

Vergaderjaar 2011–2012

33 032

Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 15 april 2011 en het nader rapport d.d. 28 september 2011, aangeboden aan de Koningin door de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 15 februari 2011, no. 11.000358, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel regelt dat de echtgenote van de moeder van rechtswege de juridische moeder is van het kind dat tijdens het huwelijk is geboren. Voorwaarde is dat gebruik is gemaakt van een zaaddonor in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting en dat de identiteit van deze donor onbekend is aan de vrouw die kunstmatig is bevrucht met het zaad. Verder wordt voorgesteld dat een vrouw het kind van een andere vrouw kan erkennen. Meestal zal deze vrouw de partner van de moeder zijn, maar dat hoeft niet. Voorts kan het moederschap van de vrouw die als levensgezellin van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, gerechtelijk worden vastgesteld. Deze levensgezellin is ook alimentatieplichtig jegens het kind. Ten slotte bepaalt het voorstel dat de bekende zaaddonor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind, het recht krijgt om de rechter te verzoeken om vervangende toestemming tot erkenning, indien de toestemming ontbreekt.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen over de voorgestelde wijzigingen in het afstammingsrecht en de verhouding tot de adoptie, alsmede over de noodzaak om de belangen die bij de vestiging van afstammingsrelaties een rol spelen, voor de onderscheiden situaties opnieuw te wegen. Zij is

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

van oordeel dat in verband daarmee het voorstel nader dient te worden overwogen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 15 februari 2011, nr. 11.0003587, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 15 april 2011, nr. W03.11.0034/II, bied ik U hierbij aan.

1. Stelselwijziging van het afstammingsrecht

De voorgestelde wijzigingen van het afstammingsrecht hebben een ingrijpend karakter, nu het uitgangspunt van het afstammingsrecht, namelijk dat voor de vestiging van familierechtelijke betrekkingen zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de biologische afstamming, wordt verlaten. Deze wijzigingen worden evenwel slechts met praktische argumenten onderbouwd. Daarbij blijven de argumenten die de afgelopen jaren door de regering naar voren zijn gebracht om niet te voorzien in een afstammingsrechtelijke gelijkstelling van kinderen geboren binnen een relatie van twee vrouwen met die van kinderen geboren uit een man en een vrouw, in de toelichting onbesproken. Evenmin wordt de verhouding tot de eenvoudige, lichte adoptieprocedure voor de duomoeder voldoende in ogenschouw genomen. Voorts is het voorstel in zijn uitwerking niet uitgekristalliseerd en is er geen nieuw evenwicht gevonden in de afweging van de belangen van het kind en de bij zijn ontstaan betrokken volwassenen in de te onderscheiden situaties. De Afdeling werkt deze conclusies in het onderstaande uit. Op grond daarvan adviseert de Afdeling het voorstel nader te bezien.

a. Stelselwijziging en verhouding tot de adoptieprocedure

Naar huidig recht kan de duomoeder door adoptie juridisch de tweede ouder worden van een kind. Voor duomoeders geldt sinds 1 januari 2009 een sterk vereenvoudigde, lichte adoptieprocedure, indien het kind is geboren met behulp van het zaad van een geregistreerde anonieme donor.¹ Een voor de geboorte van het kind verzochte adoptie kan daarom vrijwel onmiddellijk na de geboorte van het kind worden uitgesproken. Zij werkt dan terug tot het moment van de geboorte, ook als de adopterende duomoeder intussen zou zijn overleden. Wordt de adoptie binnen zes maanden na de geboorte van het kind verzocht, dan werkt de uitspraak terug tot het moment van het verzoek.

