vrouwen niet gehuwd zijn kan de duomoeder met toestemming van de moeder het kind erkennen en wordt zij ook juridisch ouder en ook in dit geval gelijkwaardig aan de moeder. De moeder loopt hierdoor echter het risico dat zij haar kind kan ‘verliezen’ wanneer de twee vrouwen uit elkaar gaan en de duomoeder bijvoorbeeld meer voor het kind heeft gezorgd. In het geval van de erkenning maken de vrouwen heel bewust de keuze voor het moederschap van de duomoeder. Maar is het besef van dit risico bij de moeder groot genoeg wanneer het ouderschap van de duomoeder van rechtswege ontstaat door het huwelijk?

Het voorstel lijkt een tegemoetkoming te zijn ten aanzien van duomoeders. Echter, brengt het mijns inziens ook onbewuste risico's met zich mee en kan de vraag gesteld worden of deze diep ingrijpende wijziging in het familie- en gezinsleven van zowel de moeder van het kind, haar vrouwelijke partner, het kind zelf en de biologische vader, een volledig juiste oplossing is. In het volgende hoofdstuk bespreek ik het conceptwetsvoorstel. Hierin zal ik aangeven waar het mijns inziens goed geregeld is, maar ga ik vooral in op de punten die naar mijn mening verandering of een aanvulling behoeven om zo een goede situatie te creëren ten aanzien van een kind dat wordt geboren binnen een relatie van twee vrouwen.

§ 3.1 Inleiding

De commissie Kalsbeek adviseerde eind 2007 over het lesbisch ouderschap en was van mening dat de vrouwelijke partner van de moeder – de duomoeder – in ieder geval het kind van haar partner moest kunnen erkennen. Deze aanbeveling werd enige tijd later door het kabinet overgenomen en onlangs werd hiertoe een conceptwetsvoorstel¹⁴⁶ en een concept- Memorie van Toelichting¹⁴⁷ gepubliceerd. Deze nieuwe wet voorziet erin dat meer kinderen die worden geboren binnen een lesbische relatie, twee juridische ouders kunnen krijgen. Beoogd wordt om het juridisch ouderschap van rechtswege te laten ontstaan voor de eega van de moeder, wanneer zij en de moeder zijn gehuwd ten tijde van de geboorte van het kind en er voor de zwangerschap gebruik is gemaakt van een onbekende donor.¹⁴⁸ In alle andere gevallen zal de duomoeder het kind dan kunnen erkennen. Doel van deze wet is om zonder gerechtelijke procedure het juridisch ouderschap van de duomoeder sneller tot stand te laten komen. Daarnaast wordt de positie van de zaaddonor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind versterkt. Hij zal aan de rechter – evenals de verwekker van het kind – om vervangende toestemming voor erkenning kunnen verzoeken.

§ 3.2 De wijzigingsvoorstellen

Om het juridisch ouderschap van de duomoeder sneller tot stand te laten komen, zal Boek 1 van het BW moeten worden gewijzigd. De voorgestelde wijzigingen binnen het afstammingsrecht zijn als volgt:¹⁴⁹

- indien de duomoeder is gehuwd met de moeder van het kind en duidelijk is dat de biologische vader geen rol zal gaan spelen bij de verzorging en opvoeding van het kind, ontstaat het moederschap van rechtswege;
- het moederschap dat door het huwelijk is ontstaan, kan worden ontkent wanneer de moeder niet de vrouw is uit wie het kind geboren is;
- erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder is mogelijk in alle gevallen waarin het juridisch moederschap niet van rechtswege ontstaat;
- het moederschap van de duomoeder zal gerechtelijk kunnen worden vastgesteld, indien zij als levensgezel van de moeder van het kind heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad;
- de duomoeder is jegens het kind alimentatieplichtig op grond van art. 1:394 en 395b BW, indien zij heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad.

¹⁴⁶ <www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/document/61>.

¹⁴⁷ <www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/document/60>.

¹⁴⁸ Een zaaddonor in de zin van art. 1 sub c Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.

¹⁴⁹ Concept- Memorie van Toelichting lesbisch ouderschap, p. 1.

De duomoeder wordt in het wetsvoorstel dus gelijkgesteld aan de mannelijke levensgezel van de moeder. In het naamrecht zal art. 1:5 BW worden gewijzigd zodat het kind – dat in familierechtelijke betrekking tot de duomoeder komt te staan – ook haar geslachtsnaam kan krijgen.¹⁵⁰ Naast de wijzigingen in Boek 1 van het BW, zal aan de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting art. 3a worden toegevoegd die komt te luiden: “Op verzoek van de ouder van het kind dat door kunstmatige donorbevruchting is verwekt, verstrekt de Stichting een verklaring als bedoeld in artikelen 198, eerste lid, onder b, of 227, vierde lid, van Boek 1 van het BW, waarin de persoonsidentificerende gegevens van de donor niet worden opgenomen.”¹⁵¹

§ 3.3 Rapporten van de commissie Kalsbeek en prof. mr. C. Forder

Het conceptwetsvoorstel dat er nu ligt is opgesteld met behulp van de aanbevelingen die de commissie Kalsbeek en Caroline Forder hebben gedaan. In deze paragraaf geef ik allereerst een overzicht van de aanbevelingen die wel en niet zijn overgenomen, alvorens ik inhoudelijk inga op het wetsvoorstel.

De twee mogelijkheden voor de duomoeder om juridisch ouder te worden van het kind – de erkenning en ouderschap van rechtswege – zijn de hoofdpunten en ook de meest ingrijpende wijzigingen van het conceptwetsvoorstel. De commissie Kalsbeek heeft daarnaast in haar rapport aangegeven waar de wetgever tevens rekening mee diende te houden. Zo heeft zij aangegeven dat het belangrijk is stil te staan bij de vraag of het kind de mogelijkheid moet krijgen een verzoek in te dienen tot vernietiging van de door de moeder gedane erkenning, op grond van het feit dat de duomoeder niet de biologische moeder is. De duomoeder krijgt daarmee namelijk een in beginsel aantastbaar ouderschap.¹⁵² In het conceptwetsvoorstel is een nieuw artikel toegevoegd – art. 1:205a BW – dat de vernietiging van de erkenning gedaan door de duomoeder betreft. Het kind krijgt deze mogelijkheid op de grond dat de duomoeder niet de vrouw is uit wie het kind is geboren. Deze vernietiging kan ook door de erkennende duomoeder, de andere moeder en het Openbaar Ministerie worden verzocht.

Ook wil het kabinet de gerechtelijke vaststelling van het moederschap mogelijk gaan maken. De commissie Kalsbeek was van mening dat deze rechtsfiguur ook voor een vrouw moest gaan gelden, zonder dat er onderscheid wordt gemaakt met de man die als levensgezel heeft ingestemd met de daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. Zij was tevens van oordeel dat als dit mogelijk wordt gemaakt, het kind de gerechtelijke vaststelling van de niet biologische ouder ongedaan zou moeten kunnen maken. Als het mogelijk is voor het kind ten aanzien van de erkenning, moet dit ook gelden voor de gerechtelijke vaststelling ouderschap om consistentie in het

¹⁵⁰ O.g.v. art. 1:253t BW is een verzoek tot wijziging van de geslachtsnaam reeds mogelijk vergezeld van een verzoek tot gezamenlijk gezag.

¹⁵¹ Conceptwetsvoorstel lesbisch ouderschap, p. 4.

¹⁵² Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 30.

afstammingsrecht te behouden.¹⁵³ Aan deze aanbeveling is echter door de wetgever geen gehoor gegeven.

De commissie stelde voor om in geval van ouderschap van rechtswege art. 1:198 BW aan te vullen met de zin “of die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het geboren is, is gehuwd.”¹⁵⁴ Daarnaast was zij van mening dat het moederschap moet kunnen worden ontkend, omdat de vrouwelijke partner van de duomoeder niet de biologische moeder is.¹⁵⁵ In het nieuwe wetsvoorstel is art. 1:198 BW volledig analoog aan art. 1:199 BW aangepast en kan het door het huwelijk ontstane moederschap worden ontkend op de grond dat de moeder niet de vrouw is, uit wie het kind is geboren. De wetgever wil met deze grond voorkomen dat de duomoeder door middel van eiceldonatie een onaantastbaar moederschap zou krijgen en dat dit zou leiden tot een motivatie voor eiceldonatie.¹⁵⁶

Net als de commissie heeft de wetgever niet voor een nieuwe rechtsfiguur ten aanzien van lesbische vrouwen gekozen en ook niet voor de mogelijkheid van drie ouders. Wat betreft het terugdraaien van de versoepelde adoptieregels, zoals voorzien in wetsvoorstel 30 551, heeft het kabinet aangegeven – gelet op de tijd die gemoeid gaat met het opstellen van een nieuw wetsvoorstel – dit nu (nog) niet te willen wijzigen.¹⁵⁷

De positie van de biologische vader (met *family life*) is in het rapport van de commissie Kalsbeek niet of nauwelijks aan de orde gekomen. Het kabinet heeft hierover derhalve – en tevens over het recht van het kind op afstammingsinformatie – in de voorbereidende fase van het wetsvoorstel advies ingewonnen bij Professor Forder, deskundige op het gebied van het EVRM.¹⁵⁸ In haar onderzoek heeft Forder geconcludeerd dat het voor de biologische vader die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, mogelijk moet zijn een verzoek tot vervangende toestemming in te dienen bij de rechter wanneer de moeder van het kind haar toestemming weigert voor de erkenning.¹⁵⁹ Deze aanbeveling is overgenomen en art. 1:204 lid 3 BW is aangepast zoals Forder had voorgesteld. In het wetsvoorstel is art. 1:204 BW als volgt voorgesteld.¹⁶⁰

1. In het eerste en vierde lid wordt “man” telkens vervangen door: persoon.

2. Het derde lid komt te luiden:

De toestemming van de moeder wier kind de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, dan wel de toestemming van het kind van twaalf jaren of ouder, kan op verzoek van de man die het kind wil erkennen, door de toestemming van de rechtbank worden vervangen, indien de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden, en deze man

a. de verwekker is van het kind; of

b. de zaaddonor is van het kind en in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat.

¹⁵³ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 30-31.

¹⁵⁴ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 33.

¹⁵⁵ Rapport Lesbisch Ouderschap, p.35.

¹⁵⁶ Concept- Memorie van Toelichting lesbisch ouderschap, p. 7.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 551, nr. 22, p. 2.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 551, nr. 22, p. 1.

