

DOET DE MEEMOEDER ECHT MEE?

DE EMANCIPATIE VAN DE VROUW BINNEN HET AFSTAMMINGSRECHT



Scriptie
Tristan Wolters
Tilburg, mei 2011

Doet de meemoeder echt mee?

De emancipatie van de vrouw binnen het afstammingsrecht

In opdracht van:

Juridische Hogeschool Tilburg

en

D&H Advocaten en Mediators



Naam: Tristan Daniël Wolters
Studentnummer: 2014194
Plaats en datum: Tilburg, mei 2011
Opleiding: HBO-Rechten
Module: Afstuderen (E3 en E4)
Onderwijsorganisatie: Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Stageplaats/opdrachtgever: D&H Advocaten en Mediators
Afstudeerdocent: 1^o Mw. mr. C. Van Haaren
2^o Dhr. mr. E. Nicolai
Stagebegeleider: Dhr. mr. J.C. Hissink

Voorwoord

Deze scriptie is geschreven in het kader van het afstudeerproject van de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. De afstudeerstage heb ik gelopen bij D&H Advocaten en Mediators. In mijn scriptie heb ik onderzoek gedaan naar de rechtspositie van de meemoeder in zowel het huidige recht als in het toekomstige recht (met 'toekomstig recht' doel ik op het recht na doorvoering van een geplande wetswijziging). Begin februari 2011 begon ik aan mijn onderzoek naar dit onderwerp. De meemoeder is al enige tijd een vermaard persoon binnen het rechtsgebied van het personen- en familierecht en haar rechtspositie is dan ook een veelbesproken onderwerp. Mijn onderzoek richt zich op de verandering van de rechtspositie van de meemoeder met het oog op de naderende wetswijziging die het personen- en familierecht sekseneutraal dient te maken. Voor de meeste personen is het verkrijgen van ouderschap vanzelfsprekend, dit is echter niet het geval voor de meemoeder. Dat een relatie tussen twee lesbische vrouwen niet als 'traditioneel' te kwalificeren valt, betekent niet dat de meemoeder hierdoor tussen wal en schip dient te vallen. Aangezien de meemoeder eenzelfde rol vervult als de man in een relatie moet zij ook dezelfde rechten hebben die de man in een man/vrouwrelatie heeft. Onderzocht is of de toekomstige wetswijziging de rechtspositie van de meemoeder verbetert. Het onderzoek is afgerond in mei 2011. Tijdens mijn onderzoek heb ik voornamelijk deskresearch gepleegd en gebruik gemaakt van literatuur, wetteksten en jurisprudentie. Ook van de expertise van enkele deskundigen in het personen- en familierechtgebied heb ik gebruik gemaakt. Dank ben ik dan ook verschuldigd aan mijn begeleider vanuit mijn stageplaats, dhr. mr. J.C. Hissink van het advocatenkantoor D&H Advocaten en Mediators. Mede dankzij zijn begeleiding en de koppen koffie die hij mij elke dag opnieuw bracht is deze scriptie tot stand gekomen. Verder wil ik mijn scriptiebegeleidster van de hogeschool bedanken, mw. mr. C. van Haaren. Dankzij haar feedback bleef mijn scriptie op het rechte spoor. Tenslotte ben ik ook dank verschuldigd aan mr. J.A.J. Dappers, Jessica, Miranda, en ieder ander uit mijn directe omgeving die mij heeft gesteund en geholpen bij het schrijven van deze scriptie.

Tristan Wolters

Tilburg, mei 2011

Inhoudsopgave:

Afkortingen

Samenvatting

1. Inleiding	10
1.1 Inleiding-----	10
1.2 Aanleiding-----	11
1.3 Centrale vraagstelling-----	11
1.4 Onderzoeksvragen-----	11
1.5 Doelstelling-----	12
1.6 Methode en Technieken-----	12
1.7 Leeswijzer-----	12
2. Ouderschap	14
2.1 Afstammingsrecht -----	14
2.2 Ouderschap-----	14
2.3 Gevolgen juridisch ouderschap-----	15
2.4 Verkrijging ouderschap-----	15
2.4.1 Verkrijging vaderschap-----	15
2.4.1.1 Vaderschap van rechtswege-----	16
2.4.1.2 Indien hij als echtgenoot sterft binnen 306 dagen voor geboorte van het kind-----	17
2.4.1.3 Erkenning-----	17
2.4.1.4 Gerechtelijke vaststelling-----	18
2.4.1.5 Adoptie-----	19
2.4.2 Verkrijging moederschap-----	20
2.5 Hedendaagse ouderschapsverkrijging door lesbische paren-----	20
2.5.1 Ingeval beide adopteren-----	20
2.5.2 Van rechtswege en partneradoptie-----	21
2.6 Conclusie-----	21
3. De penibele situatie van de meemoeder	22
3.1 De situatie van de meemoeder naar huidig recht-----	22
3.2 De zaak Arends/Pruiks-----	23
3.3 Complicaties voor de meemoeder bij het verkrijgen van ouderschap in het huidig recht---	25
3.3.1 In het kennelijk belang van het kind-----	25
3.3.2 Het vetorecht van de geboortemoeder-----	26
3.3.3 De zaaddonor-----	27
3.3.4 De samenlevingstermijn-----	29
3.4 Conclusie-----	30

4. Naderende gelijkheid?	31
4.1 Het gelijkheidsbeginsel en het afwijken van de klassieke opvatting binnen het afstammingsrecht-----	31
4.2 Wetswijziging-----	33
4.2.1 Commissie Kalsbeek-----	33
4.2.2 Huidige stand van zaken-----	35
4.3 Conclusie-----	35
5. Wetsvoorstel Lesbisch ouderschap	36
5.1 Juridische meemoederschap van rechtswege-----	36
5.1.1 Ontkenning moederschap van rechtswege-----	37
5.2 Erkenning door de meemoeder-----	37
5.2.1 Nietige erkenning door de meemoeder-----	38
5.2.2 Vervangende toestemming rechtbank-----	38
5.2.3 Vernietiging erkenning-----	39
5.3 Gerechtelijke vaststelling van het juridisch meemoederschap-----	39
5.4 Overige veranderingen binnen het personen- en familierecht-----	41
5.4.1 Naamrecht-----	41
5.4.2 Alimentatieplicht-----	41
5.4.3 Gezagsrecht-----	41
5.5 Kanttekeningen en bedenkingen bij het wetsvoorstel lesbisch ouderschap door derden--	42
5.5.1 Ouderschap van rechtswege bij een bekende donor-----	42
5.5.2 Vervangende toestemming bij erkenning mogelijk maken-----	42
5.5.3 Consequenties in het buitenland-----	43
5.6 Conclusie-----	43
6. Weerslag wetswijziging op de zaak Arends/Pruiks	44
6.1 Anticiperende werking-----	44
6.2 Situatie Pruiks naar toekomstig recht-----	44
6.2.1 De complicaties bij het adoptieverzoek hernomen-----	45
6.2.1.1 In het kennelijk belang van het kind-----	45
6.2.1.2 Het vetorecht van de geboortemoeder-----	46
6.2.1.3 De rol van de zaaddonor bij erkenning-----	46
6.2.1.4 De samenwoontermijn van art.1:227 lid 2 BW-----	47
6.3 Conclusie-----	47
7. Conclusie en aanbevelingen	49
7.1 Inleiding-----	49
7.2 Conclusie-----	49

7.3 Aanbevelingen	51
7.4 Tenslotte	52
 8. Bronnen	 55
8.1 Literatuur	55
8.2 Wet- en regelgeving	56
8.3 Jurisprudentie	56
8.4 Parlementaire en ministeriële stukken	57
8.5 Internet	57
8.6 Overig	58
 9. Woordenlijst	 59
 10. Evaluatie onderzoek	 60
 Bijlage	 61

Lijst van afkortingen

Art	Artikel
BW	Burgerlijk wetboek
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de mens
EVRM	Europees verdrag voor de rechten van de mens
GW	Grondwet
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
IVF	In vitro fertilisatie
IVRK	Internationaal verdrag inzake de rechten van het kind
KI	Kunstmatige Inseminatie
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
Nr	Nummer
Pag	Pagina
RB	Rechtbank
Stb	Staatsblad

Samenvatting

De scriptie richt zich op de meemoeder en haar rechtspositie. Een meemoeder is de vrouwelijke eega van de moeder die het kind heeft gebaard. Feitelijk kan de meemoeder gezien worden als het equivalent van de man in een relatie. Echter heeft zij niet dezelfde rechten die een man toekomt. De meemoeder kan enkel juridisch ouder van een kind worden door middel van adoptie, terwijl een man meerdere mogelijkheden heeft tot het verkrijgen van juridisch ouderschap (o.a. van rechtswege indien hij gehuwd is met de moeder, erkenning en gerechtelijke vaststelling). Dit onderscheid binnen het Burgerlijk Wetboek duidt op rechtsongelijkheid. Ook de wetgever erkent dit. Om deze ongelijkheid op te heffen is een wetswijziging nodig. Deze wetswijziging is momenteel in de conceptuele fase. In de scriptie wordt aan de hand van een praktijkvoorbeeld uiteengezet hoe de situatie van de meemoeder binnen het huidige recht is, waarom er rechtsongelijkheid bestaat tussen de man en de vrouw binnen het personen- en familierecht, hoe de wetgever deze rechtsongelijkheid tracht op te heffen en wat het gevolg is van het seksneutraal maken van het Burgerlijk Wetboek 1 voor de rechtspositie van de meemoeder.

Wat de positie van de meemoeder naar huidig en toekomstig recht is, wordt uiteengezet aan de hand van een praktijkvoorbeeld. Namelijk door middel van een zaak die loopt ten tijde van het schrijven van deze scriptie. Dit praktijkvoorbeeld geeft de lastige situatie van de meemoeder naar huidig recht goed weer en verlevendigt de beschreven toekomstige veranderingen binnen het recht. Een conclusie zal zijn dat de wetswijziging de rechtspositie van de meemoeder verandert: zij kan na invoering eenvoudiger de juridische ouder van het kind worden. Echter indien er sprake is van een geboortemoeder die de wens van de meemoeder om juridisch ouder te worden tegenwerkt komt de meemoeder opnieuw in een lastige situatie terecht.

1. Inleiding

§ 1.1 Inleiding

In grote delen van de wereld hebben vrouwen minder rechten dan de man. Nog niet eens zo lang geleden was dit ook het geval in Nederland. Het recht past zich echter aan aan de eisen van zijn tijd. In de huidige maatschappij hebben vrouwen dan ook al veel meer rechten dan dat zij vroeger hadden. Het sluiten van een huwelijk tussen mensen van gelijk geslacht (lesbische vrouwen) is dan ook al enige tijd mogelijk en geaccepteerd. Vaak zijn er vroeg of laat ook kinderen bij een lesbisch huwelijk betrokken. Echter, sommige delen van het recht zijn nog niet aangepast aan deze veranderingen in samenlevingsvormen en relaties. In het personen- en familierecht wordt nog sterk vastgehouden aan de man/vrouw relatie gedachte.