Volgens de toelichting zijn aan de totstandkoming van familierechtelijke betrekkingen via het afstammingsrecht verschillende voordelen verbonden. De familierechtelijke betrekkingen komen via het afstammingsrecht sneller tot stand dan via de adoptieprocedure, omdat in het algemeen geen rechterlijke beslissing is vereist. Er zijn dan ook geen of nauwelijks kosten verbonden aan de totstandkoming van deze betrekkingen. Voorts vermeldt de toelichting dat duomoeders de gang naar de rechter ervaren als zouden haar capaciteiten als ouder door de rechter moeten worden goedgekeurd.²

Het voorstel betekent dat naast het biologisch ouderschap het sociale ouderschap als grond voor het vestigen van familierechtelijke betrekkingen in het afstammingsrecht wordt geïntroduceerd; niet alleen de biologische ouder, maar ook de sociale ouder kan via de band van het afstammingsrecht in familierechtelijke betrekking tot het kind komen te staan, aldus de toelichting.³

Het afstammingsrecht is in 1998 geheel herzien. Daarbij is in sterkere mate dan voorheen het geval was, aansluiting gezocht bij de natuurlijke afstamming.⁴ Nadien is het afstammingsrecht opnieuw aan de orde

¹ Voor een duomoeder geldt geen termijn van samenleven met de moeder (artikel 227, tweede lid, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek geen termijn van verzorging en opvoeding van het eenmaal geboren kind (artikel 228, derde lid, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek) en voorts wordt de adoptie vermoed in het kennelijk belang van het kind te zijn.

² Toelichting, hoofdstuk 4a. Duomoederschap van rechtswege en hoofdstuk 9. Administratieve lasten en regeldruk.

³ Toelichting, hoofdstuk 1, Wijzigingsvoorstel.

⁴ Kamerstukken II 1995/96, 24 649, nr. 6, p. 2.

gesteld bij de behandeling van de wetsvoorstellen tot openstelling van het huwelijk en invoering van adoptie door personen van hetzelfde geslacht.¹ Toen is een motie aanvaard waarin de regering werd verzocht om onderzoek te doen naar de mogelijkheid om de afstammingsrechtelijke gelijkstelling te bevorderen van kinderen die binnen een huwelijk of binnen een relatie van twee vrouwen geboren worden.² De regering kondigde naar aanleiding van deze motie aan dat de regels voor adoptie door twee vrouwelijke ouders versoepeld zouden worden, maar bleef bij haar eerdere standpunt dat er onvoldoende redenen waren om het afstammingsrecht te wijzigen. De regering noemde drie redenen om niet te voorzien in de mogelijkheid van erkenning of ouderschap van rechtswege in geval van geboorte van een kind binnen een relatie van twee vrouwen:

1. één van de uitgangspunten van het afstammingsrecht is dat juridisch ouderschap het biologisch ouderschap volgt; erkenning of ouderschap van rechtswege door iemand van wie op voorhand gegeven is dat deze niet de biologische ouder is, past niet bij dit uitgangspunt;
2. het risico bestaat dat in het buitenland de juridische band niet wordt erkend, indien die band niet door een rechterlijke uitspraak in het leven is geroepen;
3. er is bij de geboorte van het kind in een homoseksuele relatie per definitie sprake van een derde; in het geval van een huwelijk tussen een man en een vrouw mag ervan worden uitgegaan dat de man in de regel ook de verwekker is.³

In zijn advies over de verkorting van de adoptieprocedure heeft de Raad de door de regering naar voren gebrachte argumenten onderschreven: tezamen en in onderling verband was overtuigend gemotiveerd waarom geen erkenning door een vrouw geïntroduceerd wordt, aldus de Raad.⁴

De Afdeling constateert dat in de toelichting niet wordt aangegeven waarom deze overwegingen thans geen opgeld meer zouden doen. Het voorstel wordt vooral gemotiveerd vanuit praktische overwegingen: de duomoeder hoeft niet langer de adoptieprocedure te doorlopen die wordt ervaren als een rechterlijke goedkeuring van de capaciteiten van de duomoeder, en de kosten van die procedure te dragen. Het wetsvoorstel behelst echter een stelselwijziging van het afstammingsrecht.