¹⁵⁹ Rapport Forder 2009, p. 28.

¹⁶⁰ Conceptwetsvoorstel lesbisch ouderschap, p. 2.

Daarnaast heeft Forder aanbevolen om art. 1:205 BW aan te passen, opdat de verwekker en de zaaddonor met *family life* wanneer zij geen redelijke mogelijkheid hebben gehad het kind te erkennen of indien zij een groter aandeel hebben gehad in de opvoeding van het kind dan gebruikelijk, ook een verzoek tot vernietiging van de erkenning kunnen indienen.¹⁶¹ Voor beiden is deze mogelijkheid in het wetvoorstel echter niet gecreëerd.

Volgens Forder zou de zaaddonor met *family life*, op vergelijkbare basis als de verwekker, recht op afstammingsinformatie moeten ontleen aan art. 8 EVRM. Dit om de reden dat de uitoefening van de steeds zichtbaarder wordende rechten van de zaaddonor volledig afhangt van de vaststelling of hij al dan niet de biologische vader van het kind is en hij dus zonder dit recht in veel situaties van zijn andere rechten verstoken zal blijven.¹⁶² Verder raadt zij de overheid aan zorg te dragen voor het informeren van duomoeders ten aanzien van het belang van het kind bij afstammingsinformatie.¹⁶³ Of deze laatste aanbevelingen worden overgenomen blijkt niet uit het nieuwe wetsvoorstel.

§ 3.4 Een progressieve ontwikkeling

Gezien de veranderingen in onze maatschappij vind ik het een goede ontwikkeling dat het kabinet met de tijd mee wil gaan en oplossingen wil bieden voor de moderne problematiek die is ontstaan binnen het afstammingsrecht. Echter, terughoudendheid is ook geboden om te grote risico's te vermijden. Desondanks lijkt een aantal wijzigingen in het wetsvoorstel een gedeelte van de huidige problemen te dekken. Zo levert bijvoorbeeld de aanpassing in art. 1:205 BW – dat erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder van het kind mogelijk maakt – een ingrijpende wijziging op in het afstammingsrecht, maar komt het wel tegemoet aan de ontwikkelingen in de samenleving na invoering van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht en daarmee aan de huidige gezinssamenstellingen.

§ 3.4.1 Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder

De erkenning door een vrouw wordt in het nieuwe wetsvoorstel mogelijk gemaakt en vastgelegd in art. 1:198 lid 1, sub c BW. Voorgesteld wordt dat erkenning door de duomoeder mogelijk zal worden wanneer het juridisch moederschap niet van rechtswege ontstaat.¹⁶⁴ Hiervan is sprake als de duomoeders niet zijn gehuwd of als er een bekende donor of verwekker in het spel is. In een dergelijk geval is de wetgever van mening dat het wenselijk is een keuzemogelijkheid te bieden aan de moeder, de duomoeder en de biologische vader waarin zij zelf afspraken kunnen maken en beslissen wie de tweede juridische ouder wordt. Wanneer de moeder toestemming geeft aan de duomoeder om het kind te erkennen, maar ook de bekende donor – zijnde de biologische vader van het kind – het kind wenst te erkennen, wordt het voor hem mogelijk om op grond van het nieuwe art.

¹⁶¹ Rapport Forder 2009, p. 29-30, 85-86.

¹⁶² Rapport Forder 2009, p. 54, 86-87.

¹⁶³ Rapport Forder 2009, p. 81.

¹⁶⁴ Concept- Memorie van Toelichting lesbisch ouderschap, p. 3.

1:204 lid 3, sub b BW vervangende toestemming voor erkenning te vragen aan de rechter indien hij in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind. De rechter zal dan een belangenafweging moeten maken. Naar mijn mening dient voorrang te worden gegeven aan de feitelijke verzorgingssituatie waarin het kind wordt opgevoed en daarmee dus aan het belang van de moeders om samen met haar vrouwelijke partner en kind een gezin te vormen, maar mag tevens niet zomaar aan de belangen van de biologische vader voorbij worden gegaan. Thans is het mogelijk dat de moeder de erkenning door de biologische vader tegenhoudt door geen toestemming te geven, omdat zij het kind opvoedt en verzorgt met haar vrouwelijke partner.¹⁶⁵ De biologische vader kan op zijn beurt de adoptie (waardoor de duomoeder juridisch ouder zou kunnen worden) tegenhouden, omdat hij recht heeft op bescherming van zijn *family life*.¹⁶⁶ Indien de duomoeder de mogelijkheid krijgt om het kind te erkennen, kan deze impasse waarbij het kind verstoken blijft van een tweede ouder in deze gevallen worden doorbroken. De moeder van het kind, kan door haar toestemming te geven aan de erkenning, bepalen wie de juridische ouder wordt van het kind.¹⁶⁷ Op deze manier kan het ouderschap snel en vrijwel kosteloos worden geregeld, dit in tegenstelling tot adoptie.

In plaats van erkenning zouden dezelfde rechtsgevolgen gerealiseerd kunnen worden door aan het gezamenlijk gezag dat een lesbisch paar van rechtswege heeft over hun kind(eren) – indien zij een geregistreerd partnerschap hebben of zijn gehuwd – erf- en successierechten te koppelen en voor de andere paren hieraan de eis van een nauwe persoonlijke betrekking toe te voegen. Om de onderhoudsplicht op te vangen zou dan art. 1:394 BW ook moeten worden uitgebreid met de vrouwelijke instemmende levensgezel van de moeder van het kind. Dit zou een mogelijkheid kunnen zijn voor de duomoeder, maar zij krijgt hiermee niet de naam *juridisch ouder* opgeplakt. Bij erkenning is zij wel juridisch moeder en dit acht ik van belang voor de identiteit, het gevoel voor altijd bij elkaar te horen en voor de acceptatie van deze paren in de maatschappij.

§ 3.4.2 Verzoek tot vernietiging van de door de duomoeder gedane erkenning

In het conceptwetsvoorstel is ook voorgesteld een nieuw artikel toe te voegen voor het indienen van een verzoek bij de rechtbank tot vernietiging van de erkenning gedaan door de duomoeder, art. 1:205a BW. De commissie Kalsbeek vroeg zich af of deze mogelijkheid er moest komen voor het kind, aangezien de duomoeder daardoor een in beginsel aantastbaar moederschap zou krijgen. Ik ben van mening dat het een goede keuze is om deze mogelijkheid voor het kind te creëren. Zoals ook de Minister van Justitie aangeeft blijft het sluitstuk van het afstammingsrecht dat het juridisch ouderschap met de biologische waarheid in overeenstemming moet kunnen worden gebracht.¹⁶⁸ Een kind heeft indien het minderjarig was zeer waarschijnlijk geen inspraak gehad bij de erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder. Indien het kind er zélf voor kiest – mijns inziens met gegronde

¹⁶⁵ HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386.

¹⁶⁶ HR 21 april 2006, NJ 2006, 584.

¹⁶⁷ Concept- Memorie van Toelichting lesbisch ouderschap, p. 3-4.

¹⁶⁸ Concept- Memorie van Toelichting lesbisch ouderschap, p.9.

redenen – de duomoeder niet als juridisch ouder te willen, dient dit mogelijk te zijn en weegt het belang van het kind hier zwaarder dan de aantastbaarheid van het duomoederschap. Ik vind het daarnaast een goede keuze dat de mogelijkheden van de moeders hiertoe beperkt zijn, aangezien de erkenning willens en wetens plaatsvindt en zij hier dus niet eenvoudigweg op terug kunnen komen. Een verzoek tot vernietiging van de door de duomoeder gedane erkenning kan worden verzocht op de grond dat de duomoeder niet de vrouw is, uit wie het kind is geboren. Ik ga ervan uit dat ook in dit geval is gekozen voor de vrouw uit wie het kind niet is geboren om een onaantastbaar moederschap van de duomoeder te voorkomen.

§ 3.4.3 Verzoek tot vernietiging van een erkenning door de verwekker en zaaddonor

Onder het huidige recht hebben de verwekker en de zaaddonor met *family life* niet de mogelijkheid om de erkenning door een niet-verwekker ongedaan te maken. Ook bij de voorgestelde wijzigingen ten aanzien van Boek 1 BW, krijgen zij deze bevoegdheid niet. Forder heeft in haar rapport de aanbeveling gedaan dit wel mogelijk te maken. Mijns inziens is hier geen reden toe. Bij de ingrijpende wijziging in 1998 heeft de wetgever er ook al bewust van afgezien de verwekker toe te voegen aan de kring van personen die op grond van de wet een verzoek kunnen indienen tot de vernietiging van een eerder gedane erkenning.¹⁶⁹ De verwekker heeft op grond van art. 1:204 lid 3 BW al de mogelijkheid om vervangende toestemming te verzoeken voor de erkenning van het kind. De wetgever heeft aangegeven dat er geen reden is om hem later alsnog de mogelijkheid te bieden de erkenning te vernietigen wanneer die is gedaan door een niet-verwekker. Tevens is er volgens de wetgever ook geen reden dit mogelijk te maken, indien de verwekker wel heeft gepoogd het kind te erkennen, maar de moeder haar toestemming heeft geweigerd en de rechter geen vervangende toestemming heeft verleend. Wanneer de verwekker nog geen procedure bij de rechter tot vervangende toestemming heeft kunnen starten en de moeder het kind reeds heeft laten erkennen, kan de rechter alsnog vervanging van de toestemming verlenen en de eerder gedane erkenning doorhalen.¹⁷⁰ In het nieuwe wetsvoorstel krijgt ook de zaaddonor met *family life* de bevoegdheid tot het indienen van een dergelijk verzoek. Voor hem geldt daarmee ook dat indien daar gegronde redenen voor zijn, alsnog vervangende toestemming kan worden verleend en de eerder gedane erkenning kan worden doorgehaald. Om deze reden acht ik de verruiming van de mogelijkheden tot vernietiging van de erkenning voor de verwekker en de zaaddonor met *family life* niet nodig. Indien vervangende toestemming niet door de rechter is verleend, moet de moeder immers niet op nog een andere manier kunnen worden gestoord in haar verhouding met het kind en dient het belang van het kind bij niet-erkenning naar mijn mening zwaarder te wegen dan de aanspraak van de man op een familierechtelijke betrekking met het kind.

¹⁶⁹ Kamerstukken II 1996/97, 24 649, nr. 6, p. 40.

¹⁷⁰ Kamerstukken II 1996/97, 24 649, nr. 6, p. 40.