Een man verkrijgt door het huwelijk het ouderschap over een kind van rechtswege door het huwelijk of hij zou het kind kunnen erkennen en zodoende de juridische ouderrelatie kunnen vestigen tussen hem en het kind. Hierdoor is het kind al vroeg verzekerd van twee juridisch ouders die hem een bepaalde rechtszekerheid bieden. Bij een lesbisch stel is de situatie anders. De geboortemoeder wordt direct de juridisch ouder van het kind, maar de meemoeder (de vrouwelijke levensgezel van de geboortemoeder), die eenzelfde positie als een man in een relatie bekleedt staat met lege handen. Het afstammingsrecht laat de lesbische levensgezel grotendeels buiten beschouwing, waardoor deze minder rechten toebedeeld krijgt dan haar mannelijke evenknie. Deze scriptie zal dan ook voornamelijk in het teken staan van de meemoeder. Het is dan ook van belang dat het voor eenieder duidelijk is wie de meemoeder is. Dit zal geïllustreerd worden aan de hand van het onderstaande:

Twee lesbische vrouwen met een relatie besluiten niet zelden om samen een kind te krijgen. Dit is echter biologisch onmogelijk aangezien hiervoor de hulp van een man nodig is. Een van de twee vrouwen moet zich laten bevruchten door het zaad van een man, doorgaans een zaaddonor.



De vrouw die zich laat bevruchten wordt van rechtswege juridisch ouder van het kind (geboortemoeder). De partner (veelal echtgenote) van de geboortemoeder wordt de 'meemoeder' genoemd. De meemoeder staat echter in geen enkele juridische relatie tot het kind. Haar enige optie is om het kind te adopteren om zo het juridisch ouderschap te verwerven (hierover meer in hst.3). Adoptie is een dure en tijdrovende procedure die juridische onzekerheid voor zowel de meemoeder, geboortemoeder en het kind betekent. Dit staat op het punt te veranderen. Er is namelijk een wetswijziging in voorbereiding die de positie van de meemoeder binnen het personen- en familierecht beoogt te veranderen. Het wetsvoorstel 'lesbisch ouderschap' tracht het afstammingsrecht geslachtsneutraal te maken en elimineert veel van de bestaande verschillen tussen man en vrouw.

Om meerdere redenen is dit een welkom vooruitzicht:

‘door een onderscheid te maken tussen man en vrouw binnen het afstammingsrecht genieten kinderen die opgroeien in een gezin van twee lesbische vrouwen minder rechtszekerheid dan kinderen in een heterogezin aangezien de meemoeder niet zo gemakkelijk als een man juridisch ouder kan worden van het kind;

¹ Figuren: M. Vonk, *Children and their parents*, Intersentia 2007

-dergelijke verschillen maken het afstammingsrecht nodeloos complex en verwarrend;
-dergelijke verschillen kunnen als krenkend en discriminerend ervaren worden door lesbische vrouwen;²
-dergelijke verschillen zorgen ervoor dat de meemoeder in een onnodig zwakkere positie tegenover een kind dan hun mannelijke equivalent komen te staan.

Binnen deze scriptie zal centraal staan hoe het toekomstige recht (*recht na inwerkingtreding van de wetswijziging*) zich zal verhouden met het huidige recht (*het recht zoals het zijn werking heeft op mei 2011*)? Zal de wetswijziging inderdaad de positie van de meemoeder evident verbeteren?

§ 1.2 Aanleiding

Het advocatenkantoor: D&H Advocaten en Mediators heeft zich gespecialiseerd in het rechtsgebied van het personen- en familierecht. De aanleiding van de scriptie was een lopende zaak bij dit advocatenkantoor: de zaak Arends/Pruiks. In deze zaak ging het over twee (lesbische) vrouwen die met elkaar getrouwd waren geweest en uit dit huwelijk was een kind voortgekomen. De meemoeder had tijdens het huwelijk het kind nooit geadopteerd.

Na de scheiding wilde zij alsnog het juridisch ouderschap verwerven, hetgeen de geboortemoeder weigerde. Aangezien het advocatenkantoor met enige regelmaat dit soort zaken behandelt en het bekend is dat er een mogelijke wetswijziging in de nabije toekomst staat te gebeuren die grote gevolgen zal hebben voor de positie van de meemoeder, werd de vraag gesteld in hoeverre de situatie van de meemoeder anders zou zijn indien de wetswijziging al doorgevoerd zou zijn. Naast de uiteenzetting van de naderende veranderingen binnen het personen- en familierecht zal deze scriptie zal dus een casestudy inhouden, waarbij een concrete zaak wordt onderzocht en uiteengezet. Vervolgens zal het toekomstige recht op deze zaak worden toegepast om te bezien of de situatie voor de meemoeder daadwerkelijk anders zal zijn dan bij het huidige recht het geval is.

De voornoemde zaak is hier uitermate geschikt voor aangezien de meemoeder binnen deze zaak geconfronteerd wordt met nagenoeg alle mogelijke complicaties die een meemoeder kan tegenkomen. De vraag is of deze complicaties ook naar toekomstig recht nog bestaan? Aangetoond zal worden hoe de wetswijziging zijn weerslag vindt op de zaak Arends/Pruiks. Deze gedachte vormde de directe aanleiding van mijn scriptie. Na verscheidene gesprekken met mijn begeleiders heeft deze gedachte een vastere vorm aangenomen en is uiteindelijk geconcretiseerd in de onderstaande vraagstelling.

§ 1.3 Centrale vraagstelling

De centrale vraagstelling / probleemstelling van deze scriptie luidt: *‘welke veranderingen zal het wetsvoorstel ‘lesbisch ouderschap’ teweegbrengen voor de rechtspositie van de meemoeder binnen het personen- en familierecht en welk effect zal de doorvoering van het wetsvoorstel kunnen hebben op de zaak Arends/Pruiks?’*

§ 1.4 Onderzoeksvragen

Bij de centrale vraagstelling / probleemstelling zijn de volgende onderzoeksvragen geformuleerd:

- Hoe verkrijgt men juridisch ouderschap?

² Prof. Mr. C. Waaldijk, Reactie op wetsvoorstel lesbisch ouderschap, 28-02-2010, pag. 3

- Welke complicaties kunnen er optreden bij het verkrijgen van ouderschap door de meemoeder in het huidige recht?
- Kan het onderscheid man/vrouw binnen het huidig afstammingsrecht als strijdig met het gelijkheidsbeginsel worden aangemerkt?
Zo ja: hoe tracht de wetgever deze ongelijkheid op te heffen?
- Welke veranderingen brengt het wetsvoorstel 'lesbisch ouderschap' in de bestaande wettelijke regelingen met zich mee?
- In hoeverre zou de situatie in de zaak Arends/Pruiks anders zijn geweest indien het wetsvoorstel al tot wet zou zijn geworden?

§ 1.5 Doelstelling

De doelstelling is voor 29 mei 2011 een rapport aan te leveren aan D&H Advocaten en Mediators over de huidige en de toekomstige rechtspositie van de meemoeder binnen het personen- en familierecht, zodat het kantoor een duidelijk beeld kan vormen van de naderende veranderingen binnen dit rechtsgebied en hoe deze veranderingen hun weerslag vinden op de rechtspraktijk.

Toelichting doelstelling:

Het rapport zal voornamelijk voor juristen worden geschreven die hun werkgebied binnen het personen- en familierecht hebben. De scriptie zal een duidelijke weergave bieden van de rechtspositie van de meemoeder naar het toekomstige recht in vergelijking met het huidige recht. Er zullen juridische obstakels behandeld worden die voor kunnen komen bij de meemoeder die de juridisch moeder wil worden naar huidig recht. De vraag is of deze obstakels worden opgelost door de toekomstige wetswijziging. Ten slotte kan het rapport ook gebruikt worden als informatiebron voor leken die vragen hebben over mogelijkheden hoe het ouderschap over een kind verkregen kan worden (nu en in de toekomst).

§ 1.6 Methode van onderzoek

Bij het schrijven van de scriptie zal voornamelijk informatie verkregen uit deskresearch worden verwerkt. Deskresearch wordt uitgevoerd door het raadplegen van uiteenlopende bronnen, zoals literatuur, internet en de rechtsbronnen (wetten, verdragen en jurisprudentie). In het onderzoek zullen de wet- en regelgeving tezamen met jurisprudentie als uitgangspunt genomen worden. De bronnen die in de scriptie zijn geraadpleegd zijn bijna allemaal vrij toegankelijk voor de lezer, met uitzondering van de stukken die zijn geraadpleegd bij de beschrijving van de zaak Arends/Pruiks. Een registratie van de aangehaalde bronnen zal plaatsvinden zodat de lezer desgewenst een bron kan raadplegen voor verificatie of voor extra informatie.

§ 1.7 Leeswijzer

De scriptie is als volgt opgebouwd.

- In het eerste inhoudelijke hoofdstuk (hoofdstuk 2) zal het afstammingsrecht naar huidig recht beschreven worden. De mogelijkheden van zowel de man als de vrouw tot het worden van ouder zullen aan bod komen. Dit hoofdstuk is een noodzakelijke inleiding om de veranderingen die het wetsvoorstel met zich meebrengt te kunnen begrijpen.
- In het derde hoofdstuk zal betoogd worden dat er sprake is van rechtsongelijkheid binnen het afstammingsrecht en zal de lastige situatie die deze rechtsongelijkheid ten te gevolge heeft voor de meemoeder beschreven worden. De rechtspositie van de meemoeder naar huidig recht zal in dit hoofdstuk duidelijk worden aan de hand van een praktijkvoorbeeld.

- Het daaropvolgende hoofdstuk (hoofdstuk 4) zet uiteen dat dit onderscheid tussen man en vrouw binnen het recht aangeduid zou kunnen worden als strijdig met het gelijkheidsbeginsel en dat de oorspronkelijke gedachte van het afstammingsrecht, de 'biologische situatie', losgelaten dient te worden. Tevens gaat het hoofdstuk in op de vraag hoe de wetgever de onnodige ongelijkheid binnen het afstammingsrecht wil aanpakken. Het sekseneutraal maken van het afstammingsrecht gebeurt middels een wetswijziging. Dit hoofdstuk vormt als het ware 'de brug' tussen de beschrijving van de positie van de meemoeder binnen het huidige recht en de beschrijving van haar positie binnen het toekomstig recht.
- In hoofdstuk 5 wordt de inhoud van het wetsvoorstel besproken en welke veranderingen er na de invoering in het recht zullen plaatsvinden.
- Hoofdstuk 6 zal opnieuw de situatie van de meemoeder uit het praktijkvoorbeeld weergeven, maar nu naar toekomstig recht.
- Ten slotte worden in hoofdstuk 7 conclusies getrokken en aanbevelingen gedaan.

2. Ouderschap

Dit eerste inhoudelijke hoofdstuk vormt, voor een goed begrip van de materie, een noodzakelijk onderdeel van de scriptie. Uiteen zal worden gezet wat ouderschap is en hoe hedendaags het ouderschap kan worden verkregen. De mogelijkheden tot het verkrijgen van ouderschap bij man/vrouwrelaties zullen worden afgezet tegen de mogelijkheden van lesbische vrouwen. De bepalingen en artikelen in dit hoofdstuk zijn gebaseerd op het recht anno mei 2011. Het is van belang dat de lezer inzicht verkrijgt in hoe het ouderschap hedendaags door zowel heteroseksuele personen als lesbische vrouwen kan worden verkregen, om zodoende een beter inzicht te krijgen over de naderende veranderingen die het wetsvoorstel 'lesbisch ouderschap' na invoering gaat brengen.