Daarbij komt dat het achterliggende doel van het voorstel, te weten de gelijkstelling van kinderen geboren in relaties van twee vrouwen met die geboren in heteroseksuele relaties, langs de weg van een eenvoudige, lichte adoptieprocedure is gerealiseerd.⁵ Hiermee is binnen het kader van de adoptie voor kinderen met twee vrouwelijke ouders een rechtspositie gecreëerd die volledig gelijk is aan die van kinderen geboren uit een huwelijk van man en vrouw.⁶ Het wetsvoorstel handhaaft deze eenvoudige, lichte adoptieprocedure vanwege het hiervoor genoemde risico dat de afstammingsrechtelijke betrekkingen in het buitenland niet zullen worden erkend. Daarmee hinkt het wetsvoorstel op twee gedachten. Het is niet onaannemelijk dat een vrouwelijk stel de weg van de adoptieprocedure volgt om risico's van niet-erkenning van de familierechtelijke betrekking in het buitenland te vermijden.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de principiële aspecten van de voorgestelde wijzigingen van het afstammingsrecht. Voorts adviseert de Afdeling de verhouding tot de adoptieprocedure nader te bezien.

b. Hernieuwde afweging van belangen

De Afdeling is verder van oordeel dat een ingrijpende wijziging van het afstammingsrecht als thans voorgesteld, opnieuw een integrale afweging van de belangen van alle betrokkenen bij de vestiging van afstammingsrelaties vereist. In het afstammingsrecht spelen verschillende soorten belangen van het kind en de volwassenen een rol. Een kind maakt

¹ Stb. 1997, 506 en Stb. 2001, 10.

² Motie van het Lid O.P.G. Vos c.s., Kamerstukken II 1999/2000, 26 672 en 26 673, nr. 9.

³ Kamerstukken II 2003/04, 26 672 en 26 673, nr. 14 en Kamerstukken II 2004/05, 28 457 en 26 672, nr. 23.

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

⁵ Stb. 2008, 425.

⁶ Kamerstukken II 2004/05, 28 457 en 26 672, nr. 23 en Kamerstukken II 2005/06, 30 551, nr. 3.

aanspraak op het ontstaan van familierechtelijke betrekkingen met beide ouders. Daarbij is het in het belang van het kind om zijn of haar biologische ouders te kennen en door hen verzorgd te worden.¹ Afgeleid hiervan heeft het kind recht op afstammingsinformatie.¹ Deze belangen en rechten van het kind dienen te worden afgewogen tegen de belangen en rechten van de volwassenen die het kind hebben laten ontstaan en die op hun beurt aanspraak maken op vestiging van afstammingsrelaties. In het kader van een hernieuwde afweging van alle belangen dienen niet slechts de thans te regelen situaties van het moederschap van rechtswege bij geboorte binnen het huwelijk van twee vrouwen en van erkenning door de duomoeder betrokken te worden, maar dient in breder verband gezien te worden of bijvoorbeeld ook kinderen die geboren worden binnen een geregistreerd partnerschap, van rechtswege de geregistreerde, mannelijke of vrouwelijke, partner van de moeder tot juridische ouder moeten hebben. Er is op voorhand niet zoveel reden om, als het afstammingsrecht mede het sociaal ouderschap tot uitgangspunt zou krijgen, niet ook de familierechtelijke betrekkingen voortvloeiende uit een geregistreerd partnerschap, in het afstammingsrecht te regelen. Het gaat daarbij niet alleen om geregistreerde vrouwelijke paren, maar ook om geregistreerde heteroseksuele paren. Wat vrouwelijke paren betreft heeft de regering in een brief van 12 augustus 2008 aangekondigd het ouderschap van rechtswege ook voor geregistreerde lesbische paren te introduceren, maar ziet de regering daar thans kennelijk van af.² De Afdeling wijst er bij wijze van tweede voorbeeld op dat volgens het voorstel een vrouw het adoptiekind van de adoptiemoeder kan erkennen, maar dat een man niet het adoptiekind van een adoptievader kan erkennen. Deze ongelijke behandeling wordt niet gerechtvaardigd door het in het voorstel gekozen uitgangspunt dat het voorstel geen regelingen bevat voor de situatie dat een kind binnen een relatie van twee mannen wordt verzorgd en opgevoed, omdat binnen die relatie geen kind geboren kan worden. Daarom gaat het in het geschetste voorbeeld evenwel niet, aangezien het kind is geadopteerd. Beide voorbeelden maken duidelijk dat de uitgangspunten van het wetsvoorstel nog niet zijn uitgekristalliseerd. In die zin deelt de Afdeling de opvattingen in de adviezen die over het wetsvoorstel zijn uitgebracht en die inhouden dat de belangen van de verschillende actoren nog onvoldoende zijn uitgekristalliseerd en gewogen. Een nadere uitwerking van de zienswijze van de wetgever werd noodzakelijk geacht.³ De Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming achtte het zelfs te vroeg om met wetgeving te komen en vond dat eerst breder onderzoek gedaan zou moeten worden naar de thematiek, waarbij ook andersoortige relaties waarbinnen kinderen opgroeien, moeten worden meegenomen.⁴ De Afdeling adviseert de wijzigingen van het afstammingsrecht met inachtneming van het voorgaande nader te bezien.