De wetgever heeft niet gekozen voor een volledige gelijkstelling van de verwekker aan de zaaddonor met *family life*, zoals Forder voorstelt in haar rapport. Hiermee zou de bekende zaaddonor met *family life* zich ook kunnen gaan mengen in het gezinsleven van twee vrouwen die samen het kind opvoeden en verzorgen. Een zaaddonor met *family life* staat echter wel zijn genetisch materiaal af met het oog op de verwekking van een kind, terwijl een verwekker een kind kan verwekken in enkele minuten zonder dat hij daartoe de intentie heeft. Vanuit dit perspectief zou er voor een gelijkstelling gekozen kunnen worden, daar de rechtspositie van de verwekker thans veel gunstiger is dan die van de zaaddonor met *family life*. Het dient dan enkel te gelden ten aanzien van de 'bekende' zaaddonor met *family life*. Er zullen immers geen zaaddonoren overblijven wanneer zij door de moeder kunnen worden aangesproken op hun verantwoordelijkheden jegens het kind, zoals dit bij de verwekker thans mogelijk is. De rechter dient mijns inziens in dit geval dan wel een uitdrukkelijke belangenafweging te maken waarin de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind en de belangen van het kind zelf worden beschermd.

§ 3.4.4 Onderhoudsplicht jegens het kind

Met de invoering van de herziening van het afstammingsrecht op 1 april 1998 werd art. 1:394 BW al verruimd. Niet alleen de verwekker was onderhoudsplichtig jegens het kind dat alleen een moeder had, maar ook de man die als levensgezel van de moeder had ingestemd met de daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, kon vanaf toen tot onderhoud worden verplicht.¹⁷¹ Tot op heden geldt deze onderhoudsactie slechts voor de mannelijke instemmende levensgezel, maar met de voorgestelde wijziging zal het ook gaan gelden ten aanzien van de vrouwelijke instemmende levensgezel van de moeder. In beide artikelen wordt *man* vervangen door *persoon*. Deze wijziging werd mijns inziens ook tijd. Ik acht het namelijk niet in het belang van het kind dat het enkel door de biologische moeder onderhouden wordt wanneer de instemmende levensgezel is vertrokken en zij niet gedwongen kan worden te voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding, om de enkele reden dat deze levensgezel een vrouw is. Wel is de duomoeder op grond van art. 1:253w BW onderhoudsplichtig jegens het kind dat mede onder haar gezag staat. Dit artikel bepaalt namelijk dat wanneer het gezag wordt beëindigd door de rechter of de ouder van het kind overlijdt, de onderhoudsplicht voortduurt gedurende de termijn dat het gezamenlijk gezag heeft geduurd. Indien het gezag slechts anderhalf jaar heeft geduurd, vervalt – na het beëindigen van dit gezag – de onderhoudsplicht van de duomoeder al na anderhalf jaar en is zij erg snel van haar verplichting af. Dit acht ik evenzeer niet in het belang van het kind, aangezien de duomoeder mede verantwoordelijk is voor de geboorte van het kind. Zij moet zich dus niet zomaar aan haar verantwoordelijkheden kunnen onttrekken. Deze verruiming vind ik dan ook zeer positief.

¹⁷¹ Wet van 24 december 1997, *Stb.* 772, p. 9.

§ 3.4.5 Een nieuwe rechtsfiguur of meer dan twee ouders

Naast aanpassing van de bestaande wetsartikelen heeft de commissie Kalsbeek ook onderzoek gedaan naar de mogelijkheden van een geheel nieuwe rechtsfiguur en daarbij gekeken naar de regelingen die de landen Zweden, Canada en Spanje hanteren voor lesbische paren. Zij hebben – naar mijn mening terecht – geadviseerd geen aansluiting te zoeken bij één van deze landen. Het systeem in Zweden, waar ze alleen erkenning toestaan indien de kunstmatige bevruchting heeft plaatsgevonden in een *public hospital*,¹⁷² is in mijn ogen te beperkt om de problemen in Nederland op te kunnen lossen. Vrouwen worden verplicht tot een *public hospital* en in alle andere gevallen is het ontstaan van juridisch lesbisch ouderschap nog steeds niet op eenvoudige wijze te realiseren. In Canada wordt de duomoeder *vermoed* moeder te zijn van het kind als dat is geboren tijdens het huwelijk of het geregistreerd partnerschap met de vrouw uit wie het kind is geboren en zij gebruik hebben gemaakt van een *ouderschapsproject*.¹⁷³ Dat de duomoeder vermoed wordt de moeder te zijn van het kind, gaat mij te ver. Voor één ieder is namelijk duidelijk dat dit niet mogelijk is. Erkenning zou mijns inziens passender zijn, daar dit een fictieve rechtshandeling is waardoor ook juridisch ouderschap ontstaat, maar waarmee de persoon die wil erkennen enkel aangeeft het kind te willen verzorgen en opvoeden en wordt niet de suggestie gewekt dat hij of zij de biologische ouder is. Daarnaast worden de vrouwen ook hier beperkt tot een kunstmatige bevruchting binnen een *ouderschapsproject*.¹⁷⁴ Indien vrouwen in Canada niet zijn gehuwd is er voor hen geen andere mogelijkheid om juridisch ouder te worden. Erkenning zou in de overige situaties mijns inziens dan een goede oplossing bieden. Spanje kent nauwelijks verschillen tussen een huwelijk van heteroparen en paren van hetzelfde geslacht. Het enige verschil, zit juist in het afstammingsrecht. Juridisch ouder worden van een kind, kan in Spanje voor paren van gelijk geslacht door adoptie en stiefouderadoptie.¹⁷⁵ Een dergelijk systeem kent Nederland al. De verklaring die de duomoeder in Spanje kan afleggen om vanaf de geboorte in een familierechtelijke betrekking tot het kind te komen staan¹⁷⁶ geeft naar mijn mening niet voldoende genoegdoening in de Nederlandse samenleving, daar dit alleen geldt voor paren die gehuwd zijn. Het is een mogelijkheid die alleen een oplossing biedt in de gevallen dat de twee moeders het met elkaar eens zijn. Mijns inziens is het echter juist in de gevallen waarin zij het niet met elkaar eens zijn, van belang goede regels te hebben voor al dan niet gehuwde lesbische paren.

Daarnaast vraag ik mij af wat de meerwaarde is van een nieuwe rechtsfiguur? Door professor Wortmann wordt bijvoorbeeld een nieuwe rechtsfiguur voorgesteld gelijkend op de erkenning, die tussen de afstamming en de adoptie staat.¹⁷⁷ Echter, de erkenning is binnen het afstammingsrecht geen waarheidshandeling maar een rechtshandeling, waarbij de persoon die wil erkennen niet de

¹⁷² Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 37.

¹⁷³ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 37-38.

¹⁷⁴ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 38.

¹⁷⁵ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 38.

¹⁷⁶ De Boer 2007, p. 316.

¹⁷⁷ Wortmann 2008, p. 357.

biologische ouder hoeft te zijn. Mijns inziens wordt het juist meer gecompliceerd wanneer er voor lesbische paren een nieuwe rechtsfiguur zou worden gecreëerd, terwijl de enkele aanpassing in dit bestaande rechtsfiguur – het tevens van toepassing verklaren op een vrouw – in mijn ogen meer zorgt voor een samenhangende regeling waarin de erkenning dus behoort tot het afstammingsrecht.

De constatering van de commissie Kalsbeek dat kiezen voor drie ouders te complex zou worden¹⁷⁸ onderschrijf ik, want het gezamenlijk ouderschap vergt een intensieve samenwerking van de verzorgers en dat kan in de praktijk bij twee ouders al tot grote problemen leiden.

§ 3.5 Alles op één hoop?

Zoals hierboven beschreven ontstaat er door het voorgestelde wetsvoorstel naar mijn mening een aantal positieve ontwikkelingen ten aanzien van duomoeders en hun kind(eren). Desondanks stel ik mij de vraag of alles wel op één hoop moet worden gegooid en voor lesbische paren ook alles met afstammingsrechtelijke rechtsgevolgen moet worden geregeld? Voor iedereen is immers duidelijk dat door middel van gemeenschap tussen een man en vrouw wel een kind kan worden geboren en dit bij twee vrouwen niet kan. De biologie staat daar nu eenmaal aan in de weg. Mijns inziens is het van belang dat er wijzigingen komen ten aanzien van lesbische paren mede in het belang van hun kinderen, maar dient de biologische waarheid niet opzij te worden gezet. Een volledig gelijke behandeling is naar mijn mening dan ook niet vereist en zeker niet wanneer dit juist risico's met zich mee brengt waarvan men zich onvoldoende bewust is. Voordat het wetsvoorstel inwerking kan gaan treden behoeft het mijns inziens dan ook nog belangrijke op- en aanmerkingen en dient het op verschillende plaatsen bovendien te worden herzien.

§ 3.5.1 Juridisch ouderschap van rechtswege

Voor een kind is het van belang dat het opgroeit in een stabiele opvoedings- en verzorgingsrelatie waarbij de ouders een duurzaam verband met elkaar hebben. Paren van verschillend geslacht die met elkaar zijn gehuwd wanneer het kind wordt geboren, worden zonder tussenkomst van de rechter de juridische ouders van het kind. Bij paren van hetzelfde geslacht is bij de geboorte van het kind altijd een derde betrokken en ontstaat het ouderschap dan ook niet van rechtswege. De wetgever is inmiddels van oordeel dat het van rechtswege ontstaan van het ouderschap van de duomoeder, gerechtvaardigd wordt door het duurzame verband tussen twee vrouwen en het onbekende donorschap. Voorgesteld wordt daarom om art. 1:198 BW aan te passen en dit artikel als volgt te laten luiden:¹⁷⁹

1. Moeder van een kind is de vrouw:

a. uit wie het kind is geboren;

b. die op het tijdstip van de geboorte van het kind is gehuwd met de vrouw uit wie het kind is geboren, indien dit kind is verwekt door kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in artikel 1, onder c, van de Wet donorgegevens

¹⁷⁸ Rapport Lesbisch Ouderschap, p. 39.