§ 2.1 Afstammingsrecht

Het (verkrijgen van het) juridisch ouderschap is gecodificeerd in boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, meer concreet: in het afstammingsrecht. Het afstammingsrecht kan het best uitgelegd worden aan de hand van de biologische situatie. Deze situatie probeert het afstammingsrecht namelijk zo veel mogelijk aan te houden. De moeder is per definitie juridisch ouder en indien zij getrouwd is ten tijde van de geboorte van het kind, haar echtgenoot ook. De man/vrouw relatie is dus de basisgedachte van het afstammingsrecht.³ Er wordt door de jaren steeds meer afgeweken van dit uitgangspunt. Zo kan sinds jaren ook een fictieve afstammingsband ontstaan door adoptie, het is bij adoptie geen vereiste dat het kind voortkomt uit de relatie tussen de man en de vrouw. De basisgedachte van het afstammingsrecht verliest steeds meer zijn greep op het recht. De toekomstige wetswijziging kan de 'genadeklap' toedienen.

§ 2.2 Ouderschap

Het afstammingsrecht omvat 'ouderschap'; het verkrijgen van ouderschap zorgt namelijk voor afstammingrechtelijke betrekkingen tussen kind en ouder. Er bestaan drie verschillende soorten ouderschap:

- 1.) juridisch ouderschap: wanneer er sprake is van een familierechtelijke relatie tussen het kind en de man/vrouw;
- 2.) biologisch ouderschap: sprake van een genetische relatie tussen het kind en de man/vrouw;
- 3.) sociaal ouderschap: sprake van een opvoedings/verzorgingsrelatie met het kind. Doorgaans zijn alle drie de vormen van ouderschap aanwezig in één ouder/ouderpaar, maar het kan voorkomen dat diverse personen diversen vormen van ouderschap uitoefenen.

Alle vormen van ouderschap zullen ter sprake komen in de scriptie, maar met term 'ouder' wordt in deze scriptie doorgaans de juridisch ouder van een kind bedoeld. Indien de biologisch of sociaal ouder bedoeld wordt zal dit benoemd worden of zal dit duidelijk blijken uit de tekst.

Wanneer is iemand als juridisch ouder te kwalificeren? Art. 1:197 BW bepaalt dat een kind in 'familierechtelijke betrekking' staat tot zijn ouders en diens bloedverwanten en vice versa. Indien er dus sprake is van een 'familierechtelijke betrekking' bestaat er een juridische relatie waaraan rechten en plichten zijn verbonden.⁴ Indien een kind familierechtelijke betrekkingen heeft met zijn ouders bestaat er een afstammingsband tussen het kind en de ouders. Anders gezegd: ouders die in een familierechtelijke betrekking staan tot hun kind zijn de juridische

³ Naar Romeins recht: zie ook Van Mourik, Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*. 4^e druk. Kluwer 2009 pag. 180.

⁴ R.N.F. Zuidgeest, *Verbondenheid in het belastingrecht*. 1^e druk. Kluwer 2008. Pag. 108

ouders. Belangrijk om op te merken is dat een kind niet meer dan twee juridisch ouders kan hebben.⁵

§ 2.3 Gevolgen juridisch ouderschap

Het ouderschap is de sterkste en meest omvattende juridische band ten aanzien van een kind. Een ouder heeft namelijk veel bevoegdheden inzake het kind en het kind heeft op zijn/haar beurt een aantal juridische zekerheden die alleen een ouder kan bieden. Het vestigen of verkrijgen van ouderschap mag daarom niet lichtvaardig worden opgevat. Met het ontstaan van ouderschap ontstaan vele rechten en plichten waaraan de ouders en het kind gebonden worden. Juridisch ouderschap heeft gevolgen voor de nationaliteit van het kind, het naamrecht, het gezagsrecht, de onderhoudsplicht, het omgangsrecht, de alimentatieplicht en het erfrecht.⁶ Een persoon kan via allerlei omwegen veel van deze rechten en plichten van een ouder verwerven. Zo kan een persoon gezag verkrijgen, een omgangsregeling vestigen en notarieel het een en ander op het gebied van erfrecht doen vestigen. Met name gezag wordt vaak geassocieerd met ouderschap, echter gezag is maar één onderdeel daarvan. Gezag is een stelsel van rechten, plichten en bevoegdheden dienend ter opvoeding en verzorging van een kind (enkele voorbeelden zijn: zeggenschap over opvoeding, recht op contact, wettelijke vertegenwoordiging, civiele aansprakelijkheid en recht op informatie). Gezag ontstaat van rechtswege bij gehuwde ouders (art.1:251 lid 1 BW). De juridisch ouder heeft automatisch ook het gezag over een kind. Ouderschap en gezag liggen doorgaans in elkaars verlengde. Ook de meemoeder verkrijgt dus het gezag van rechtswege door het hebben van een geformaliseerde relatie met de moeder. Maar de overige gevolgen van het juridisch ouderschap, waaronder het naamrecht, het erfrecht en de onderhoudsplicht ontstaan niet van rechtswege voor de gehuwde meemoeder.

§ 2.4 Verrijking van ouderschap

Hoe een familierechtelijke betrekking (en dus ouderschap) tussen een persoon en het kind ontstaat verschilt per geslacht. Het ouderschap kan namelijk onderverdeeld worden in moeder- en vaderschap. De mogelijkheden tot het verkrijgen van ouderschap voor beide geslachten zal in deze paragraaf worden besproken. Als eerste zal uiteengezet worden hoe de man het vaderschap kan verwerven en vervolgens komen de mogelijkheden van de vrouw aan bod. Een duidelijke conclusie kan getrokken worden nadat de mogelijkheden tot ouderschapsverrijking van zowel de man als vrouw besproken zijn.

2.4.1 Verrijking vaderschap

De man kan op de navolgende manieren juridisch vader van een kind worden:

Art. 1: 199 BW:

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;*

⁵ M.J.C. Koens, *Personen- en familierecht*. 6^e druk. Kluwer 2010, pag. 264

⁶ <<http://www.kennisring.nl/smartsite.dws?id=51788>>, 2 maart 2011

- d. wiens vaderschap gerechtelijk is vastgesteld; of
- e. die het kind heeft geadopteerd.

Een man kan dus op welgeteld vijf manieren de juridisch vader van een kind worden. Deze mogelijkheden tot het verkrijgen van ouderschap zullen ten behoeve van een heldere juridische context uitgeschreven worden. Maar voordat dit gebeurt dient er eerst enige opheldering gegeven te worden over de begrippen: 'verwekker' en 'biologisch vader'.

Verwekker en biologisch vader

Binnen het personen- en familierecht en dan met name het afstammingsrecht is het van belang om deze begrippen goed te begrijpen en te kunnen onderscheiden aangezien de wetgever deze begrippen veelvuldig hanteert. De verwekker en de biologisch vader zijn in de meeste gevallen één en dezelfde persoon, echter er bestaan uitzonderingen.

De hoofdregel luidt: een verwekker is altijd de biologische vader maar een biologische vader niet altijd de verwekker.⁷ Met verwekker wordt bedoeld 'de man die door middel van geslachtsgemeenschap met de moeder het kind heeft laten ontstaan'.⁸ De biologisch vader is de man uit wiens zaad het kind ontsproten is. Het kind bestaat altijd uit het genetische materiaal van de biologische vader. Dit kan dus tevens een zaaddonor zijn; het kind komt dan namelijk voort uit het zaad van de donor, maar de donor heeft het kind niet op natuurlijke manier laten ontstaan (via geslachtsgemeenschap) en zal dus niet worden aangemerkt als de verwekker van het kind.

Nu het onderscheid tussen deze begrippen gemaakt is, kan worden ingegaan op de mogelijkheden die een man heeft om het juridisch ouderschap over een kind te verwerven.

2.4.1.1 Vaderschap van rechtswege

De man die ten tijde van de geboorte van het kind gehuwd was met de biologisch moeder van het kind wordt van rechtswege juridisch vader van het kind. Deze zin verdient enige uitleg: 'de man die op het tijdstip van geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind geboren is gehuwd is' wordt vermoed de 'verwekker' van het kind te zijn. Het afstammingsrecht ging namelijk in beginsel uit van de klassieke opvatting dat kinderen geboren binnen een huwelijk verwekt zijn door de deelnemers aan dat huwelijk.

Het is geen vereiste dat de vader daadwerkelijk de verwekker is van het kind. Ook indien het kind is verwekt door een ander dan de echtgenoot, wordt de echtgenoot alsnog juridisch vader. Bijvoorbeeld als hij heeft ingestemd met de daad die tot de verwekking heeft geleid (denk hierbij aan kunstmatige inseminatie), maar ook in het geval de moeder bezwangerd is door een derde wordt de echtgenoot juridisch vader.

Ontkenning vaderschap

De vader, de moeder en het kind hebben de mogelijkheid om het door het huwelijk ontstane vaderschap te ontkennen op grond van art.1:200 BW. De enige grond die in het artikel gegeven wordt voor een rechtmatige ontkenning is dat de vader niet de biologisch vader van het kind is. De stelplicht en bewijslast dat de vader niet de biologisch vader is, ligt bij de verzoeker van de ontkenning van het vaderschap.⁹ Er zijn evenwel een aantal uitzonderingen. Zo kunnen de ouders het vaderschap niet ontkennen indien de echtgenoot van de moeder, die niet de verwekker van het kind is, afwist van haar zwangerschap ten tijde dat zij met elkaar huwden. Tevens kunnen de vader en moeder het ouderschap niet ontkennen als zij beiden ingestemd hebben met de daad die tot verwekking heeft geleid.

⁷ <<http://www.familierechtsite.nl/uw-kinderen/afstamming/index.html>>, 20 maart 2011

⁸ Van Mourik, Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*. 4^e druk. Kluwer 2009, pag. 164 en Kamerstukken II 1995-96 24 649, nr. 3, p.8.

⁹ M.J.C. Koens, *Personen- en familierecht*. 6^e druk. Kluwer 2010, pag. 265

Een verzoek tot het ontkennen van ouderschap is slechts binnen een bepaalde termijn mogelijk, dit met oog op de rechtszekerheid. De moeder kan een verzoek tot ontkenning indienen binnen één jaar na de geboorte van het kind. De vader kan zijn vaderschap ontkennen binnen een termijn van één jaar nadat hem bekend is geworden dat hij niet de biologisch vader van het kind is. Ten slotte kan het kind het verzoek tot ontkenning doen binnen drie jaar nadat hem bekend is geworden dat zijn vader niet zijn biologisch vader is, tenzij hij minderjarig is; dan heeft hij/zij de tijd tot zijn 22^{ste} verjaardag (art. 1:200 lid 3 BW).