1. Stelselwijziging van het afstammingsrecht

De Afdeling constateert dat het wetsvoorstel een ingrijpend karakter heeft en geeft aan dat het uitgangspunt van de huidige wet dat voor de vestiging van familierechtelijke betrekkingen zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de biologische afstamming, wordt verlaten. De Afdeling vindt deze in haar ogen fundamentele wijziging onvoldoende onderbouwd.

Het wetsvoorstel moet worden geplaatst in het licht van een ook door de Afdeling genoemde reeks van wettelijke maatregelen die in de afgelopen vijftien jaar tot doel hadden het familierecht, in het bijzonder het afstammingsrecht, vergaand te moderniseren. Daartoe behoren bijvoorbeeld ook het opheffen van het onderscheid tussen «wettige» en «onwettige» kinderen, de openstelling huwelijk en adoptie door paren van gelijk

¹ Artikel 7 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind.

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

³ Advies van de Raad voor de rechtspraak, kenmerknummer UIT 1 222 ONTW/DK, 2 maart 2010, en Advies van de Adviescommissie Familie- en Jeugdrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten, juni 2010.

⁴ Advies van de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, kenmerknummer CR35/1068225/2010/MG/TvV, 19 maart 2010.

geslacht en regels over erkenning en gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Die reeks vormt (mede) een geleidelijke verbetering van de positie van lesbische paren: van éénouderadoptie (1998) via openstelling huwelijk met het van rechtswege verkrijgen van gezamenlijk gezag indien er geen vader is (2001), naar vereenvoudigde adoptie door gehuwde lesbische paren (2008). Tijdens de parlementaire behandelingen van de verschillende voorstellen is de verhouding tussen het biologisch ouderschap en het sociaal ouderschap steeds aan de orde geweest. In 2005 is een andere afweging gemaakt wat betreft de afstammingsrechtelijke gelijkstelling van biologisch en sociaal ouderschap en is in plaats van aanpassing van het afstammingsrecht de versoepelde adoptie geïntroduceerd.

Het voorstel lesbisch ouderschap maakt rechtstreekse afstamming zonder een biologische (bloed)band wel mogelijk. Dat dit voorstel de noodzaak van een biologische band afzwakt en in dat opzicht verder gaat dan eerdere voorstellen, is juist. Anders dan de afdeling zie ik dit als een logische vervolgstap en niet als een fundamentele wijziging. Veruit de meeste kinderen worden geboren in heteroseksuele relaties. Het wetsvoorstel wijzigt de wijze waarop familierechtelijke betrekkingen ontstaan voor deze kinderen niet.

Dat het wetsvoorstel bepaalde aannames hanteert, is niet geheel zonder precedent. De wet regelt dat in een heteroseksuele relatie de man wordt vermoed de verwekker te zijn, terwijl dat biologisch niet altijd zo is. De wet bepaalt voorts dat vader is degene die heeft ingestemd met een daad die verwekking ten gevolge heeft gehad (= vaak KID) en niet de donor.

a. Stelselwijziging en verhouding tot de adoptieprocedure

Het wetsvoorstel voorziet in een wijziging van het afstammingsrecht. De wijziging is erin gelegen dat de duomoeder door huwelijk met de moeder van het kind van rechtswege de juridische ouder wordt van het kind, indien het kind is geboren met behulp van het zaad van een onbekende donor in de zin van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. Zijn de moeder en de duomoeder niet gehuwd en/of is er sprake van een bekende donor dan kan de duomoeder juridisch ouder worden door erkenning. Dit betekent dat het uitgangspunt dat het juridisch ouderschap zoveel mogelijk het biologisch ouderschap volgt, wordt losgelaten in die gevallen dat er sprake is van duomoederschap. De duomoeder is immers doorgaans niet de biologische ouder van het kind. Slechts indien de duomoeder het genetische materiaal heeft geleverd (eiceldonatie) is dit anders. De presumptie van verwekkerschap wordt als grondslag voor het ontstaan van ouderschap aangevuld: het wetsvoorstel introduceert het sociale ouderschap als grond voor het juridisch ouderschap ten behoeve van de duomoeder.