¹⁷⁹ Conceptwetsvoorstel lesbisch ouderschap, p. 1-2.

kunstmatige bevruchting en een door de stichting, bedoeld in die wet, ter bevestiging hiervan afgegeven verklaring is overgelegd. De verklaring dient bij de aangifte van de geboorte te worden overgelegd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand en werkt terug tot aan de geboorte van het kind. Indien het huwelijk binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind is ontbonden door de dood van de echtgenoot van de vrouw uit wie het kind is geboren, is de echtgenoot eveneens moeder van het kind, zelfs indien de vrouw uit wie het kind is geboren was hertrouwd;

c. die het kind heeft erkend;

d. wier ouderschap gerechtelijk is vastgesteld; of

e. die het kind heeft geadopteerd.

2. De vrouw uit wie het kind is geboren kan, indien zij sedert de 306de dag voor de geboorte van het kind was gescheiden van tafel en bed of zij en haar echtgenoot sedert dat tijdstip gescheiden hebben geleefd, binnen een jaar na de geboorte van het kind ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand verklaren dat haar overleden echtgenoot niet de moeder is van het kind, bedoeld in het eerste lid, onder b, van welke verklaring een akte wordt opgemaakt; was de vrouw uit wie het kind is geboren op het tijdstip van de geboorte hertrouwd dan is in dat geval de huidige echtgenoot de ouder van het kind.

Het ouderschap van rechtswege lijkt voor de duomoeders een goede en snelle oplossing te zijn en te rechtvaardigen doordat de twee vrouwen zich door hun huwelijk in een zelfde positie bevinden als een gehuwd paar van verschillend geslacht. Niettemin zijn hier risico's aan verbonden voor de vrouw uit wie het kind is geboren en het doet mijns inziens ook geen recht aan wat het afstammingsrecht behoort te zijn, namelijk door van rechtswege een familierechtelijke betrekking te laten ontstaan tussen de duomoeder en het kind zonder dat er een biologische band bestaat.

Door van rechtswege het moederschap van de duomoeder te laten ontstaan, zullen beide vrouwen, maar met name de vrouw uit wie het kind is geboren niet beseffen welke rechtsgevolgen dit met zich meebrengt. Zo geeft art. 1:198 BW aan welke vrouw de moeder is van het kind. Onder het huidige recht is dit de vrouw uit wie het kind is geboren of de vrouw die het kind heeft geadopteerd. Met de voorgestelde wijziging wordt ook moeder van het kind de vrouw die op het tijdstip van de geboorte van het kind is gehuwd met de vrouw uit wie het kind is geboren, de vrouw die het kind heeft erkend of wier moederschap gerechtelijk is vastgesteld. Zodra de duomoeder het juridisch ouderschap heeft verkregen geldt voor zowel de moeder uit wie het kind is geboren, als voor de duomoeder daarna het begrip *moeder*. De moeders zullen op grond van het nieuwe wetsvoorstel juridisch gezien dan 'even veel' moeder zijn van het kind. Het gevaar dat mijns inziens ontstaat met de voorgestelde wijziging van Boek 1 BW, is het risico dat de biologische moeder loopt om haar kind 'kwijt te raken' aan de duomoeder wanneer zij gaan scheiden. Hiervan kan sprake zijn als de moeder bijvoorbeeld de kostwinner is en de duomoeder derhalve meer voor het kind heeft gezorgd. Als de twee vrouwen besluiten uit elkaar te gaan zal er naar alle belangen worden gekeken, maar met name naar het belang van het kind en dus tevens naar de feitelijke opvoedingssituatie. Indien de duomoeder een groter aandeel heeft gehad in de opvoeding en verzorging van het kind is de kans groot dat bij scheiding het kind wordt toegewezen aan de duomoeder en is dit ook mogelijk, aangezien zij juridisch 'even veel' *moeder* is van het kind. Enkel door in het huwelijk te treden met haar vrouwelijke partner, roept de biologische moeder dus zonder enig besef dit risico in het leven en

kan het huwelijk voor haar voor onaangename verrassingen zorgen, waarvan zij ten tijde van het sluiten van het huwelijk niet op de hoogte is. Ik ben dan ook van mening dat dit afstammingsrechtelijk gevolg geen goede keuze is, omdat dit te grote problemen met zich mee zal gaan brengen.

Ten aanzien van het begrip *moeder* ben ik wel van mening dat er een pre moet blijven bestaan voor de moeder die het kind heeft gebaard. In de Memorie van Toelichting wordt gezegd dat het begrip *duomoeder* niet in de wet hoeft te worden omschreven, omdat de duomoeder wanneer zij het juridisch ouderschap heeft verkregen *moeder* is op gelijke wijze als de vrouw uit wie het kind geboren is.¹⁸⁰ In de geboorteakte van het kind dient genoteerd te worden wie van de twee vrouwen het kind heeft gebaard, zodat duidelijk is wie de moeder is uit wie het kind is geboren en wie dus de duomoeder is. Dit is voor de ambtenaar van de burgerlijke stand mogelijk door middel van een verklaring van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting, aldus de Minister van Justitie.¹⁸¹ Naar mijn mening bevestigt deze notering dat het van belang blijft te weten wie de moeder is die het kind heeft gebaard, maar blijkt dit belang niet uit het wetsvoorstel. Wanneer de twee vrouwen besluiten uit elkaar te gaan is de vraag bij wie het kind gaat wonen onderhevig aan een moeilijke toets, omdat er in beginsel gelijkwaardig ouderschap is. Ook komt het gelijkwaardig ouderschap in gedrang, wanneer de vrouw uit wie het kind geboren is een pre heeft boven de duomoeder. Maar zoals hierboven al genoemd ben ik van mening dat het uitgangspunt moet zijn dat de moeder die het kind heeft gedragen en gebaard een voorrangspositie heeft, tenzij de feitelijke verzorgingssituatie van het kind zich hiertegen verzet. Immers, de vrouw die het kind baart is door de zwangerschap fysiek het meest met het kind verbonden. Nog vóór de geboorte ontwikkelt zij vaak al een band met het kind. Zij is dan ook de eerst aangewezen persoon die verantwoordelijk is voor de opvoeding en verzorging van het kind. Naar mijn mening verplicht de zwangerschap haar tot deze zorg voor het kind. Bovendien, *moet* zij niet alleen voor het kind zorgen, maar *mag* zij dit ook en moet zij van rechtswege een bescherming krijgen.¹⁸² Zij heeft mijns inziens derhalve boven alle andere potentiële ouders een voorrangspositie met betrekking tot het mogen dragen van de verantwoordelijkheid voor het kind. Naar mijn mening moet het begrip *duomoeder* om deze reden dus wel worden gedefinieerd en dient er een pre te blijven bestaan voor de barendende moeder ten opzichte van de moeder die geen biologische band heeft met het kind.¹⁸³

§ 3.5.2 Ontkenning van het door huwelijk ontstane moederschap

Indien ondanks de risico's het moederschap van rechtswege wel mogelijk zal worden gemaakt, moet dit moederschap ook kunnen worden ontkend, daar de duomoeder niet de vrouw is uit wie het kind is geboren. Zodoende blijft het ook mogelijk het juridisch ouderschap in overeenstemming te brengen met de biologische waarheid. De wetgever is het hier ook mee eens en derhalve is reeds voorgesteld

¹⁸⁰ Concept- Memorie van Toelichting lesbisch ouderschap, p. 6.

¹⁸¹ Concept- Memorie van Toelichting lesbisch ouderschap, p. 6-7.

¹⁸² Henstra, diss. 2002, p. 173.

¹⁸³ Als er een genetische duomoeder is, dient de barendende moeder mijns inziens nog steeds een pre te hebben vanwege de zwangerschap.

om na titel 11, afdeling 2, een nieuwe afdeling in te voegen, luidende: “AFDELING 2a Ontkenning van het door huwelijk ontstane moederschap.”¹⁸⁴ In art. 202a van deze nieuwe afdeling is opgenomen dat het moederschap kan worden ontkend door de biologische moeder, de duomoeder en het kind zelf. De moeders kunnen dit niet, indien de duomoeder vóór het huwelijk kennis heeft gedragen van de zwangerschap of heeft ingestemd met de kunstmatige donorbevruchting. Het nieuwe art. 202b bepaalt dat indien één van de twee moeders overlijdt voor de afloop van de in art. 202a, derde lid, gestelde termijn, een afstammeling van deze echtgenoot in de eerste graad of, bij gebreke van zodanige afstammeling, een ouder van deze echtgenoot, de rechtbank kan verzoeken de ontkenning van het moederschap gegrond te verklaren. Tevens worden de artikelen 201, tweede lid, en 202 van overeenkomstige toepassing verklaard.

Naar mijn mening is het juist dat de wetgever niet heeft voorzien in de mogelijk tot ontkenning van het door het huwelijk ontstane moederschap door de biologische vader of verwekker. De rust in het gezin van betrokkenen zou ernstig verstoord worden als deze mogelijkheid er zou zijn. Indien er voor moederschap van rechtswege wordt gekozen, dient de ontkenning hiervan – mijns inziens – voor dezelfde personen mogelijk te zijn als voor paren van verschillend geslacht en moet er geen onderscheid worden gemaakt. Echter, kunnen zich wel situaties voordoen waarin het jegens de verwekker zeer onterecht is om geen familierechtelijke betrekking met het kind te kunnen bewerkstelligen.¹⁸⁵

§ 3.5.3 Verzoek tot vervangende toestemming door de duomoeder

Een andere wijziging die is opgenomen in het conceptwetsvoorstel is art. 1:204 lid 3 BW. Dit artikel geldt tot nu toe alleen voor de verwekker van het kind. De verwekker die het kind wil erkennen kan de rechter om vervangende toestemming vragen wanneer de vereiste toestemming door de moeder of het kind wordt geweigerd. Het kabinet is voornemens om art. 1:204 lid 3 BW uit te breiden met de man die zaaddonor is van het kind en die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat. Deze uitbreiding is gebaseerd op het rapport van Forder, waarin zij adviseert dat de zaaddonor met *family life* hier ook recht op zou moeten hebben.¹⁸⁶ Maar wat gebeurt er als de moeder haar toestemming weigert ten opzichte van de duomoeder nadat zij jaren voor het kind heeft gezorgd? Voor haar wordt er in het conceptwetsvoorstel geen mogelijkheid voor een verzoek tot vervangende toestemming gecreëerd.

De man die om vervangende toestemming kan vragen, wordt hiertoe pas in het gelijk gesteld als hij de verwekker is van het kind. In 2001 oordeelde de Hoge Raad dat voor een dergelijk verzoek niet is vereist dat tussen de verwekker en het kind een gezinsleven bestaat.¹⁸⁷ Daarbij gaf hij aan dat het aankomt “op een belangenafweging van betrokkenen, waarbij als uitgangspunt geldt dat zowel kind

¹⁸⁴ Conceptwetsvoorstel lesbisch ouderschap, p. 2.