2.4.1.2 Indien hij als echtgenoot overlijdt binnen 306 dagen voor geboorte van het kind

Een tweede mogelijkheid tot het verkrijgen van vaderschap is indien de man overlijdt binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind. Let wel: enkel indien het huwelijk is ontbonden als gevolg van de dood van echtgenoot, dus niet ontbinding middels echtscheiding. De wetgever gaat er bij deze bepaling wederom van uit dat het kind verwekt is staande het huwelijk. Het maakt dan niet uit dat het huwelijk reeds ontbonden is door de dood van de man. Na een termijn van 306 dagen acht de wetgever het niet langer geloofwaardig dat de overleden echtgenoot daadwerkelijk de verwekker van het kind is.¹⁰

2.4.1.3 Erkenning

Een derde mogelijkheid waardoor een man het juridisch ouderschap over een kind kan verkrijgen is middels erkenning. Erkenning is een eenzijdige rechtshandeling waardoor familierechtelijke betrekkingen tussen de erkenner en het kind ontstaan.¹¹ Erkenning is een rechtsfiguur die in tegenstelling tot 'vaderschap van rechtswege' niet enkel in art. 1:199 BW kan worden ondergebracht. Afdeling 3 van titel 11 boek 1 BW wordt aan deze vorm van ouderschapsverkrijging gewijd. Tevens is titel 2 van boek 3 BW van toepassing aangezien het bij erkenning gaat om een handeling met een beoogd rechtsgevolg: een 'rechtshandeling' (art. 3:59 BW). Zo moet de man zijn wens tot erkenning door een wilsverklaring openbaren (art. 3:33 BW). Dit kan enkel in de vorm van een akte van erkenning of een notariële akte geschieden (art. 1:203 BW). Tevens dient de man handelingbekwaam te zijn (art. 3:32 BW). Van belang is om op te merken dat bij erkenning niet is vereist dat de man de verwekker of biologisch vader van het kind behoeft te zijn.¹²

Erkenning kan geschieden vóór de geboorte van het kind waardoor er vanaf de geboorte familierechtelijke betrekkingen bestaan tussen de man en het kind, of erkenning kan ná de geboorte plaatsvinden.¹³ Erkenning heeft nadrukkelijk geen terugwerkende kracht en heeft dus pas werking vanaf het moment dat er daadwerkelijk erkend wordt. Door het feit dat de man enkel door middel van een akte de juridisch vader van een kind wordt kan erkenning worden aangemerkt als een betrekkelijk eenvoudige en snelle manier om het juridisch ouderschap te vestigen. Erkenning behoeft tevens niet staande een huwelijk te geschieden¹⁴ en kan door iedere man gedaan worden mits wordt voldaan aan de eisen van art. 1:204 BW:

- Indien de man en de vrouw geen bloedverwanten zijn als bedoeld in art. 1:41 BW;
- Indien de man zestien jaar of ouder is;
- Indien het kind onder de zestien jaar oud is en de man schriftelijke toestemming van de moeder heeft gekregen;
- Indien de man voorafgaande schriftelijke toestemming van het kind van twaalf jaar of ouder heeft gekregen;
- Indien de man niet reeds getrouwd is met een vrouw anders dan de moeder van het kind;
- Indien het kind niet al twee ouders heeft.

Indien niet aan een van de bovenstaande voorwaarde voldaan wordt is de erkenning nietig.

¹⁰ Aangezien de gemiddelde duur van een zwangerschap 40 weken (280 dagen) is.

¹¹ <<http://www.encyclo.nl/begrip/erkenning>>, 20 februari 2011

¹² Van Mourik, Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*. 4^e druk. Kluwer 2009, pag. 169

¹³ M.J.C. Koens, A.P.M.J. Vonken, *Personen- en familierecht*. 6^e druk. Kluwer 2010, pag. 273

¹⁴ <<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aangifte-geboorte-erkenning-en-gezag/erkenning-kind>>, 20-2-11

Vervangende toestemming rechtbank

Erkenning door de man is niet mogelijk indien het kind nog geen 16 jaar oud is en de moeder geen toestemming verleend of indien het kind van 12 jaar of ouder geen toestemming verleend tot erkenning, aldus bleek uit het bovenstaande.

Artikel 1:204 BW geeft de man evenwel de mogelijkheid om deze obstakels te passeren. Hij kan vervangende toestemming tot erkenning bij de rechtbank verzoeken, wel moet er dan voldaan worden aan de eisen gesteld in lid 3:

- *de belangen van de moeder tot een ongestoorde verhouding met het kind mogen niet geschaad worden;*
- *erkenning is in belang van het kind;*
- *de man is de verwekker van het kind.*

De moeder mag het verzoek van de man tot erkenning niet lichthartig weigeren. Zij moet wel enig reëel belang bij de weigering hebben. Indien de man kan aantonen dat de weigering er enkel toe strekt hem te schaden, wordt vermoed dat de moeder misbruik van haar weigeringbevoegdheid maakt (misbruik van recht) en is de kans groot dat de rechtbank vervangende toestemming tot erkenning aan de man zal verlenen (1:207 lid 3 BW). De bewijslast dat de moeder geen aannemelijk belang tot weigering heeft en dus misbruik van haar bevoegdheid maakt ligt bij de man.¹⁵ Indien de rechtbank het verzoek van de man honoreert, wordt hiermee de weigering van de moeder of kind gepasseerd en wordt de man alsnog middels erkenning juridisch vader van het kind.

2.4.1.4 Gerechtelijke vaststelling

Gerechtelijke vaststelling houdt in dat de rechtbank een uitspraak doet waardoor een man de juridisch vader van het kind wordt.¹⁶ In de praktijk is deze mogelijkheid vaak een laatste strohalm om een kind van een familierechtelijke betrekking tot een man te voorzien.¹⁷ Gerechtelijke vaststelling van het ouderschap kan echter niet door de man verzocht worden, enkel door de moeder of door het kind van 16 jaar of ouder. Art. 1:207 lid 1 BW stelt namelijk de volgende eisen voor gerechtelijke vaststelling (art. 1:207 lid 1 BW):

- de man is de verwekker is van het kind of op de grond dat de man als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad;
- vaststelling van het vaderschap gebeurt uitsluitend door de rechtbank;
- de vaststelling gebeurt op verzoek van de moeder indien het kind de leeftijd van 16 jaar nog niet heeft bereikt of op verzoek van het kind indien deze 16 jaar of ouder is.

Gerechtelijke vaststelling kan niet geschieden indien (art.1:207 lid 2 en 3):

- het kind reeds twee ouders heeft;
- tussen de man en de moeder van het kind krachtens art.1:41 BW (bloedverwantschap) geen huwelijk zou mogen worden gesloten; of
- de man een minderjarige is die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, tenzij hij voordat hij deze leeftijd heeft bereikt is overleden.
- het verzoek tot gerechtelijke vaststelling door de moeder niet binnen vijf jaar na de geboorte van het kind is geschied.

De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt ook wel de 'gedwongen erkenning' genoemd. Het vaderschap is namelijk na de vaststelling middels reële executie¹⁸ af te dwingen van de man. Weigering of alsnog nalaten te erkennen houdt een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) in jegens moeder en kind.¹⁹ De gerechtelijke vaststelling heeft in

¹⁵ HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 65 en HR 21 maart 2008, LJN BC4496

¹⁶ <<http://zakelijk.infonu.nl/juridisch/25136-gerechtelijke-vaststelling-van-het-vaderschap.html>>, 2 april 2011

¹⁷ <<http://zakelijk.infonu.nl/juridisch/25136-gerechtelijke-vaststelling-van-het-vaderschap.html>>, 2 april 2011

¹⁸ Zie verklarende woordenlijst

¹⁹ HR 3 april 1992, NJ 1993,286

tegenstelling tot erkenning wel terugwerkende kracht (art. 1:207 lid 5 BW). Dit heeft ten gevolgen dat de man sinds de geboorte van het kind als vader kan worden aangemerkt.²⁰

2.4.1.5 Adoptie

De laatste mogelijkheid voor de man om juridisch ouder te worden is adoptie. Adoptie is een middel om (fictieve) afstammingsbanden te vestigen tussen een persoon en een kind. Bij adoptie wordt het standpunt 'dat het afstammingsrecht zoveel mogelijk moet aansluiten op de biologische afstamming' verlaten. Adoptie is immers een juridische constructie die zorgt dat er familierechtelijke betrekkingen ontstaan tussen de adoptant en de geadopteerde.²¹ De familierechtelijke band met de oorspronkelijke ouder(s) houdt dan op te bestaan. Deze vorm van ouderschapverkrijging gebeurt enkel op 'verzoek' en kan alleen door de rechtbank worden uitgesproken (art. 1:227 lid 1 BW). Het is bij adoptie niet vereist dat de man de verwekker (of biologisch vader) is.

Een man kan via twee verschillende soorten adoptie de juridische ouder van een kind worden:

- *adoptie (zowel eenouderadoptie als gezamenlijke adoptie);*
- *partneradoptie.*

Aangezien adoptie een zeer ingrijpende maatregel is, die de familierechtelijke banden met de oorspronkelijke ouder(s) doorsnijdt en vervolgens toekent aan andere personen, gelden er een aantal strikte voorwaarden.²²

Wil adoptie door twee personen gezamenlijk doorgang vinden dan moeten deze personen minstens gedurende drie jaar voordat zij het adoptieverzoek deden hebben samengeleefd.

Indien het gaat om partneradoptie moet de partner van de ouder (echtgenoot, geregistreerd partner, vriend(in)) tevens gedurende een tijdsbestek van drie jaar onmiddellijk voorafgaand aan het adoptieverzoek met de ouder hebben samengewoond (art. 1:227 lid 2 BW).

Bij de partneradoptie geldt tevens de extra eis dat de partner van de ouder het kind tenminste één jaar heeft geholpen met de opvoeding (art. 1:228 lid 1 sub f BW).

Een zeer belangrijke voorwaarde voor adoptie is dat het in het kennelijk belang van het kind moet zijn (art. 1:227 lid 3 BW). Uit deze eis vloeit direct voort dat het kind niets meer te verwachten mag hebben van zijn oorspronkelijke ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder. De rechter beslist of dit het geval is, meestal na advies te hebben ingewonnen van de Raad van de Kinderbescherming.

De mening die de oorspronkelijke ouder(s) over de adoptie hebben weegt zwaar maar is niet per definitie doorslaggevend. Indien de oorspronkelijke ouder(s) het adoptieverzoek tegenspreken, kan de rechter hier aan voorbij gaan indien dit in het belang van het kind is. De wet geeft maar drie mogelijkheden om aan de tegenspraak van de oorspronkelijke ouder(s) voorbij te gaan (art. 1:228 lid 2 BW):

- indien de ouders niet of nauwelijks met het kind in gezinsverband hebben samengewoond;
- indien het kind ernstig is verwaarloosd door de oorspronkelijke ouder(s);
- indien de ouder is veroordeeld wegens een misdrijf jegens het kind.

Ten slotte dient voldaan te zijn aan de overige eisen adoptie (art. 1:228 lid 1 BW):

- het kind dient minderjarig te zijn en het adoptieverzoek niet tegen te spreken;
- de adoptanten mogen niet de grootouders van het kind zijn;
- de adoptant(en) zijn tenminste 18 jaar ouder dan het kind;
- de oorspronkelijke ouder/ouders hebben niet langer het gezag;
- de oorspronkelijk moeder is tenminste 16 jaar ten tijde van het adoptieverzoek.

²⁰ M.J.C. Koens, A.P.M.J. Vonken, *Personen- en familierecht*. 6^e druk. Kluwer 2010, pag. 276

²¹ Van Mourik, Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*. 4^e druk. Kluwer 2009, pag. 188

²² M.J.C. Koens, A.P.M.J. Vonken, *Personen- en familierecht*. 6^e druk. Kluwer 2010, pag. 301

Met als sluitstuk adoptie zijn alle mogelijkheden voor de man om juridisch ouder te worden besproken, vervolgens zullen de mogelijkheden om juridisch ouderschap te verwerven door de vrouw aan bod komen.

2.4.2 Verrijking moederschap

Een vrouw heeft naar huidig recht beduidend minder mogelijkheden om het ouderschap over een kind te verwerven. Een vrouw kan op slechts twee manieren juridisch ouder worden. Een vrouw verkrijgt het moederschap namelijk op de volgende wijzen:

Art. 1:198 BW: 'moeder van een kind is de vrouw:

-uit wie het kind is geboren; of

-die het kind heeft geadopteerd'.