Naar huidig recht kan de duomoeder alleen door adoptie juridisch de tweede ouder worden van een kind. Voor duomoeders geldt zoals de Afdeling aangeeft sinds 1 januari 2009 een sterk vereenvoudigde adoptieprocedure, indien het kind is geboren met behulp van het zaad van een geregistreerde anonieme donor.

De regering heeft de uiteenlopende belangen van het kind dat binnen een lesbische relatie wordt geboren, de zaaddonor die al dan niet in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, de verwekker en de duomoeder gewogen. Op deze belangenafweging zal worden ingegaan onder b van deze paragraaf.

De conclusie is dat in die gevallen dat het vooraf duidelijk is dat de biologische vader geen rol wil spelen in de verzorging en opvoeding van het kind (de onbekende zaaddonor) het belang van het kind het beste

gediend is indien zijn feitelijke verzorgers en opvoeders ook zijn juridische ouders zijn. Het geeft duidelijkheid aan het kind wie zijn ouders zijn en brengt mee dat het kind vaker twee juridische ouders zal hebben. Er hoeft immers geen aparte procedure te worden doorlopen, hoe eenvoudig ook. Dit heeft als voordeel dat als een ouder overlijdt, het kind recht op zijn kindeel uit de erfenis heeft terwijl hij dat niet heeft ten aanzien van degene die het gezag over hem uitoefent maar niet zijn juridische ouder is tenzij dit testamentair is geregeld (art. 4:27 BW). Daarnaast wordt het family life tussen de duomoeder en kind zoveel als mogelijk geëerbiedigd.

De Afdeling meent dat het wetsvoorstel op twee gedachten hinkt, omdat de lichte, eenvoudige adoptieprocedure wordt gehandhaafd vanwege het risico dat de afstammingsrechtelijke betrekkingen in het buitenland niet zullen worden erkend. De Afdeling geeft hierbij aan dat het niet onaanneemelijk is dat een vrouwelijk stel de weg van de adoptieprocedure volgt om risico's van niet-erkenning van de familierechtelijke betrekking in het buitenland te vermijden.

De situatie die naar de mening van de regering de meest wenselijke situatie is, kan zoals de Afdeling aangeeft ook langs de weg van de vereenvoudigde adoptieprocedure worden gerealiseerd. Deze weg wordt door duomoeders niettemin ervaren als een omweg die bovendien geld kost. Ik beoog voor het kind de meest wenselijke situatie te faciliteren en stel daarom voor de wet te wijzigen. Het huidige uitgangspunt van het afstammingsrecht, inhoudende dat het juridisch ouderschap in alle gevallen het biologisch ouderschap volgt, wordt hierdoor gewijzigd. Dat is het gevolg van de keuze om het lesbisch ouderschap wettelijk te regelen.

De reden om de eenvoudige adoptieprocedure te handhaven naast de nieuwe regeling is inderdaad het risico van niet-erkenning in het buitenland, omdat in menig ander land het ontstaan van ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder (nog) niet mogelijk is. Naar de mening van de regering moet de mogelijkheid van adoptie gehandhaafd blijven om de vrouwen een keuze te bieden. Het risico van niet-erkenning is met name aan de orde als het gezin naar het buitenland verhuist, waar het ouderschap van de duomoeder niet wordt erkend. Deze mogelijkheid kan ook van belang zijn indien het kind samen met de duomoeder tijdelijk (bijvoorbeeld in verband met vakantie) in het buitenland is, naar het ziekenhuis moet en de duomoeder geen beslissingsbevoegdheid blijkt te hebben. Het is moeilijk in te schatten hoeveel lesbische paren zullen kiezen voor de weg van de adoptie. Ik verwacht echter dat dit in aantal beperkt zal blijven en het met name paren zal betreffen die (het voornemen hebben) zich in het buitenland vestigen. Aangezien het in het belang van het kind is om twee ouders te hebben en het kind in sommige landen zonder de (vereenvoudigde) adoptieprocedure in juridische zin slechts één ouder zou hebben, moeten vrouwen een keuze kunnen maken. Om deze reden acht ik het van belang om de (eenvoudige) adoptieprocedure voor de duomoeder te handhaven.