¹⁸⁵ Zie hiervoor Vlaardingerbroek 2008, p. 212.

¹⁸⁶ Rapport Forder 2009, p. 28.

¹⁸⁷ HR 16 februari 2001, NJ 2001, 571.

als verwekker aanspraak erop heeft dat hun relatie rechtens wordt erkend als familierechtelijke rechtsbetrekking.¹⁸⁸ De rechter dient de belangen van de man af te wegen tegen de belangen van de moeder en het kind. In art. 1:204 lid 3 BW staat het belang van de moeder omschreven als *het belang bij een ongestoorde verhouding met het kind*. De Hoge Raad oordeelde dat er van schade aan de belangen van het kind sprake is, indien er voor het kind reële risico's ontstaan waardoor het wordt belemmerd in een evenwichtige ontwikkeling.¹⁸⁹ Voor de biologische vader die verwekker is, is er geen gezinsleven vereist en hij kan als zijnde verwekker dus altijd vervangende toestemming voor erkenning vragen aan de rechter. In 2003 werd er ten aanzien van de zaaddonor door de Hoge Raad beslist dat een biologische vader die *family life* heeft met zijn kind op grond van art. 8 EVRM recht heeft op bescherming van dit *family life*, ondanks de wijze waarop de zwangerschap is ontstaan.¹⁹⁰ Hiermee heeft dus ook de zaaddonor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind, recht op vervangende toestemming en wordt dit met het nieuwe wetsvoorstel beoogd wettelijk vast te leggen.

De duomoeder is in tegenstelling tot de verwekker of de zaaddonor, niet de biologische ouder van het kind dat is geboren uit haar vrouwelijke partner. Hier is altijd sperma van een man voor nodig en zal er dus binnen de relatie van een lesbisch paar bij de geboorte van een kind altijd een derde betrokken zijn. De overweging van de wetgever bij het invoeren van de vervangende toestemming door de verwekker van het kind was de situatie die kon ontstaan waarin de man geruime tijd meer dan de moeder voor het kind heeft gezorgd en later onterecht buiten de deur wordt gezet. De moeder zal – wanneer deze man vervolgens het kind wil erkennen – de erkenning tegen willen houden, terwijl het belang van het kind hiermee in een dergelijk geval juist gediend kan zijn.¹⁹¹ Bij een lesbische paar kan deze situatie zich uiteraard ook voordoen. Waarschijnlijk zal het slechts een aantal keer per jaar voorkomen, maar in die gevallen waarin de duomoeder in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind dient deze mogelijkheid mijns inziens te bestaan. Belangrijk is immers het belang van het kind, de feitelijke opvoedingssituatie waarin het zich bevindt en wie het kind als zijn ouders is gaan beschouwen. Het verzoek is nog altijd onderhevig aan een rechterlijke toets en de duomoeder zal derhalve niet zomaar tegen de wil van de moeder kunnen erkennen. Wanneer de duomoeder een dergelijk verzoek wil indienen moet zij naar mijn mening wel aantonen dat zij in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind. Het is dan aan haar om te bewijzen dat zij samen met de moeder van het kind bewust heeft gekozen voor het krijgen van het kind, dat hun relatie in voldoende mate op één lijn is te stellen met een huwelijk en dat zij heeft bijgedragen in de opvoeding en de verzorging van het kind.

In de jurisprudentie is de rechtsregel ontstaan dat vanaf het moment waarop een verzoek tot het verlenen van vervangende toestemming bij de rechtbank is ingediend en totdat daarop definitief is

¹⁸⁸ HR 16 februari 2001, NJ 2001, 571.

¹⁸⁹ HR 16 februari 2001, NJ 2001, 571.

¹⁹⁰ HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386.

¹⁹¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 649, nr. 3, p. 11.

beslist, de moeder aan een ander slechts voorwaardelijk toestemming kan verlenen en die toestemming alleen gevolg heeft in dat geval waarin de door de verwekker gevraagde vervangende toestemming bij een definitief geworden rechterlijke beslissing is geweigerd.¹⁹² Deze regel zal mijns inziens ook toegepast gaan worden ten aanzien van de zaaddonor met *family life* die een dergelijk verzoek kan indienen bij invoering van het nieuwe wetsvoorstel. Als vervangende toestemming voor de duomoeder mogelijk wordt gemaakt, zal deze regel min of meer als logisch gevolg ook ten aanzien van haar gaan gelden. Wanneer dit voor hen niet zou gelden, hebben zij niet veel profijt van de mogelijkheid tot *vervangende toestemming*, aangezien de moeder van het kind de erkenning dan nog steeds kan voorkomen, door 'snel' iemand anders het kind te laten erkennen. In paragraaf 3.4.3 kwam reeds aan de orde dat de verwekker – indien hij nog geen procedure tot vervangende toestemming heeft kunnen starten – de rechter alsnog vervangende toestemming kan verlenen en de eerder gedane erkenning kan worden doorgehaald. Dit zal – en behoort – mijns inziens ook te gelden ten aanzien van de zaaddonor met *family life* en duomoeder.

De vraag die bij mij vervolgens naar boven komt is of de duomoeder in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind kan staan als het nog niet is geboren. Dit speelt een rol wanneer de relatie nog voor de geboorte van het kind wordt verbroken. Het hof en de Hoge Raad waren beiden van oordeel dat tussen het ongebooren kind en de man een nauwe persoonlijke betrekking kan ontstaan.¹⁹³ Het ging in deze casus dan wel om omgang waarbij het de vraag was of de donor ontvankelijk was en nog moest blijken of hij hier recht op had. De vraag of er een nauwe persoonlijke betrekking kan ontstaan nog voor de geboorte van het kind, is door zowel het hof als de Hoge Raad in ieder geval bevestigend beantwoord. De Hoge Raad wees er tevens op dat “het achterwege blijven van contact slechts in samenhang met andere, zwaarwegende feiten en omstandigheden een factor kan vormen bij de beantwoording van de vraag of een eenmaal bestaande nauwe persoonlijke betrekking nadien is verbroken.”¹⁹⁴ De spermadonor moest hier bijkomende omstandigheden stellen om de nauwe persoonlijke betrekking aan te kunnen tonen. Dit kan bijvoorbeeld zijn dat de man niet een willekeurige donor is, de man en de vrouw een hecht contact hadden ten tijde van de bevruchting en ook het voornemen hadden dit contact na de bevalling voor te zetten en het de bedoeling was dat de man het kind zou erkennen.¹⁹⁵ De duomoeder zou ook dergelijke omstandigheden kunnen stellen, maar zij is nooit biologisch met het kind verbonden – de genetisch moeder daargelaten – en gaat het naar mijn mening te ver om een nauwe persoonlijke betrekking vast te stellen, waardoor inmenging in het leven van de moeder en het kind mogelijk is. Een rechterlijke toets zal moeten uitwijzen of hiervan sprake is tussen de duomoeder en het kind. Mijns inziens zal het lastig zijn om te stellen dat de duomoeder in een nauwe persoonlijke betrekking staat

¹⁹² HR 31 mei 2002, *NJ* 2002, 470.

¹⁹³ HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310; HR 26 november 1999, nr. R99/026, *NJ* 2000, 85.

¹⁹⁴ Zie rov. 3.4.3. HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310.

¹⁹⁵ HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310.

tot het kind als het nog niet is geboren. Ik betwijfel dan ook of een duomoeder in een dergelijk verzoek ontvankelijk zal worden verklaard.

Als de moeder niet toestaat dat de duomoeder het kind erkent, maar haar wel verplicht tot het betalen van onderhoud op grond van het nieuwe art. 1:394 BW, kan de duomoeder proberen alsnog een erkenning aan te vragen op grond van art. 8 jo. 14 EVRM, daar de moeder haar wel kan aanspreken op onderhoud, maar zij het kind niet kan erkennen, terwijl zij dit wel zou willen.

§ 3.5.4 De gerechtelijke vaststelling ouderschap

In art. 1:207 BW – thans de gerechtelijke vaststelling vaderschap – wordt voorgesteld de benaming *vaderschap* telkens te vervangen door *ouderschap* en *man* overal te vervangen door *persoon*. De nieuwe benaming zal dan ook *gerechtelijke vaststelling ouderschap* worden. Met deze wijziging wordt het mogelijk gemaakt om het ouderschap van de duomoeder gerechtelijk vast te stellen, indien zij als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. De gerechtelijke vaststelling van het ouderschap heeft dezelfde gevolgen als de erkenning. Alleen kan het verzoek hiertoe enkel door de moeder worden gedaan zolang het kind minderjarig is én door het kind zelf.¹⁹⁶ In de praktijk zijn vooral de vermogensrechtelijke gevolgen van belang. Het gaat dan om de wederzijdse onderhoudsplicht die tussen de vader of moeder en het kind bestaat en de erfrechtelijke aanspraken jegens elkaar.¹⁹⁷

Ik vraag mij echter af of deze gedwongen vorm van erkenning wel zo verstandig is om in te voeren of althans in de vorm zoals die er nu ligt. Al bij de invoering van de gerechtelijke vaststelling vaderschap werd mijns inziens terecht de vraag gesteld of dit in het belang zou zijn van het kind en of hiervan veel gebruik zou worden gemaakt,¹⁹⁸ want wat schiet de moeder of het kind – los van de mogelijkheid van erfgenaamschap¹⁹⁹ – ermee op iemand te verplichten tot het vaderschap, wanneer hij dit absoluut niet wil? Een vader, of wellicht binnenkort een moeder die niets met het kind te maken wil hebben, krijgt met deze vaststelling wel alle ouderlijke rechten en plichten en dus ook inspraak in de opvoeding en verzorging van het kind. De man of vrouw zou dan flink dwars kunnen gaan liggen. Tevens kan het kind verwickeld raken in een voortdurende strijd tussen zijn ouders. De gerechtelijke vaststelling vaderschap werd in april 1998 ingevoerd als een laatste mogelijkheid om tussen een kind en een ouder een familierechtelijke betrekking te doen ontstaan. Er werd bij de invoering hiervan gesteld dat het ontbreken van een dergelijke figuur strijd op zou leveren met art. 8 (jo. 14) EVRM, daar het kind verstoken blijft van een vader wanneer hij het kind niet wil erkennen.²⁰⁰ Ik stel mij dan toch wederom de vraag of een kind er beter van wordt een vader of een tweede moeder te hebben die geen interesse heeft in het kind en er niet voor wil zorgen. Het kind heeft dan wel twee ouders, maar is het niet meer in het belang van het kind om in een dergelijk geval alleen door de moeder

¹⁹⁶ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 649, nr. 3, p. 21.