De eerste mogelijkheid voor de vrouw om ouderschap te verkrijgen is om simpelweg het kind te baren.²³ Het ouderschap ontstaat dan van rechtswege. *'Mater semper certa est'*; de vrouw die het kind baart is automatisch de juridisch moeder van het kind, ook al is zij niet de biologisch moeder (denk aan draagmoederschap²⁴). De tweede mogelijkheid tot het verkrijgen van ouderschap door de vrouw is de weg van adoptie. Een vrouw kan net als de man een kind adopteren; de voorwaarden voor adoptie zijn voor beide geslachten gelijk en zullen hier niet nogmaals behandeld worden.

§ 2.5 Hedendaagse ouderschapsverrijking door lesbische paren

Lesbische paren kunnen sinds 2001 ook huwen. De homo-emancipatie stopt echter niet bij het toestaan van het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht. Lesbiennes en homo's kunnen zich tevens aan kinderen wagen. Een groot verschil met het heterohuwelijk is dat er niet van rechtswege een afstammingsrechtelijke band tussen de meemoeder en het kind ontstaat indien het kind binnen het lesbische huwelijk geboren wordt. Ook al wordt de meemoeder niet van rechtswege juridisch ouder van een kind, de wet verbiedt niet dat paren van gelijk geslacht het ouderschap over een kind kunnen verkrijgen. Maar hoe verkrijgt een lesbisch stel dan het ouderschap over een kind?

Zoals genoemd kan een vrouw slechts op twee manieren de juridisch ouder van een kind worden. Aangezien er binnen een lesbische relatie per definitie twee vrouwen zijn zullen zij of allebei moeten adopteren of een van hen krijgt van rechtswege het ouderschap over het kind en de ander door middel van partneradoptie. De mogelijkheden voor lesbiennes tot het verkrijgen van ouderschap over een kind zullen hieronder uiteengezet worden.

2.5.1 Ingeval beiden adopteren

Adoptie is mogelijk sinds 1956. Het oorspronkelijke doel van adoptie was om pleeggezinnen een grotere waarborg te bieden en te beschermen tegen ongewenste aanspraken van de oorspronkelijke ouders.²⁵ Door adoptie worden de oorspronkelijke ouders namelijk buiten spel gezet. In paragraaf 2.4.1.5 is adoptie reeds behandeld als ouderschapverrijkingsmogelijkheid. De daarin beschreven adoptievoorwaarden gelden ook voor paren van gelijk geslacht.

²³ Ik impliceer hier niet dat het 'baren van kinderen' een gemakkelijke opgave is, enkel dat het ouderschap via deze weg betrekkelijk eenvoudig tot stand komt.

²⁴ <<http://www.socialezekerheid.nl/smartsite.dws?id=51792>>, 20 maart 2011

²⁵ Vlaardingenbroek e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*. Kluwer 2008, pag. 215

2.5.2 Van rechtswege en partneradoptie

Een andere mogelijkheid om ouderschap te vestigen binnen een lesbische relatie is dat een van de twee vrouwen zich laat bezwangeren en het kind baart en dat de ander vervolgens het kind adopteert middels partneradoptie. Er zijn verschillende mogelijkheden voor de vrouw om zwanger te worden binnen een lesbische relatie. Via 'geslachtsgemeenschap' met een man is een mogelijkheid, maar uitgaand van hun geaardheid zal ik deze mogelijkheid buiten beschouwing laten. Dan blijft over:

-Kunstmatige inseminatie (KI): met behulp van donorzaad wordt een vrouw kunstmatig bezwangerd. Het zaad van de donor wordt door middel van een inseminatiecupje in de baarmoeder van de vrouw gebracht.

-In-vitrofertilisatie (IVF): wordt ook wel reageerbuisbevruchting genoemd. De eicellen worden bij deze voortplantingstechniek buiten het lichaam bevrucht met eicellen. De embryo die vervolgens ontstaat wordt geplaatst in de baarmoeder van de toekomstige moeder.

Deze technieken zorgen ervoor dat één van de twee vrouwen het kind kan baren, deze vrouw wordt in lijn met art. 1:198 BW direct de juridisch moeder van het kind. De meemoeder rest dan enkel één mogelijkheid tot het verkrijgen van het moederschap over het kind: partneradoptie. Partneradoptie geschiedt op gezamenlijk verzoek van de moeder en de meemoeder. In het geval van partneradoptie bij lesbische paren geldt de termijn van verzorging niet: de meemoeder kan direct na de bevalling van haar partner een verzoek tot adoptie doen (art. 1:228 lid 1 sub f slotzin Jo. art. 1:227 lid 3 en art. 1:228 lid 1 sub d BW).²⁶ Echter dient het lesbisch stel nog wel te voldoen aan de termijn gesteld in art. 1:227 lid 2 BW: zij moeten gedurende drie jaar direct voorafgaand aan het adoptieverzoek hebben samengeleefd. Het is bovendien tegenwoordig mogelijk om als meemoeder een verzoek tot adoptie te doen voordat het kind geboren is, zodat vanaf de geboorte het kind twee juridisch ouders heeft. Indien het verzoek pas na de geboorte wordt toegewezen, dan werkt dit terug tot aan de geboorte.²⁷

§ 2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is behandeld wat ouderschap inhoudt, wat de gevolgen daarvan zijn en dat er verschillende manieren zijn om het ouderschap te verkrijgen. De manier waarop het ouderschap verkregen kan worden verschilt per geslacht. De man kan op de volgende manieren het ouderschap over een kind verkrijgen: van rechtswege indien het kind uit zijn huwelijk geboren is, indien het kind binnen 306 dagen na zijn overlijden geboren wordt, door middel van erkenning, door gerechtelijke vaststelling of door middel van adoptie.

De vrouw heeft een beperkter arsenaal aan mogelijkheden: van rechtswege door het baren van het kind of middels adoptie. Een lesbisch stel bestaat uit twee vrouwen waardoor zij slechts twee mogelijkheden hebben om gezamenlijk het ouderschap te verwerven: beiden adopteren het kind of een van de vrouwen baart het kind en de ander adopteert.

²⁶ Vlaardingenbroek e.a. *Het hedendaagse personen- en familierecht*. 5^e druk. Kluwer 2008, pag. 279

²⁷ De Boer en Wijers, *Vrouw & recht*. 1^e druk. Amsterdam University Press, 2009 pag. 89

3. De penibele situatie van de meemoeder

Aan de hand van dit hoofdstuk zal de situatie waarin de meemoeder zich naar huidig recht bevindt worden geïllustreerd. Aangetoond zal worden dat de rechtspositie van de meemoeder binnen het afstammingsrecht al niet sterk is, maar indien de geboortemoeder niet meewerkt aan de wens van de meemoeder om juridisch ouder van het kind te worden, de meemoeder helemaal in een lastige situatie terecht komt.

§ 3.1 De situatie van de meemoeder naar huidig recht

In het vorige hoofdstuk was te lezen dat de vrouw slechts twee mogelijkheden heeft om juridisch ouder van een kind te worden, terwijl de man hiertoe welgeteld vijf mogelijkheden heeft. Met name de positie van de meemoeder is schrijnend: de meemoeder is de vrouw die slechts één mogelijkheid kent tot het verkrijgen van juridisch ouderschap over het kind.

Een man wordt van rechtswege juridisch ouder van een kind indien hij gehuwd is met de moeder of kan (indien hij niet gehuwd was met de moeder ten tijde van de geboorte van het kind) alsnog betrekkelijk snel en eenvoudig de juridisch vader worden: het opmaken van een akte van erkenning of een notariële akte kost niet veel geld en is binnen een zeer kort tijdsbestek te realiseren. Indien de geboortemoeder de erkenning weigert heeft de man de mogelijkheid om vervangende toestemming tot erkenning bij de rechtbank te verzoeken. Voor de meemoeder ligt dit echter gecompliceerder. Duidelijk moge zijn dat de meemoeder een vrouw is en haar dus enkel de mogelijkheden tot ouderschapverkrijging van art. 1: 198 BW toekomt. Een van de mogelijkheden valt direct al af: 'uit wie het kind gebaard is'. Niet beide vrouwen kunnen hetzelfde kind baren. Slechts een van de twee vrouwen kan de juridisch moeder van rechtswege worden. De ander (de meemoeder) heeft hoogstens het gezag over het kind (indien deze binnen het lesbische huwelijk geboren is) maar staat verder met lege handen. Zij kan volgens de huidige Nederlandse wetgeving slechts op één manier juridisch moeder van het kind worden, middels adoptie. In tegenstelling tot erkenning is adoptie een tijdrovende aangelegenheid en kan gemakkelijk een half jaar duren, en indien er complicaties ontstaan kan een adoptieprocedure zelfs jaren voortslepen. Gedurende het tijdsbestek van de adoptieprocedure zal de meemoeder aan de juridische zijlijn van het leven van het kind staan. Tijdens deze periode heerst er onzekerheid bij de meemoeder (alsmede bij het kind en de geboortemoeder) aangezien het verzoek tot adoptie lang niet altijd wordt gehonoreerd door de rechter. Tevens is de adoptieprocedure alles behalve goedkoop; een advocaat moet ingeschakeld worden en griffierechten dienen betaald te worden.²⁸

Gesteld kan worden dan er binnen het afstammingsrecht sprake is van rechtsongelijkheid aangezien een man meer rechten heeft dan een vrouw. Deze rechtsongelijkheid werkt nadelig voor lesbische stellen en de kinderen die uit deze relatie voortkomen. Indien een vrouw zich in een lesbische relatie bevindt en indien daar kinderen uit voortkomen komt altijd één van de twee vrouwen in een juridisch zwakke positie ten opzichte van het kind te staan. Een meemoeder verkrijgt niet alle rechten en plichten die een juridisch ouder toekomt. De meemoeder kan veel van de bevoegdheden apart bemachtigen door het gezag te verkrijgen (verkregen door het huwelijk), door een omgangsregeling vast te leggen en erfrechtelijk het een en ander te regelen. Een man hoeft deze stappen niet te ondernemen wil hij de rechten en plichten van een ouder krijgen. Een man wordt van rechtswege ouder van een kind door het huwelijk of kan het ouderschap verkrijgen door erkenning waardoor hij in één eenvoudige handeling alle rechten en plichten van een ouder verkrijgt.

²⁸ <<http://www.kinderwens.nl/financialAspects/costsAdoption>>, 6 maart 2011

§ 3.2 De zaak Arends/Pruiks

In het voorgaande werd al gesteld dat het doen van een adoptieverzoek door de meemoeder lang niet altijd een garantie is om het ouderschap over een kind te verkrijgen. Adoptie betekent immers een gang naar de rechter en binnen de adoptieprocedure kunnen dan ook vele complicaties optreden die de meemoeder en haar verzoek kunnen tegenwerken. Om de positie van de meemoeder tijdens haar poging om juridisch ouder te worden te illustreren zal een casus aangehaald worden. Deze zaak loopt momenteel (mei 2011) bij het advocatenkantoor D&H Advocaten en Mediators. De casus bevat veel van de complicaties die een meemoeder kan tegenkomen wanneer zij het ouderschap over een kind wil verkrijgen door middel van adoptie. Deze zaak zal als rode draad door de scriptie heenlopen en als voorbeeld dienen.