Problemen van internationaal privaatrechtelijke aard zijn niet uit te sluiten. Of er problemen zijn en welke problemen dat betreft, zal per land verschillen. Dit is evenzo bij de erkenning van het ouderschap van de duomoeder dat door adoptie is ontstaan. Problemen van internationaal privaatrechtelijke aard maken de feitelijke situatie niet anders: een kind wordt opgevoed door twee moeders. Om terug te grijpen naar het voornoemde voorbeeld: een kind dat in het buitenland tijdens een vakantie een ongeval krijgt, heeft twee moeders. Zouden er problemen ontstaan, omdat het moederschap van de duomoeder niet wordt erkend, dan brengt dit geen verandering in deze feitelijke situatie.

Het advies van de Afdeling om in de toelichting in te gaan op de stelselwijziging van het afstammingsrecht is opgevolgd. In § 2 van de memorie van toelichting is hierop ingegaan. Ook is de verhouding tot de adoptieprocedure nader besproken. In § 5 van de memorie van toelichting is nader aandacht besteed aan de betekenis van internationaal privaatrechtelijke problemen voor het voorstel.

b. Hernieuwde afweging van belangen

De Afdeling is van oordeel dat een wijziging van het afstammingsrecht een integrale afweging van de belangen van alle betrokkenen bij de vestiging van afstammingsrelaties vereist.

Zoals de Afdeling aangeeft, spelen in het afstammingsrecht verschillende belangen van het kind en de betrokken volwassenen een rol. Naar het oordeel van de regering dient het belang van het kind centraal te staan en dient voldoende rekening te worden gehouden met de andere betrokken belangen. Uitgangspunt is dat het kind gebaat is bij een stabiele opvoedingssituatie en bij juridische bescherming van de feitelijke (reële) gezinssituatie. Twee ouders kunnen het kind meer houvast geven dan één ouder. Het juridisch ouderschap is belangrijk voor een kind, omdat er meer rechten en plichten uit voortvloeien dan uit gezag. Bovendien is juridisch ouderschap van belang voor de identiteit van betrokkenen. Zij krijgen op die manier het gevoel voor altijd bij elkaar te horen, zoals de Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie dit in de conclusie van haar rapport «*Lesbisch ouderschap*» uitdrukt.

Opdat de rechten van alle betrokkenen in het wetsvoorstel zo evenwichtig mogelijk worden beschermd, is advies gevraagd over de verhouding tussen de relevante rechten voor het afstammingsrecht zoals geformuleerd in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK). De adviesvraag is toegespitst op de positie van de biologische vader met family life en het recht van het kind op informatie over zijn afstamming. De adviesaanvraag heeft geresulteerd in het rapport «*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 duo-moeders op afstammingsinformatie in het licht van het EVRM en IVRK?*» opgesteld door Professor Caroline Forder (2 februari 2009). Het rapport geeft relevante informatie over de verschillende rechten en belangen die spelen en aandachtspunten bij het opstellen van het wetsvoorstel. Deze aandachtspunten zijn bij het opstellen van het wetsvoorstel in ogenschouw genomen.

Bij het afstammingsrecht zijn de volgende rechten van belang:

- a. Het recht van een kind op het ontstaan van familierechtelijke betrekkingen met twee ouders.
- b. Het recht op het vestigen van afstammingsrelaties door volwassenen die het kind hebben laten ontstaan (biologische vader: zaaddonor al dan niet met een nauwe persoonlijke betrekking met kind of verwekker).
- c. Het recht van een kind op afstammingsinformatie.
- d. Het recht op bescherming tegen willekeurige inmenging door de overheid in het familie- en gezinsleven.