¹⁹⁷ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 649, nr. 3, p. 21.

¹⁹⁸ Vlaardingerbroek 2008, p. 241, zie ook Heida 1997, p. 115-119.

¹⁹⁹ Deze onmogelijkheid van erfgenaamschap wordt enigszins verzacht door art. 4:35 BW.

²⁰⁰ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 649, nr. 3, p. 8.

opgevoed te worden, ondanks dat twee ouders het uitgangspunt is? Ik acht de kans daarnaast aannemelijk dat de moeder een nieuwe partner krijgt, die mogelijk een rol in het leven van het kind wil en gaat spelen. Dan lijkt het mij voor iedereen het meest wenselijk wanneer die nieuwe partner van de moeder het kind zou kunnen erkennen. Indien er reeds een gerechtelijke vaststelling heeft plaatsgevonden, kan dit niet meer ongedaan worden gemaakt en is erkenning door een ander niet meer mogelijk. Dan is alleen adoptie nog een mogelijkheid. Het is voor de moeder mijns inziens meer wenselijk om op grond van art. 1:394 BW – in een gerechtelijke procedure – haar instemmende levensgezel te verplichten tot onderhoud jegens het kind, zodat zij hier niet alleen in hoeft te voorzien. In het nieuwe wetsvoorstel gaat dit – zoals in paragraaf 3.4.4 besproken – waarschijnlijk ook gelden voor de instemmende levensgezel van de moeder. Er ontstaat dan geen familierechtelijke betrekking tussen de duomoeder en het kind en de duomoeder krijgt ook niet de rechten en plichten van een juridisch ouder.

De gerechtelijke vaststelling werd ook mogelijk gemaakt om het ouderschap alsnog vast te kunnen laten stellen indien de verwekker of de instemmende levensgezel van de moeder is overleden.²⁰¹ Wanneer de duomoeder overlijdt nog voordat het kind is geboren en zij samen met de moeder de intentie had om het kind te erkennen, kan het leed verzacht worden als de moeder het ouderschap van de overleden duomoeder gerechtelijk kan laten vaststellen en zij dus alsnog juridisch ouder wordt van het kind. De moeder van het kind moet zich mijns inziens echter afvragen of zij – ook in dit geval – dit echt wil. De gerechtelijke vaststelling ouderschap kan niet meer ongedaan worden gemaakt, ondanks dat de duomoeder niet de biologische ouder is. Als de moeder na verloop van tijd een nieuwe partner krijgt en de wens ontstaat om deze nieuwe partner moeder van het kind te laten worden en het kind te voorzien van een tweede ouder, is dit nog slechts mogelijk door middel van de kostbare en langdurige procedure van adoptie. Alleen de erfrechtelijke redenen zouden naar mijn mening een goede reden kunnen zijn om over te gaan tot gerechtelijke vaststelling ouderschap. Echter, wegen de risico's van de moeder mijns inziens zwaarder dan de fiscale redenen.

Indien de wetgever ervoor kiest de gerechtelijke vaststelling moederschap wel in te voeren en daarmee het erfgenaamschap van het kind wordt ondervangen, zou naar mijn mening in ieder geval de mogelijkheid gecreëerd moeten worden waarin het kind vernietiging van de gerechtelijke vaststelling kan verzoeken als de levensgezel van de moeder heeft ingestemd met de daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. Dit is onder het huidige recht niet mogelijk en in het conceptwetsvoorstel wordt ook niet beoogd dit mogelijk te maken. Ik ben van mening – en sluit mij daarmee aan bij de commissie Kalsbeek die hier ook al op wees in haar rapport²⁰² – dat deze wijziging onvermijdelijk is om de consistentie in het afstammingsrecht te behouden. Deze wijziging dient mijns inziens te gelden voor zowel de mannelijke als de vrouwelijke levensgezel, oftewel voor

²⁰¹ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 649, nr. 3, p. 8.

²⁰² *Rapport Lesbisch Ouderschap*, p. 31.

de gerechtelijke vaststelling ouderschap. Indien de gerechtelijk vaststelling van het moederschap wordt ingevoerd, raad ik de biologische moeder van het kind aan deze keuze goed te overwegen en zich goed te laten informeren rondom de rechtsgevolgen.

Indien de gerechtelijke vaststelling ten aanzien van de duomoeder wordt ingevoerd, geeft dit naar mijn mening tevens een extra reden om de vervangende toestemming door de duomoeder mogelijk te maken. Want wanneer het mogelijk is om het ouderschap van de vrouw tegen de wil af te dwingen, dient het naar mijn mening ook mogelijk te zijn om andersom tegen de wens van de moeder het moederschap te vragen.

§ 3.5.5 Terugdraaien van de versoepelde adoptieregels

In de brief van 12 augustus 2008 heeft de Minister van Justitie aangegeven (nog) niet over te gaan tot het aanpassen van de adoptieregels waardoor adoptie voor een lesbisch paar onder dezelfde voorwaarden mogelijk wordt als voor een heteroseksueel paar, zoals de commissie Kalsbeek heeft geadviseerd.²⁰³ Of de wetgever nu beslist om zowel het moederschap van rechtswege, als de erkenning door een vrouw mogelijk te maken, dan wel alleen de erkenning, het wordt voor twee vrouwen in ieder geval gemakkelijker om samen juridisch ouder te worden van het kind dat binnen hun relatie is geboren. Ik ben van mening dat dan zowel binnenlandse, als buitenlandse adoptie voor paren van gelijk geslacht mogelijk moet blijven, om paren de keuzemogelijkheid te bieden, daar adoptie een sterker juridisch ouderschap met zich meebrengt dan de erkenning, maar dan wel onder dezelfde voorwaarden als die gelden voor paren van verschillend geslacht. Daar de wetgever niet wilde overgaan tot het regelen van het ouderschap van de duomoeder in het afstammingsrecht²⁰⁴ werd de adoptie voor een kind geboren binnen een relatie van twee vrouwen versoepeld, om de positie van deze kinderen op één lijn te stellen met die van kinderen geboren uit een heteroseksuele relatie.²⁰⁵ Nu de wetgever hiertoe wel wil overgaan, is het naar mijn mening niet gerechtvaardigd als lesbische paren onder versoepelde regels kunnen blijven adopteren. De versoepeling van de adoptiebepalingen voor lesbische paren – de verzorgingstermijn, de samenlevingstermijn, het uitgangspunt van toewijzing bij kunstmatige donorbevruchting en de terugwerkende kracht tot het tijdstip van de geboorte – dienen naar mijn mening dus te worden teruggedraaid. De gewijzigde regels die zowel paren van gelijk geslacht, als ook andere paren tegemoet komen – zoals de verkorting van de eenouderadoptie – dienen mijns inziens ongewijzigd te blijven.

§ 3.6 Tot slot

Uit dit hoofdstuk is gebleken dat er weer een ingrijpende wijziging aan zal komen ten aanzien van het afstammingsrecht. Voor een lesbisch paar zal het wellicht mogelijk worden om op een meer eenvoudige en snellere wijze dan bij adoptie, samen juridisch ouder te worden van een kind. Een

²⁰³ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 551, nr. 22, p. 2.

²⁰⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 26 672/ 26 673, nr. 14; *Kamerstukken II* 2004/05, 28 457/ 26 672, nr. 23, p. 3.

²⁰⁵ Van Hoppe 2009, p. 3.

aantal van de voorgestelde wijzigingen in Boek 1 BW is mijns inziens een goede ontwikkeling die tegemoet komt aan de wensen in de huidige samenleving. Echter, niet alle voorgestelde wijzigingen zullen de problemen dekken en tevens zullen er zelfs nieuwe risico's ontstaan. Ik ben derhalve van mening dat er nog wel enkele aanpassingen moeten worden gemaakt. In mijn vierde en laatste hoofdstuk zal ik aanbevelingen doen, waarvan ik vind dat die nodig zullen zijn om voor nu een goede situatie te creëren voor een kind dat wordt geboren binnen een lesbische relatie en zijn duomoeders.

Hoofdstuk 4: Conclusies en aanbevelingen

§ 4.1. Inleiding

In mijn scriptie heb ik aandacht besteed aan verschillende aspecten van het afstammingsrecht. Ik heb geprobeerd om een zo volledig mogelijk beeld te creëren van het huidige stelsel van het afstammingsrecht en de aankomende wijzigingen hierbinnen. Daarbij is beschreven wat de belangrijkste veranderingen waren in het afstammingsrecht en hoe de rechtsregels thans gelden. Daarnaast heb ik verschillende visies uit de literatuur op het biologisch en sociaal ouderschap belicht en ook aandacht besteed aan de tendens hierover in de jurisprudentie. Ik heb getracht een volledig en helder beeld neer te zetten van de rapporten van de commissie Kalsbeek en Professor Forder, die zijn opgesteld in opdracht van het Ministerie van Justitie. Vervolgens is het conceptwetsvoorstel uiteengezet dat er sinds eind 2009 ligt ten aanzien van de wijziging van Boek 1 van het BW in verband met het van rechtswege ontstaan van het moederschap en de mogelijkheid van erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder. Enerzijds is het voorgestelde wetsvoorstel een vooruitstrevende ontwikkeling, anderzijds brengt het ook risico's met zich mee en is terughoudendheid geboden. Aansluitend op een korte samenvatting komen in dit laatste hoofdstuk de knelpunten nogmaals aan bod aan de hand van de aanbevelingen die ik zal doen, waarvan ik van mening ben dat zij bijdragen aan een verbeterde rechtspositie van de duomoeders en een goede situatie voor het kind dat wordt geboren binnen de relatie van een al dan niet gehuwd lesbisch paar.