Opmerking: de werkelijke namen van de partijen en belanghebbenden zijn in deze scriptie vervangen door fictieve namen. Dit is gedaan met oog op de vertrouwelijkheid van de zaak en het feit dat de deze momenteel nog gaande is.

Achtergrond zaak Arends/Pruiks

Arends en Pruiks (beide vrouwen) waren gedurende enkele jaren met elkaar getrouwd. Binnen dit huwelijk besloten zij dat de tijd rijp was voor kinderen. Met behulp van een bekende zaaddonor, de heer Sjaakens, is door middel van kunstmatige inseminatie (KI) een kind (Sanne) verwekt bij mevrouw Arends. Arends is als barende moeder zijnde dus van rechtswege juridisch moeder van Sanne geworden. Omdat Sanne binnen het huwelijk van Arends en Pruiks geboren is hebben beide vrouwen het gezag over Sanne.

Na verloop van tijd liep het huwelijk niet meer naar wens en mevrouw Pruiks besloot als gevolg van de spanningen tussen haar en Arends de gezamenlijke woning te verlaten. In 2008 werd de scheiding voltrokken. Sanne is intussen 6 jaar oud en heeft haar hoofdverblijf bij haar biologische moeder (Arends). Mevrouw Arends woont sinds 3,5 jaar (informeel) samen met mevrouw R. Binnen deze relatie is op december 2008 Robert geboren. Mevrouw Arends is de biologische moeder en de heer Sjaakens is de donor van Robert. De huidige partner van mevrouw Arends heeft Robert geadopteerd. Mevrouw Arends en haar partner dragen samen zorg voor de opvoeding en verzorging van Sanne en Robert.

Tussen Pruiks en Sanne geldt een omgangsregeling (één middag per week). Mevrouw Pruiks is sinds juli 2008 gehuwd met mevrouw J. Mevrouw J. heeft tevens een dochter: Kim (van bijna vijf jaar) uit een eerder huwelijk met een mannelijke partner. In goed overleg delen de ouders van Kim de verantwoordelijkheid over dit meisje en verblijft zij afwisselend bij beide ouders.²⁹ In de bijlage is een schematisch overzicht van alle partijen opgenomen.

Het probleem

Al sinds de geboorte van Sanne voelt mevrouw Pruiks zich moeder en beschouwt zij Sanne als haar dochter. In de periode dat mevrouw Pruiks en mevrouw Arends (gehuwd) samenwoonden droegen zij samen de verantwoordelijkheid voor de opvoeding en verzorging van Sanne en was het volgens mevrouw Pruiks voor zowel Sanne als de "buitenwereld" duidelijk dat mevrouw Arends en mevrouw Pruiks beiden moeders van Sanne waren. Tijdens het huwelijk is wel gesproken over adoptie. Maar zover is het nooit gekomen. Pruiks vond dat vooralsnog niet nodig en de kosten te hoog.

Na het beëindigen van het huwelijk is er een lastige situatie voor alle betrokkenen ontstaan, voornamelijk omdat Pruiks van mening is dat het niet meer duidelijk is voor Sanne en derden dat ook zij in relatie staat met Sanne. Pruiks voelt zich de moeder van Sanne, maar wil dit

²⁹ Raadsrapport, d.d. 27 juli 2010, naar aanleiding van het adoptieverzoek door Mevrouw (vertrouwelijk)

tevens juridisch hebben vastgesteld, zodat er geen twijfel over bestaat dat ook zij een plaats heeft in het leven van Sanne. Deze redenering volgend is er maar één logische stap voor mevrouw Puijs: het indienen van een verzoekschrift tot adoptie van Sanne. Middels adoptie wil mevrouw Puijs haar moederschap juridisch bestendigen.³⁰ Mevrouw Puijs wil dat Sanne haar ook als volwaardig moeder ziet en niet slechts als 'oppasser'.

Door de juridische hoedanigheid van moeder te verkrijgen zijn Sanne en Arends wel gedwongen haar als moeder te zien. Met deze gedachte in het achterhoofd heeft mevrouw Puijs het verzoek tot adoptie ingediend. Mevrouw Puijs stelt mevrouw Arends te waarderen als opvoeder van Sanne. Zij respecteert het gezinsleven dat Sanne heeft bij mevrouw Arends en zegt met het adoptieverzoek niet het doel te hebben om dit gezinsleven te verstoren. Evenwel is zij van mening dat adoptie van Sanne in het belang van Sanne is, doordat Sanne op deze wijze twee juridische ouders heeft en de positie van mevrouw Puijs voor iedereen (waaronder haarzelf) helder wordt.

Mevrouw Arends ziet de gedachte dat Puijs juridisch ouder wordt echter helemaal niet zitten en maakt gebruik van het vetorecht van art. 1:227 lid 3 BW jo. art. 1:228 lid 1 sub d BW om het adoptieverzoek te dwarsbomen. Arends is het namelijk niet eens met de stijl van opvoeding van Puijs. Tevens verwijt zij Puijs dat deze het kerngezin waarvan Sanne deel uitmaakt (Arends, mevrouw R, Robert en Sanne) tracht te ontwrichten.

Uit de processtukken blijkt dat er een groot verschil in opvattingen bestaat wat betreft de kindervens en de opvoeding. Mevrouw Arends beweert dat zij zelfstandig koos voor de komst van een kind en dat zij Sanne altijd alleen heeft verzorgd en opgevoed. Mevrouw Puijs stelt echter dat Sanne is ontstaan uit een gezamenlijke kindervens en dat zowel zij als mevrouw Arends Sanne de eerste paar jaar gezamenlijk hebben opgevoed.³¹

Rol zaaddonor

Ten slotte is er nog een rol weggelegd voor de zaaddonor, de heer Sjaakens. Hij heeft jaren geleden zijn zaad afgestaan aan Arends zodat zij een kind kon krijgen: Sanne.

De donor is een vriend van zowel mevrouw Puijs als mevrouw Arends. Mevrouw Puijs vertelt dat bij het ontstaan van de kindervens is afgesproken dat hij geen opvoedende en verzorgende rol in het leven van Sanne zal spelen³². Wel is er geregeld contact tussen Sanne en de heer Sjaakens. De heer Sjaakens heeft geen behoefte om zijn huidige rol uit te breiden en wenst ook geen uitspraak omtrent het adoptieverzoek te doen. Dit, naar eigen zeggen, omdat hij bevriend is met beide partijen en geen kant wenst te kiezen.

Toelichting zaak

In deze zaak staat de rechtsvraag 'of het adoptieverzoek van de meemoeder kan worden toegewezen' centraal. Puijs wil juridisch moeder van Sanne worden. Bij deze wens speelt zowel een emotioneel aspect als een juridisch aspect een rol. Emotioneel omdat Puijs wil dat Sanne en de buitenwereld haar erkennen als moeder en niet slechts als 'opvoeder of oppas'. De angst bij Puijs bestaat dat indien Sanne een andere tweede juridisch moeder krijgt, bijvoorbeeld als de partner van Arends (mevr. R) Sanne zou adopteren, dat zij (Puijs) naar de achtergrond verdwijnt en dat Sanne haar nooit zal zien als 'moeder' maar als de vrouw die zij periodiek moet bezoeken en waarvan haar rol niet duidelijk is. Juridisch, omdat zij al de rechten en plichten van een ouder wil verkrijgen zonder deze afzonderlijk te regelen. De meeste rechten en plichten heeft zij al, zo heeft zij gezag en omgang, echter is Sanne

³⁰ Verzoekschrift tot adoptie door (vertrouwelijk), d.d. 11 januari 2010 bij de Rechtbank Breda

³¹ verzoekschrift mevrouw (vertrouwelijk), d.d. 15 februari 2010

³² Raadsonderzoek civiele zaken, Dossiernaam (vertrouwelijk)

niet de wettige erfgenaam van Pruik's en heeft zij juridisch geen recht om ooit de naam 'Pruik's' te dragen mocht zij dit willen.

§ 3.3 Complicaties voor de meemoeder bij het verkrijgen van ouderschap door middel van adoptie

In de casus viel te lezen dat de meemoeder (Pruik's) in een lastige en complexe situatie terecht is gekomen. Indien het huwelijk tussen Arends en Pruik's goed was gebleven was er een minder complexe situatie ontstaan dan nu het geval is. Aangezien Arends het adoptieverzoek dan niet zou tegenwerken. Echter is dit niet het geval. Binnen deze paragraaf zullen de obstakels/complicaties de revue passeren die de meemoeder kan ervaren in de juridische strijd om juridisch moeder van het kind te worden. De complicaties die kunnen voorkomen in een adoptieprocedure door de meemoeder zijn bijna allemaal opgetreden in de zaak Arends/Pruik's, waardoor deze zich er bij uitstek voor leent om als voorbeeld te dienen.

3.3.1 In het kennelijk belang van het kind

'Het belang van het kind moet voorop staan bij alle maatregelen die kinderen aangaan. De overheid moet het welzijn van alle kinderen bevorderen en houdt toezicht op alle voorzieningen voor de zorg en bescherming van kinderen', aldus art. 3 Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK). Zoals te lezen viel in hoofdstuk 2 zijn het adoptieverzoek en de bijbehorende weigeringsmogelijkheden geregeld in titel 12 van boek 1 BW. Adoptie is een maatregel die betrekking heeft op het kind en dus valt onder de bepaling van art. 3 IVRK. Maar niet alleen het verdrag stelt het belang van het kind voorop, ook het Burgerlijk Wetboek is hier erg duidelijk in. Er zijn verschillende manieren om een wetsbepaling (zoals die van adoptie) te interpreteren, een van deze interpretatiemethoden is de 'taalkundige': er wordt gekeken wat de wet letterlijk wel en niet toelaat. Een andere methode is de 'teleologische benadering': bij deze benadering wordt uitgegaan van het 'doel' dat een wet in de hedendaagse maatschappij dient.³³ Om nadrukkelijk aan te tonen dat adoptie altijd in het belang van het kind dient te geschieden zullen beide interpretatiemethoden kort uiteengezet worden.

Taalkundige interpretatie: de wet wordt bij deze methode op de letter na aangehouden. Indien de wet geen woorden/bepalingen bevat die de adoptie in de casus tegenspreken wordt het verzoek ingewilligd. In art. 1: 227 lid 3 BW wordt duidelijk verwoord dat het adoptieverzoek enkel en alleen kan worden toegewezen indien dit in het kennelijk belang van het kind is. Wat precies onder 'kennelijk belang' verstaan dient te worden is overgelaten aan het oordeel van de rechter.³⁴ Het uitgangspunt is dat het kind op geen enkele manier geschaad mag worden (sociaal-psychologisch, emotioneel, enz.).

Teleologische interpretatie: een andere interpretatiemethode van de adoptiebepaling is de 'teleologische'. Er wordt gekeken naar het doel dat de wet beoogt. Het overkoepelende doel van adoptie is dat deze een 'maatregel tot kindbescherming' is. In andere woorden: adoptie dient enkel te geschieden in belang van het kind, aldus artt. 3, 20 en 21 IVRK.³⁵

Adoptie door paren van gelijk geslacht is sinds de wet van 21 december 2000, stb. 2001, 10 mogelijk geworden. In de Memorie van Toelichting (MvT) van deze wet werd gesteld dat het kind in een duurzame relatie van twee paren van gelijk geslacht dient te worden opgevoed.³⁶

³³ P.B. Cliteur, A. Ellian, *Encyclopedie van de rechtswetenschap: positief recht*. 2^e druk. Kluwer 2009, pag. 193

³⁴ P. Vlaardingenbroek e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*. 5^e druk. Kluwer 2008, pag. 275

³⁵ De wetshistorische benadering kan hierbij tevens in ogenschouw genomen worden, aangezien deze in het geval van adoptie hetzelfde is gebleven als de teleologische benadering.