Deze rechten zijn niet absoluut. Waar deze rechten botsen met elkaar dient een afweging tussen de verschillende belangen te worden gemaakt.

Tussen de moeder en haar kind bestaat door de geboorte een afstammingsband. De moeder van het kind is de vrouw die het kind heeft gebaard, ook als het genetische materiaal waaruit het kind is ontstaan, niet van haar afkomstig is. Er zijn weliswaar technische mogelijkheden tot eiceldonatie, maar het gaat te ver om voor alle gevallen het vaste uitgangspunt ten aanzien van het moederschap te vervangen door een vermoeden van moederschap dat zonedig door de vrouw die het kind heeft gebaard of het kind en eventueel door de vader kan worden ontkracht. Het gegeven dat de vrouw op deze wijze een kind wilde krijgen, de zwangerschap en de geboorte vormen voor deze opvatting voldoende grondslag.

De biologische vader en de duomoeder staan door de enkele geboorte van een kind niet in familierechtelijke betrekking tot het kind. Onder de huidige wetgeving zijn er wel diverse mogelijkheden om de afstammingsband te vestigen en zo nodig een verzoek hiertoe aan de rechter voor te leggen.

De regering heeft de uiteenlopende belangen van het kind dat binnen een lesbische relatie wordt geboren, de zaaddonor die al dan niet in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, de verwekker en de duomoeder opnieuw gewogen. Evenals in het huidige afstammingsrecht is voor de wijze waarop de familierechtelijke betrekkingen tussen de duomoeder en het kind tot stand komen bepalend of de moeder en de duomoeder zijn gehuwd. Daarnaast is van belang of de biologische vader bekend is aan de moeder.

Zijn de moeders gehuwd en is duidelijk is dat de biologische vader geen rol wil spelen in de verzorging en opvoeding van het kind (er is sprake van een onbekende zaaddonor), dan is het belang van het kind naar de mening van de regering het beste gediend indien zijn feitelijke verzorgers en opvoeders ook zijn juridische ouders zijn. Het geeft duidelijkheid aan het kind wie zijn ouders zijn en brengt met zich mee dat het kind vaker twee juridische ouders zal hebben. Het bestaande family life tussen de duomoeder en kind wordt zoveel als mogelijk geëerbiedigd. Het belang van het kind om twee ouders te hebben weegt zwaarder dan het belang van een onbekende donor zonder family life om alsnog juridisch ouder van het kind te worden.

In die gevallen dat de identiteit van de zaaddonor bekend is aan de moeder, wordt de duomoeder niet van rechtswege de juridische ouder van het kind, ook niet als zij is gehuwd met de moeder van het kind. In dit geval moet de duomoeder het kind erkennen om de juridische ouder van het kind te worden. De erkenning biedt ten opzichte van het ouderschap van rechtswege het voordeel van de keuzemogelijkheid. De moeder, duomoeder en biologische vader kunnen afspraken maken over de persoon van de juridische ouder. Een afweging die niet mogelijk is indien het gaat om een onbekende zaaddonor. In dat geval is de keuze vooraf gemaakt. Bij een bekende zaaddonor besluit de moeder in beginsel wie de juridische ouder wordt van het kind: de bekende zaaddonor of de duomoeder.

Om de rechten van de bekende zaaddonor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind te respecteren, geeft dit wetsvoorstel hem de mogelijkheid aan de rechter vervangende toestemming voor erkenning te verzoeken. Het feit dat hij èn de biologische vader is van het kind, èn met het kind een ouder-kind relatie heeft, rechtvaardigt dat hij de rechter kan verzoeken om een juridische bevestiging van deze biologische en sociale werkelijkheid. De positie van deze zaaddonor wordt op deze manier in evenwicht gebracht met die van de moeder.

De Afdeling merkt op dat er op voorhand niet zoveel reden is om, als het afstammingsrecht mede het sociaal ouderschap tot uitgangspunt zou krijgen, niet ook de familierechtelijke betrekkingen voortvloeiende uit een geregistreerd partnerschap, in het afstammingsrecht te regelen. Het gaat daarbij niet alleen om geregistreerde vrouwelijke paren, maar ook om geregistreerde heteroseksuele paren.