§ 4.2. De bescherming van een kind geboren binnen een lesbische relatie

Inmiddels is duidelijk geworden dat er in de afgelopen decennia veel is veranderd. Door de ontwikkeling van kunstmatige bevruchtingstechnieken en de daardoor ontstane diversiteit aan leefvormen is ook het traditionele ouderschap onder druk komen te staan.²⁰⁶ Voortplanting is mogelijk geworden door deze moderne bevruchtingstechnieken zonder dat daar nog geslachtsgemeenschap voor nodig is. Een gevolg hiervan is dat binnen de relatie van twee vrouwen ook kinderen kunnen worden geboren. Zelfs een alleenstaande ongehuwde vrouw kan met hulp van een zaaddonor moeder worden van een kind en het alleen opvoeden en verzorgen. Het ouderschap is thans dan ook niet meer onlosmakelijk verbonden aan een man en vrouw, seksualiteit en een gezin. Het ouderschap is verdeeld geraakt over verschillende soorten ouders. Zo kan een man zijn genetisch materiaal afstaan aan een lesbisch paar. Hij is de biologische vader van het kind, maar de twee vrouwen worden de sociale ouders van het kind wanneer het door hen wordt opgevoed en verzorgd. Een vrouw kan voor een man en een vrouw – de wensouders – een kind dragen en baren (eventueel zelfs met de eicel van de wensmoeder). De barendes vrouw is de biologische moeder, maar de wensouders worden de sociale ouders en mogelijk ook de juridische ouders.

²⁰⁶ Henstra, diss. 2002, p.112.

Door middel van deze moderne technologie kunnen mensen steeds meer zelf invloed uitoefenen over hun eigen verwantschapsrelaties en dus ook zelf hun stambomen in elkaar knutselen.²⁰⁷ De vraag die gesteld kan worden is of het recht hier wel of niet in mee moet gaan. Naar mijn mening dient de biologische waarheid als uitgangspunt te blijven gelden, maar zijn paren van gelijk geslacht niet wezenlijk anders dan paren van verschillend geslacht. Echter, het feit dat natuurlijke voortplanting alleen bij een man en vrouw mogelijk is en bij paren van hetzelfde geslacht altijd een derde is betrokken bij de geboorte van een kind, rechtvaardigt mijns inziens wel enig verschil in rechtsregels hieromtrent. Omdat er veelvuldig gebruik wordt gemaakt van de moderne bevruchtingstechnieken, dienen er derhalve betere regels te komen om deze gezinnen bescherming te bieden en te voorkomen dat kinderen tussen wal en schip zullen vallen. Een kind heeft recht op twee ouders en daarmee recht op een optimale juridische positie. Mijn aanbevelingen zijn naar mijn mening tevens van belang voor de verdere acceptatie van paren van hetzelfde geslacht binnen de samenleving.

§ 4.3. Aanbevelingen

Naar aanleiding van mijn bevindingen dient het wetsvoorstel naar mijn mening op een aantal aspecten te worden herzien. Mijn aanbevelingen zijn als volgt:

- Het van rechtswege ontstaan van het moederschap van de duomoeder zou naar mijn mening niet moeten worden ingevoerd. Ik voorzie problemen ten aanzien van de biologische moeder. Er kunnen voor haar risico's ontstaan waarvan zij zich zeer waarschijnlijk niet bewust is als zij in het huwelijk treedt met haar vrouwelijke partner. Haar echtgenote heeft geen enkele biologische band met het kind dat ten tijde van het huwelijk van de twee vrouwen wordt geboren, maar wordt wel van rechtswege juridisch moeder van het kind. De duomoeder is hierdoor juridisch 'even veel' moeder van het kind als de biologische moeder. Wanneer de twee vrouwen gaan scheiden en de duomoeder heeft een grotere rol gespeeld in de feitelijke opvoedingssituatie van het kind, loopt de moeder daarmee het risico haar kind 'kwijt te raken' aan de duomoeder. Mijns inziens is het te risicovol voor de biologische moeder om het moederschap van de duomoeder van rechtswege in te voeren. Daarnaast vind ik dat deze rechtsfiguur – waarbij de duomoeder dus wordt *vermoed* moeder van het kind te zijn – geen recht doet aan wat het afstammingsrecht behoort te zijn.
- Indien de wetgever beslist het moederschap van rechtswege toch in te voeren – zoals in het conceptwetsvoorstel is voorgesteld – moet mijns inziens tevens een verzoek tot ontkenning van het door het huwelijk ontstane moederschap mogelijk zijn voor elk van beide moeders én het kind. Op deze manier kan de juridische situatie namelijk in overeenstemming worden gebracht met de biologische werkelijkheid. De wetgever heeft niet de mogelijkheid gecreëerd voor de biologische vader of verwekker om het door het huwelijk ontstane moederschap te ontkennen. Dit is naar mijn mening terecht, om zo de rust in het gezin van betrokkenen te behouden.

²⁰⁷ Pessers 2003, p. 12.

- Erkenning zou mijns inziens wel mogelijk moeten worden voor zowel gehuwde, als ongehuwde lesbische paren. In Nederland is erkenning een rechtshandeling en is het juist ontwikkeld voor personen die niet de biologische ouder zijn, maar die wel het ouderschap willen aanvaarden en daarmee de zorg voor het kind op zich wil nemen. Hierdoor is het naar mijn mening eenvoudig uit te breiden met de vrouwelijke partner van de moeder. Door middel van adoptie is er in de wet reeds ruimte geboden voor anderen dan de biologische ouders die bereid zijn het juridisch ouderschap te aanvaarden. Nu het ouderschap van paren van gelijk geslacht mogelijk is gemaakt, waarom dan kiezen voor een moeilijke weg, terwijl het ook veel gemakkelijker kan? Door de erkenning loopt de biologische moeder niettemin hetzelfde risico als bij het ouderschap van rechtswege, maar het grote verschil is dat bij de erkenning een bewuste keuze gemaakt moet worden en deze keuze bij het ouderschap van rechtswege achterwege blijft waardoor het risico automatisch intreedt. Wanneer een moeder haar kind door een man laat erkennen, loopt zij ook hetzelfde risico. In die situatie is echter wel altijd duidelijk wie de vrouw is uit wie het kind is geboren. Om deze reden raad ik aan het begrip *moeder* en *duomoeder* te definiëren in de wet. Mijns inziens dient de vrouw die het kind heeft gedragen en gebaard een voorrangspositie te hebben ten opzichte van alle andere potentiële ouders, tenzij de feitelijke verzorgingssituatie van het kind zich hiertegen verzet. Indien in de wet duidelijk is wie de biologische moeder is, behoudt zij een voorrangspositie ten aanzien van de duomoeder en wordt het risico om haar kind 'te verliezen' hiermee verkleind. Ook raad ik de overheid aan lesbische paren goed te informeren omtrent de keuzemogelijkheid van erkenning en hen te wijzen op zowel de voordelen, als ook op de nadelen, daar het wel risico's met zich mee kan brengen wanneer de relatie beëindigd wordt.
- Indien de wetgever beslist erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder mogelijk te maken, zal mijns inziens tevens vernietiging van deze erkenning mogelijk moeten worden wanneer de duomoeder niet de vrouw is, uit wie het kind is geboren. Deze mogelijkheid moet naar mijn mening bestaan om dergelijke situaties in overeenstemming te kunnen brengen met de biologische werkelijkheid. Dit is reeds beoogd in het conceptwetsvoorstel. In het wetsvoorstel zijn de voorwaarden opgenomen in het nieuwe art. 1:205a BW. Het kind kan de gedane erkenning vernietigen, tenzij de erkenning tijdens zijn meerderjarigheid heeft plaatsgevonden. Voor de moeders is deze mogelijkheid beperkt, aangezien zij de keuze willens en wetens hebben gemaakt en het de rechtszekerheid van het kind enorm aantast indien zij hier lichtvaardig mee om kunnen gaan.
- Een verzoek tot vervangende toestemming voor erkenning door de duomoeder zou naar mijn mening ingevoerd moeten worden, wanneer de duomoeder in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind. Indien zij jarenlang voor het kind heeft gezorgd en de moeder haar 'onterecht' buiten spel zet, kan het in het belang zijn van het kind de duomoeder een rol in zijn leven te laten blijven spelen, omdat zij door het kind als ouder wordt gezien. Mijns inziens staat de biologische moeder hierin sterker, maar moet de mogelijkheid er wel zijn voor de hierboven genoemde

gevallen. De moeder heeft de keuze gemaakt de duomoeder te betrekken in het leven van haar kind en dit kan bepaalde gevolgen met zich meebrengen. Ik raad aan art. 1:204 lid 3 BW aan te passen door *man* telkens te vervangen door *persoon* en na sub b een nieuwe sub toe te voegen, luidende: c. de duomoeder die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat.

Er komt altijd een rechterlijke toets aan te pas, waardoor de duomoeder niet zomaar de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind kan schaden.

- De vernietigingsmogelijkheid van een eerder gedane erkenning door de verwekker en zaaddonor met *family life* dient naar mijn mening niet te worden uitgebreid. De wetgever heeft dit ook niet opgenomen in het nieuwe wetsvoorstel en dat is naar mijn idee terecht. Zij hebben namelijk al de mogelijkheid tot vervangende toestemming. De moeder van het kind heeft dan wel een sterke positie doordat zij haar toestemming kan weigeren voor de erkenning, maar indien ook door een rechterlijke toets de toestemming is geweigerd, zullen de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind en/of de belangen van het kind zwaarder hebben gewogen dan die van de man. Vervangende toestemming en doorhaling van de eerder gedane erkenning is voor hen – wanneer daar gegronde redenen voor zijn – alsnog mogelijk indien de moeder het kind reeds heeft laten erkennen door een ander en er nog geen procedure tot vervangende toestemming kon worden gestart. Deze uitbreiding zou tevens de rechtszekerheid aantasten. Ik ben wel van mening dat goed naar alle belangen van alle betrokkenen en vooral het kind moet worden gekeken en er rekening moet worden gehouden met de zwakkere positie van de verwekker of zaaddonor doordat de moeder in de positie is hem bij het kind vandaan te houden. Wanneer er geen goede reden is voor de moeder om haar toestemming te weigeren zal de rechtbank de toestemming ook vervangen.
- Het invoeren van de gerechtelijke vaststelling moederschap acht ik onverstandig. De moeder loopt hierdoor evengoed het risico haar kind kwijt te raken aan de duomoeder en daarnaast is de gerechtelijke vaststelling niet meer terug te draaien. Ik raad geen enkele moeder aan dit risico in het leven te roepen wanneer de duomoeder helemaal geen rol wil spelen in het leven van het kind en niet wil bijdragen in de opvoeding en verzorging en de kosten die daarmee gepaard gaan. Dit is op te vangen door de onderhoudsplicht van art. 1:394 BW (zie verderop). Op grond van dit artikel is de duomoeder wel aansprakelijk te stellen voor de komst van het kind en kan zij zich niet onttrekken aan haar plicht tot onderhoud jegens het kind.
- Indien de gerechtelijke vaststelling moederschap toch wordt ingevoerd, dient naar mijn mening in elk geval de mogelijkheid gecreëerd te worden waarin het kind vernietiging van de gerechtelijke vaststelling van zowel de mannelijke als de vrouwelijke instemmende levensgezel van de moeder kan verzoeken. Deze wijziging is onvermijdelijk om de consistentie in het afstammingsrecht te behouden. Mocht deze voorgestelde wijziging worden ingevoerd, dan geeft dit mijns inziens een extra reden om de vervangende toestemming door de duomoeder mogelijk te maken, aangezien

de moeder het ouderschap van de instemmende duomoeder tegen haar wil kan afdwingen. Andersom dient het dan ook mogelijk te zijn tegen de wens van de moeder het moederschap te vragen.