³⁶ Kamerstukken II 1999/2000, 26 673 nr. 3 p. 3 (MvT)

Het doel van deze wet is dat de adoptie staande een relatie dient te geschieden om voor het kind een normale opvoedingssituatie te creëren.

Hoe de wet ook geïnterpreteerd wordt, adoptie dient altijd in het belang van het kind te geschieden. Dit kan echter een complicatie voor de gescheiden meemoeder vormen: Puijs heeft namelijk niet langer een relatie met de moeder van het kind, waardoor de normale opvoedingssituatie die door de wetgever zo van belang wordt geacht (twee ouders die een duurzame relatie hebben) door adoptie niet zal ontstaan. Gelet op dit feit is haar adoptieverzoek in strijd met de geest van de wettelijke regeling en de wijzigingen die deze heeft ondergaan. Indien Puijs het verzoek tot adoptie ten tijde van het huwelijk had gedaan, zou zij niet strijdig handelen met het doel van de wet van 21 december 2000 en zou het adoptieverzoek doorgang vinden. Deze ideale situatie gaat echter niet op in de zaak Arends/Puijs. Indien het adoptieverzoek van Puijs in de bestaande situatie zou worden toegewezen zou dit namelijk geheel andere gevolgen hebben voor alle betrokkenen dan in het geval ze nog steeds gehuwd waren. Sanne bevindt zich al in een gezin, namelijk in dat van haar moeder (Arends) en diens nieuwe partner (mw. R.). Door het toewijzen van het adoptieverzoek gaat de mogelijkheid tot één hechte gezinsvorming tussen Arends, haar partner en Sanne voorgoed teniet. De voornoemde constructie zou Sanne de meeste gewenste juridisch gezinsconstructie opleveren, waarbij de twee ouders tevens de personen zijn die haar opvoeden en bij wie zij onder één dak woont. Dit is immers de situatie die de wetgever het meest wenselijk acht.³⁷ Het verzoek van Puijs is in strijd met deze gedachte en dus kan er gesteld worden dat het verzoek niet in het kennelijk belang van Sanne is. Er wordt dan niet voldaan aan de voorwaarden 'het kennelijk belang van het kind' waardoor het adoptieverzoek kans heeft om afgewezen te worden.

Een ander discussiepunt in de zaak Arends/Puijs die betrekking had op het 'belang van het kind' is de vraag of het wenselijk voor Sanne is om de huidige situatie te verbreken. Dit met oog op de nodige verwarring die het met zich mee zou brengen. Uit het raadsrapport van de Raad van Kinderbescherming blijkt dat Sanne zou worstelen met haar identiteit, haar afkomst.³⁸ Sanne bevindt zich namelijk in een complexe situatie, waarbij zij twee verzorgende moeders heeft, waarvan een haar biologisch moeder is. Daarnaast is er nog haar meemoeder: Puijs en diens partner. De verwarring die het toewijzen van het adoptieverzoek, waardoor Sanne nog een juridisch moeder zou verkrijgen en de bestaande situatie zou veranderen, moet dan ook nauwlettend in het oog gehouden worden. Indien blijkt dat het kind de situatie niet meer kan overzien, zou adoptie niet langer in het kennelijk belang van het kind zijn en kan het worden afgewezen. Dit laatste punt hangt af van de omstandigheden van de zaak. In de zaak Arends/Puijs zijn er veel verschillende partijen en is het kind nog erg jong. Indien het kind ouder was geweest zou zij hoogstwaarschijnlijk de zaak beter kunnen overzien en de verschillende betrokken partijen kunnen onderscheiden en zou dit verweer gemakkelijker gepasseerd kunnen worden.

3.3.2 Het vetorecht van de geboortemoeder

Een reeds benoemd struikelblok bij adoptie is het vetorecht van de biologische moeder. In art. 1:228 lid 1 sub d BW staat gecodificeerd dat 'geen der ouders het verzoek tegenspreekt' wil adoptie doorgang vinden. In hoofdstuk 2 werd uiteengezet dat de biologische moeder altijd als 'ouder' gezien wordt. Deze bepaling zorgt er echter wel voor dat de meemoeder compleet afhankelijk is van de grillen van haar (ex)partner. In de zaak Arends/Puijs is Arends de biologische/juridische ouder. Arends maakt gebruik van haar vetorecht en spreekt het adoptieverzoek van Puijs tegen. Aan deze tegenspraak kan voorbij worden gegaan ingeval zich een van de zeldzame situaties van art. 1:228 lid 2 BW voordoet:

-indien de ouders niet of nauwelijks met het kind in gezinsverband hebben samengewoond;

³⁷ Kamerstukken II 1999/2000, 26 673 nr. 3 p. 3 (MvT)

³⁸ Raadsrapport d.d. 27 juli 2010, naar aanleiding van het adoptieverzoek door Mevrouw (vertrouwelijk)

-indien het kind ernstig is verwaarloosd door de oorspronkelijke ouder(s);

-indien de ouder is veroordeeld wegens een misdrijf jegens het kind.

In de situatie van Arends/Pruiks alsmede het merendeel van de gevallen doet een situatie als genoemd in lid 2 zich niet voor. Er is echter nog een andere mogelijkheid om aan de tegenspraak tot adoptie van de moeder voorbij te gaan. De tegenspraak van de moeder moet namelijk wel gestoeld zijn op een daadwerkelijk 'te respecteren belang'. Indien de tegenspraak enkel wordt gevoerd om de meemoeder te schaden kan er aan voorbij worden gegaan. Dan is er sprake van 'misbruik van bevoegdheid/recht' (art. 3:13 BW jo. 3:15 BW).

Een beroep op 'misbruik van bevoegdheid' door de meemoeder is mogelijk, maar wordt zelden door de rechter gehonoreerd. Dit komt omdat er sprake moet zijn van een evident zichtbaar misbruik van recht.³⁹ De Hoge Raad heeft in verschillende arresten overwogen dat adoptie een emotioneel verstrekkende beslissing is en dat daardoor misbruik van bevoegdheid door een ouder die het verzoek tegensprekt niet snel kan worden aangenomen.⁴⁰ Arends heeft namelijk wel een te respecteren belang om het verzoek tegen te spreken: indien het adoptieverzoek zou worden toegewezen vormt dit in zekere mate een inbreuk op het gezin- en privéleven van de moeder en mogelijk ook op dat van het kind⁴¹ omdat er een persoon in hun leven komt met de juridische kwaliteit 'ouder' met alle rechten en plichten die daarbij horen. Dat is geen gebeurtenis welk lichtvaardig moet worden opgevat.

Maar is het feit dat de meemoeder gescheiden is van de biologisch moeder voldoende om haar belang tot het worden van juridisch moeder te verwaarlozen? Pruiks heeft immers wel enige tijd geholpen Sanne op te voeden, tevens is er een omgangsregeling tussen haar en Sanne en voert zij tezamen met Arends het gezag over Sanne uit. Het zal aankomen op een belangenafweging, waarin de rol van de meemoeder bij de opvoeding gewogen wordt, alsmede het belang van de weigerende ouder.

3.3.3 De zaaddonor

Een andere complicatie bij het adoptieverzoek van de meemoeder vormt de positie van de zaaddonor in het geheel. Deze kan een significante rol spelen in de vraag of het verzoek tot adoptie kan worden toegewezen. De positie van de zaaddonor moet in samenhang gelezen worden met het kennelijk belang van het kind, want bij het beoordelen van het adoptieverzoek moet niet alleen gelet worden op de positie die het kind verkrijgt door adoptie maar ook op hetgeen het kind verliest.⁴² Hiermee wordt bedoeld dat een kind bij voorkeur opgevoed en verzorgd wordt door zijn natuurlijke (lees: biologische) ouders en dat daarvan slechts onder strikte voorwaarden van kan worden afgeweken. Art. 1:227 lid 3 BW stelt dat een kind 'niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder te verwachten heeft' wil het verzoek toegewezen kunnen worden. Hier ligt dan ook de crux: is de zaaddonor te kwalificeren als ouder zoals bedoeld in art. 1:227 lid 3 BW? Indien dit het geval is heeft dit verstrekkende gevolgen voor de beoordeling van het adoptieverzoek van de meemoeder, aangezien het verzoek dan niet kan worden toegewezen omdat er sprake is van een 'ouder' van wie het kind mogelijk nog iets van te verwachten heeft en daardoor niet voldaan wordt aan de voorwaarden van adoptie.

Allereerst is het van belang om na te gaan welke positie de zaaddonor bekleedt ten opzichte van het kind. In hoofdstuk 2 werd het onderscheid tussen biologisch vader en verwekker gemaakt. Te lezen viel dat de verwekker altijd de biologische vader is. Echter is er een onderscheid: de verwekker heeft namelijk geslachtsgemeenschap met de moeder gehad en door die daad is het kind verwekt. De zaaddonor daarentegen bezit wel hetzelfde genetisch

³⁹ Zie onder meer Hoge Raad 8 april 1988 (NJ 1989, 170), Hoge Raad 19 mei 2000 (NJ 1991, 394), Hoge Raad 4 juni 1982 (NJ 83, 32) en Hoge Raad 13 maart 1987 (NJ 1988, 190).

⁴⁰ HR. 18 mei 1990, (NJ 1991, 374/375) en HR. 25 februari 1994 (NJ 1994, 438), HR. R99/098HR, LJN: AA5868

⁴¹ Art. 8 Europees verdrag voor de rechten van de mens.

⁴² M J C Koens, A P M J Vonken, *Personen- en Familierecht*. 6^e druk. Kluwer 2010, pag. 301

materiaal als het kind, maar hij heeft geen gemeenschap gehad met de moeder en is dus enkel de biologische vader van het kind. Er kunnen dus twee soorten biologische vaders worden onderscheiden: de 'zaaddonor' en de 'verwekker'. Dit onderscheid is binnen het juridisch kader belangrijk omdat aan de zaaddonor geen rechten en plichten ten aanzien van het kind toekomen (*voorbeelden van rechten en plichten die niet aan de donor toekomen zijn o.a. dat gerechtelijke vaststelling van het vaderschap bij een donor niet kan geschieden, vervangende toestemming m.b.t. erkenning niet mogelijk is en er kan geen ouderschapsbijdrage van de donor geleverd worden*). Deze afstammingsrechtelijke rechten en plichten komen enkel toe aan de verwekker en aan juridisch ouders. De zaaddonor staat dus in beginsel *niet* in een familierechtelijke betrekking tot het kind, ergo hij is geen juridisch vader. Dat de zaaddonor *geen enkel* recht toekomt is daarentegen ook niet altijd waar. Er bestaan uitzonderingen. Dit komt hieronder aan de orde.