De regering onderschrijft dit punt van de Afdeling. Op korte termijn zal een voorontwerp van Wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap in consultatie gaan. Dit wetsvoorstel regelt de afstamming binnen een geregistreerd partnerschap van man en vrouw. Een man behoeft een kind niet langer te erkennen om juridische vader van zijn kind te worden indien hij een geregistreerd partnerschap met de moeder is aangegaan. Het geregistreerd partnerschap wordt op dit punt gelijkgesteld met het huwelijk.

Daarnaast zal in aansluiting op dit wetsvoorstel een aanpassingswet worden voorbereid, waarin mede het ouderschap van de vrouwelijke geregistreerde partner van de moeder anders dan door adoptie wordt geregeld. Voor de duidelijkheid is dit met zoveel woorden in de memorie van toelichting opgenomen.

2. Ontkenning van het door huwelijk ontstane moederschap

De ontkenning van het door huwelijk ontstane moederschap is mogelijk op de grond dat de moeder niet de vrouw is uit wie het kind is geboren. Dit betekent dat het moederschap van de duomoeder ook ontkend kan worden als zij genetisch de moeder is van het kind doordat bij de bevruchting gebruik is gemaakt van een eicel van haar die na bevruchting met het zaad van een anonieme donor vervolgens geïmplant is bij haar echtgenote. Zou het niet gaan om een duomoeder, maar om een vader, dan kan het vaderschap niet worden ontkend als de man de biologische vader is. De toelichting maakt niet duidelijk waarom in dit geval dat er wel biologisch ouderschap is, toch het huwelijkse moederschap kan worden ontkend. De Afdeling adviseert niet af te wijken van de biologische afstamming en het wetsvoorstel aan te passen.

2. Ontkenning van het door huwelijk ontstane moederschap

Het advies van de Afdeling is gevolgd. Indien de duomoeder genetisch de moeder is van het kind doordat bij de bevruchting gebruik is gemaakt van een eicel van haar die na bevruchting met het zaad van een anonieme donor vervolgens geïmplant is bij haar echtgenote kan haar moederschap niet ontkend worden.

3. Vervangende toestemming

Op grond van het voorgestelde artikel 204, derde lid, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek krijgt de zaaddonor die in nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat hetzelfde recht als de verwekker om de rechter te verzoeken voor de erkenning van het kind vervangende toestemming te verlenen. Blijkens de toelichting heeft de Hoge Raad vaste jurisprudentie ontwikkeld over het verzoek om vervangende toestemming door de verwekker. Als uitgangspunt geldt dat zowel het kind als de verwekker er aanspraak op hebben dat hun relatie rechtens wordt erkend als een familierechtelijke betrekking. De rechter wijst het verzoek van de verwekker toe, tenzij dit het belang van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of wanneer er een reëel risico is dat het kind zou worden belemmerd in een evenwichtige sociaalpsychologische

*en emotionele ontwikkeling, zo blijkt uit de toelichting.¹
De Afdeling stelt vast dat deze bewoordingen, die voortvloeien uit vaste jurisprudentie, niet overeenkomen met de tekst van artikel 204, derde lid. Nu de rechter bij de beoordeling van het verzoek om vervangende toestemming deze uitgangspunten hanteert, ligt het in de rede deze vaste jurisprudentie in artikel 204, derde lid, neer te leggen.
De Afdeling adviseert het wetsvoorstel in die zin aan te passen.*

3. Vervangende toestemming

Conform het advies van de Afdeling is de tekst van artikel 204, derde lid, aangepast aan de bewoordingen van de vaste jurisprudentie.

4. Voor een redactionele kanttekening verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

4. Redactionele kanttekening

De redactionele kanttekening is verwerkt.

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

*De vice-president van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,
F. Teeven

¹ Artikelsgewijze toelichting, Artikel I, onderdeel J.

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W03.11.0034/II met een redactionele kanttekening die de Afdeling in overweging geeft.

- In artikel 204, derde lid, de term zaaddonor vermijden, nu boek 1 BW deze term niet kent. In plaats daarvan spreken van de biologische vader, die niet de verwekker is.