- De verruiming van de onderhoudsplicht ex. art. 1:394 BW vind ik zeer wenselijk. Namelijk wanneer twee vrouwen een kinderwens hebben en kunstmatige inseminatie laten toepassen bij de één, is de ander onder het huidige recht niet op haar verantwoordelijkheid jegens het kind aan te spreken. Een kind kiest er niet voor om binnen een lesbische of een uit heteroseksuele relatie te worden geboren en er zou mijns inziens hierin dan ook geen verschil moeten bestaan, omdat het ten koste gaat van het kind. Met deze wijziging kan de vrouwelijke instemmende levensgezel zich niet meer aan haar verantwoordelijkheden onttrekken.
- Daar ik erkenning een vergaande, maar passende oplossing vind acht ik het niet van belang een nieuwe rechtsfiguur te creëren en ook niet meer dan twee ouders mogelijk te maken, omdat dit te gecompliceerd zal worden.
- Indien de wetgever de erkenning – en wellicht ook het ouderschap van rechtswege – introduceert moet mijns inziens de versoepelde adoptieregels voor lesbische paren van wetsvoorstel 30 551²⁰⁸ en tevens het vervallen van de verzorgingstermijn²⁰⁹ worden teruggedraaid. Net als voor de man wordt het voor de duomoeder dan immers mogelijk op eenvoudige wijze juridisch ouder van het kind te worden. Wel dient de keuze van zowel binnenlandse, als buitenlandse adoptie te blijven bestaan, daar dit een sterker juridisch ouderschap met zich meebrengt. Lesbische paren kunnen dan dus op een even gemakkelijke manier ouder worden van het kind. Zij hebben tevens de keuze tot adoptie, maar dan onder dezelfde voorwaarden als paren van verschillend geslacht.

§ 4.4 Tot slot

In dit hoofdstuk heb ik mijn aanbevelingen uiteengezet. Ik ben mij ervan bewust dat het ingrijpende wijzigingen zijn, maar voor paren van gelijk geslacht is het van groot belang dat zij gerespecteerd worden in de samenleving en zij hun eigen belangen, maar ook vooral die van hun kind(eren) kunnen beschermen. De acceptatie in de samenleving en de bescherming van het gezin is mijns inziens dan ook het belangrijkste. Dit houdt in dat het mogelijk moet zijn twee juridische ouders per gezin te hebben en dus ook wanneer dat twee moeders zijn. Indien de biologische vader bekend is, moet een kind echter wel het recht hebben om zoveel mogelijk een band met hem op te bouwen.

Uiteraard blijft de maatschappij onderhevig aan veranderingen en zullen er nog meer en verdergaande technieken worden ontdekt, waardoor er ongetwijfeld nieuwe problemen zullen ontstaan. De wet zal dus ook blijven veranderen, maar voor nu ben ik van mening dat mijn aanbevelingen een gekunstelde, maar nette oplossing biedt voor de huidige situaties waarin twee vrouwen samen kiezen voor kinderen.

²⁰⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 551, nr. 3.

²⁰⁹ *Kamerstukken II* 1999/00, 26 673, nr. 15, p. 1.

Asser-De Boer 2006

Asser-De Boer, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Personen- en familierecht. Zeventiende druk, bewerkt door Prof. Mr. J. de Boer, Deventer: Kluwer 2006.

De Boer 2007

N.M. de Boer, 'Gelijkgeslachtelijk huwelijk in Spanje', *FJR* 2007, nr. 12, p. 315-321.

Forder 2009

Rapport van C. Forder, *Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder. In welke mate heeft de biologische vader het recht het kind te erkennen, hoe werkt prenatale erkenning in deze context en welk recht heeft het kind van duomoeders op afstammingsinformatie in het licht van het EVRM en IVRK?* Den Haag 2 februari 2009, <www.tweedekamer.nl/images/305510024bijlage01_118-188576.pdf>.

Heida 1997

A. Heida, 'De gerechtelijke vaststelling vaderschap', *FJR* 1997, nr. 4, p. 115-119.

Henstra 2002

A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht: Een beschouwing over de positie van sociale en biologische ouders in het familierecht*, diss., Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Hoppe 2009

L. van Hoppe, 'Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opnemng buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen', *Ars Aequi* 2009, nr. 3, p. 191-195.

Kok 2006

J. Kok, 'Gezamenlijk gezag voor kinderen', *FJR* 2006, nr. 9, p. 209.

Laemers & Miltenburg 1996

M. Laemers & T. Miltenburg, *Moeders en de eer van het vaderschap: Emancipatie-effectrapportage Wetsvoorstel herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie (Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 649)*, ITS, Nijmegen 1996, <dare.ubn.kun.nl/bitstream/2066/18556/1/18556_moedendee.pdf>.

Van Mourik & Nuytinck 2006

M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Pessers 2003

D. Pessers, *Verdwaalde seksen: over sperminators, metroseksuelen en autocopieën*, Nijmegen: Uitgeverij Valkhof Pers 2003, afl. 4.

Pitlo/Van der Burght & Doek 2006

Pitlo/Van der Burght & Doek, *Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Rapport Lesbisch Ouderschap 2007

Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport Lesbisch Ouderschap*, Den Haag 31 oktober 2007, <www.justitie.nl/images/8332_Bw_Rapport-LO_tcm34-87352.pdf>.

Rapport interlandelijke adoptie 2008

Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport interlandelijke adoptie*, Den Haag 29 mei 2008,
<www.justitie.nl/.../Commissie%20Kalsbeek_12046_tcm34-141636.pdf>.

Saarloos 2007

K.J. Saarloos, 'Duo-moederschap: op de grens van afstamming en adoptie', *FJR* 2007, nr. 6, p. 142-148.

Vlaardingerbroek 2008

P. Vlaardingerbroek, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Vonk 2007

M. Vonk, *Children and their parents, A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch law*, diss., Antwerpen-Oxford: Intersentia 2007.

Wortmann 2001

S.F.M. Wortmann, 'Sekseneutraal afstammingsrecht?', *FJR* 2001, nr. 9, p. 231-236.

Wortmann 2007

S.F.M. Wortmann, 'Ontwikkelingen in het familierecht: eerder, meer en dieper ingrijpen in het familie- en gezinsleven', *WPNR* 2007, nr. 6708, p. 359-366.

Wortmann 2008

S.F.M. Wortmann, 'Ontwikkelingen in het familierecht: Verevening van pensioenrechten bij scheiding, lesbisch ouderschap en bij de Eerste Kamer aanhangige wetgeving', *WPNR* 2008, nr. 6753, p. 353-360.

Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2009

S.F.M. Wortmann & J. van Duijvendijk-Brand, *Compendium van het personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Elektronische bronnen

<www.adoptie.nl>.

<www.agentschap.szw.nl/index.cfm?fuseaction=dsp_document&link_id=163385>.

<agentschap.szw.nl/index.cfm?fuseaction=dsp_rubriek&rubriek_id=392580&menu_item=14780>.

<www.cbs.nl>.

<www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/document/60>.

<www.internetconsultatie.nl/ouderschapduomoeder/document/61>.

Brief Tweede Kamer Nieuwe regeling financiële tegemoetkoming adoptiekosten,

(<www.justitie.nl/images/Brief%20TK%20Tegemoetkoming%20adoptiekosten_tcm34-148982.pdf>).

Regelgeving en parlementaire stukken

Wet van 24 december 1997 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht), *Stb.* 772.

Aanpassingswet afstammingsrecht Wet 24 december 1997 tot wijziging van een aantal wetten in verband met de herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie, *Stb.* 773.

Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht), *Stb.* 2001, 10.

Wet van 21 december tot inwerkingtreding van de Wet openstelling huwelijk, *Stb.* 2001, 9.

Wet van 4 oktober 2001 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het gezamenlijk gezag van rechtswege bij geboorte tijdens een geregistreerd partnerschap, *Stb.* 2001, 544.

Wet van 24 oktober 2008 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opnemng buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen, *Stb.* 2008, 425.

Kamerstukken II 1995/96, 24 649, nr. 3.

Kamerstukken II 1996/97, 24 649, nr. 6.

Kamerstukken II 1998/99, 26 673, nr. 3.

Kamerstukken II 1999/00, 26 673, nr. 15.

Kamerstukken II 2003/04, 26 672/ 26 673, nr. 14.

Kamerstukken II 2004/05, 28 457/ 26 672, nr. 23.

Kamerstukken II 2005/06, 30 551, nr. 3.

Kamerstukken II 2005/06, 30 551, nr. 4.

Kamerstukken II 2005/06, 30 551, nr. 5.

Kamerstukken II 2006/07, 30 551, nr. 6.

Kamerstukken II 2006/07, 30 800 VI, nr. 60.

Kamerstukken II 2007/08, 30 551, nr. 22.

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 18 mei 2006, zaaknr. 55339/00, *EHRC* 2006, 84 (*Róžański t. Polen*).

Hoge Raad

HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 957.
HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992, 129.
HR 20 december 1991, *NJ* 1992, 598.
HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 153.
HR 26 november 1999, nr. R99/026, *NJ* 2000, 85.
HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 571, m.nt. JdB.
HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278.
HR 31 mei 2002, *NJ* 2002, 470.
HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386.
HR 12 november 2004, *NJ* 2005, 248.
HR 25 maart 2005, *LJN* AT0412.
HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 584.
HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310.
HR 11 april 2008, *NJ* 2008, 555.
HR 26 juni 2009, *LJN*: BH2250.

Gerechtshoven

Hof Leeuwarden 22 januari 1992, *NJ* 1993, 21.
Hof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2009, *LJN*: BK0879.