Er kan een onderscheid tussen zaaddonors gemaakt worden. Er zijn twee verschillende types zaaddonors:

1. *de onbekende zaaddonor en*
2. *de bekende zaaddonor.*

De onbekende zaaddonor is een voor de vrouw anonieme man die zijn zaad bij een spermabank heeft gedeponneerd. Een bekende zaaddonor is een man die de vrouw persoonlijk kent en die vrijwillig zijn zaad aan haar afstaat.⁴³ Een onbekende donor speelt doorgaans geen enkele rol in het leven van de moeder, de meemoeder en het kind omdat deze onbekend voor hun is. Het is echter een ander verhaal indien het gaat om een bekende donor. Een bekende donor is in de praktijk meestal een kennis/vriend of familielid. Een bekende zaaddonor kan een verklaring ondertekenen waarin hij verklaart dat hij op geen enkele wijze deel uitmaakt van het te vormen gezin (moeder, meemoeder en kind) en zijn ouderschapsrechten afstaat. Door deze verklaring wordt het voor de meemoeder gemakkelijker om te adopteren omdat er tastbaar bewijs bestaat dat het kind niets meer van de zaaddonor te verwachten heeft.⁴⁴ Echter wordt deze donorverklaring vaak achterwege gelaten, vergeten of niet verkregen, zo ook bij de zaak Arends/Pruiks.

Bij de zaak Arends/Pruiks ging het om een bekende donor die nooit een donorverklaring ondertekend had. Hierdoor rees de vraag of de zaaddonor (de heer Sjaakens) als ouder in de zin van art. 1:227 lid 3 BW kon worden gekwalificeerd. Indien de heer Sjaakens namelijk als 'ouder' aangemerkt kan worden dan kan het adoptieverzoek van Pruiks niet worden gehonoreerd omdat het kind dan reeds twee ouders heeft en niet redelijkerwijs kan worden voorzien dat het kind niets meer te verwachten heeft van 'de zaaddonor als ouder'.

Wil de zaaddonor de kwaliteit van ouder in de zin van art. 1:227 lid 3 BW verkrijgen, dan is het biologische vaderschap alleen niet genoeg. Er moet tevens sprake zijn van 'family life' in de zin van art. 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) tussen het kind en de zaaddonor. Family life is een zeer uitrekbaar begrip.⁴⁵ Dit recht is een verzamelnaam voor uiteenlopende betrekkingen tussen personen die deel uitmaken van een bepaald gezin of van een bepaalde familie. De Hoge Raad oordeelde op 17 december 1993⁴⁶ dat ook personen die in nauwe persoonlijke betrekking tot een kind staan een succesvol beroep op family life kunnen doen. Dus ook het (samen)leven tussen personen in een nauwe persoonlijke en familiale verbondenheid is te kwalificeren als family life.⁴⁷ In beginsel heeft

⁴³ Onder bekende donor vallen ook mannen die op een oproep via internet of een ander soort media hebben gereageerd <<http://zaaddonor.webklik.nl/page/soorten-donorschap>>, 29 maart 2011

⁴⁴ <<http://www.verlangennaareenkind.nl/juridisch/donorverklaring>>, 29 maart 2011

⁴⁵ Van Mourik, Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*. 4^e druk. Kluwer 2009, pag. 4

⁴⁶ HR 17 december 1993, NJ 1994, 360

⁴⁷ <<http://www.juridischwoordenboek.nl>>, februari/mei 2011

een spermadonor, die zijn zaad ter beschikking stelt om een vrouw in de gelegenheid te stellen zwanger te worden, niet het recht op erkenning van family life met het kind.⁴⁸ Met andere woorden: enkel op de grond van het feit dat het kind door het zaad van de biologische vader (zaaddonor) is verwekt levert geen family life in de zin van art. 8 EVRM op. Het donorschap alleen is dus niet voldoende om de heer Sjaakens als ouder in de zin van art.1:227 lid 3 BW te kwalificeren.⁴⁹ Slechts als er sprake is van bijkomende omstandigheden, gelegen in de aard van de relatie van de vader en de moeder vóór de geboorte, de omstandigheden na de geboorte, dan wel een combinatie van omstandigheden daarvan kunnen meebrengen dat family life aangenomen wordt.⁵⁰

Het Hof ter Amsterdam oordeelde in een uitspraak van 23 december 2004⁵¹ dat er tussen de donor en de betrokkene minderjarige family life bestond nu de zaaddonor enige tijd omgang had met de minderjarige. Daarmee werd de donor belanghebbende in de adoptieprocedure. Het Hof kwalificeerde hem als ouder in de zin van art 1:227 lid 3 BW. In deze zaak kon niet worden vastgesteld dat het kind niets meer van zijn ouder (de donor) te verwachten had en daardoor kon het adoptieverzoek niet worden toegewezen omdat niet aan de voorwaarden van art 1: 227 lid 3 BW werd voldaan.

Indien nader wordt gekeken naar de zaak Arends/Pruiks bestaat de mogelijkheid dat aangenomen wordt dat de heer Sjaakens family life heeft met Sanne. Tussen Arends en de heer Sjaakens bestond reeds vóór en tijdens de bevruchting een hecht vriendschappelijk contact, waarin zij elkaar vaak zagen en het voornemen hadden na de door hen beiden gewenste geboorte dit contact voort te zetten (de aard van de relatie vóór de zwangerschap; vide HR 22 december 1995⁵²). Er is tevens sprake van een blijvende betrokkenheid van de donor bij Sanne aangezien zij op regelmatige basis contact met elkaar hebben (omstandigheden na de geboorte). Geconcludeerd kan worden dat de combinatie van het biologisch vaderschap en de nauwe persoonlijke betrekking (family life) van de heer Sjaakens met Sanne mogelijk met zich meebrengt dat hij als ouder in de zin van art. 1:227 lid 3 BW gekwalificeerd kan worden. Uit het arrest van de Hoge Raad van 11 april 2008⁵³ volgt dat er geen onderscheid gemaakt dient te worden tussen de biologisch vader die family life met een kind heeft en de juridisch vader. Dit kan betekenen dat de heer Sjaakens aangemerkt kan worden als de juridisch vader in de adoptieprocedure en dat het verzoek tot adoptie van Pruiks geen doorgang kan vinden aangezien Sanne dan al twee ouders heeft en het niet voorzienbaar is dat Sanne niets meer te verwachten heeft van de heer Sjaakens.

Kanttekening: Nederland kent geen precedentwerking van gerechtelijke uitspraken.

Dit betekent dat ook al werd in de aangehaalde arresten de donor gekwalificeerd als ouder, dit niet per se het geval hoeft te zijn voor de heer Sjaakens in de zaak Arends/Pruiks. Dit hangt altijd af van de omstandigheden van het geval, welke de rechter keer op keer afweegt.

3.3.4 De samenlevingstermijn

Ten slotte is er nog een obstakel bij adoptie welke alleen geldt voor de 'meemoeder die pas na de geboorte van het kind in beeld kwam'. Dit obstakel is de 'samenlevingstermijn van drie jaar van art.1:227 lid 2 BW'. In de zaak Arends/Pruiks was dit obstakel niet aan de orde omdat Pruiks getrouwd was met Arends ten tijde van de geboorte van Sanne, waardoor niet

⁴⁸ ECRM 8 februari 1993, appl. Nr. 16 944/90 (X tegen Nederland): is het vervolg op HR. 10 november 1989 NJ 1990, 628

⁴⁹ Rechtbank Arnhem, LJN BK0421, zaaknummer. 185110

⁵⁰ zie HR 19 mei 2000 (NJ 2000, 545), HR 29 september 2000 (NJ 2000, 654) en Europese Hof voor de rechten van de Mens 1 juni 2004 (NJ 2004, 667), alsmede HR 30 november 2007 (NJ 2008, 310), HR 21 april 2006, (NJ 2006, 584), Rechtbank Roermond 27 mei 2009 (LJN BI6008)

⁵¹ Hof Amsterdam 23 december 2004(LJN:AR7915) en M J C Koens, A P M J Vonken, *Personen- en Familierecht*. Kluwer 2010, pag. 276

⁵² HR 22 december 1995, NJ 1996, 419, zie hierover ook Asser-De Boer nr. 13a en de noot van De Boer onder HR 21 april 2006, NJ 2006, 584

⁵³ HR 11 april 2008, LJN BC3927 FJR 2008, 85

aan de samenlevingstermijn voldaan behoeft te worden (zie art.1:227 lid 2 slotzin BW). Indien een vrouw het kind van haar partner wil adopteren en zij geen relatie had met die partner ten tijde van de geboorte van het kind moet zij tenminste drie jaar met de geboortemoeder samenleven alvorens het adoptieverzoek kan worden toegewezen. De situatie kan voorkomen dat een lesbisch stel na bijvoorbeeld twee jaar samenwonen opbreekt. De meemoeder heeft dan gedurende twee jaar het kind helpen opvoeden maar kan op geen enkele wijze de juridisch moeder van dat kind worden omdat niet voldaan is aan de voorwaarde tot adoptie van art. 1:227 lid 2 BW.

Let op: de verzorgingstermijn van één jaar van art.1:228 lid 1 sub f BW geldt niet voor de meemoeder ingevolge art.1:228 lid 3 BW.

§ 3.4 Conclusie

In dit hoofdstuk werd de situatie van de meemoeder naar huidig recht uiteengezet. Een man kan op vijf verschillende manieren juridisch ouderschap over een kind verwerven. Een vrouw slechts op twee manieren. Dit onderscheid tussen de geslachten is het meest voelbaar voor de meemoeder. Zij heeft slechts één optie om de juridisch ouder van een kind te worden, middels adoptie. Adoptie is een duur en langdurig proces. Tevens kunnen er verschillende complicaties bij een adoptieprocedure optreden waardoor het voor de meemoeder nagenoeg onmogelijk is om de entiteit van juridisch moeder te verkrijgen. Dit werd geïllustreerd aan de hand van een praktijkvoorbeeld: de zaak Arends/Pruiks. In deze zaak wil een meemoeder het kind dat zij gedeeltelijk heeft geholpen op te voeden adopteren. Echter door de verslechterde relatie met de geboortemoeder van het kind (Arends) blijkt dit zeer moeizaam. De mogelijke complicaties voor de meemoeder binnen een adoptiezaak werden besproken aan de hand van de voornoemde zaak. Aan de orde kwam de vraag of adoptie door een meemoeder die gescheiden is en niet langer deel uitmaakt van het gezin waarbinnen het kind leeft in het kennelijk belang van dat kind is. Daarnaast heeft de geboortemoeder een vetorecht tot het weigeren van adoptie dat door de meemoeder zeer moeilijk te omzeilen is. En ten slotte is er nog de kwestie van de positie van de zaaddonor. In het geval deze aangemerkt kan worden als 'ouder' in de zin van art.1:227 lid 3 BW (het biologische vaderschap alsmede family life met het kind moet worden aangetoond), zal het adoptieverzoek van de meemoeder afgewezen worden aangezien het kind dan reeds twee ouders heeft waarvan het nog iets te verwachten heeft. Deze cumulatie van obstakels maakt het de meemoeder erg moeilijk om juridisch ouder te worden middels adoptie. Wellicht dat hier in de nabije toekomst door een wetswijziging verandering in komt en zal de rechtspositie van de meemoeder mogelijk verbeteren. Maar of dit het geval is valt te lezen in het navolgende hoofdstuk.

4. Naderende gelijkheid?

Duidelijk is geworden dat de vrouw naar huidig recht weinig mogelijkheden heeft om het ouderschap over een kind te verkrijgen. Vooral de meemoeder kan hier last van ondervinden zoals uit het vorige hoofdstuk bleek. Maar waarom bestaat er onderscheid binnen het afstammingsrecht tussen de beide geslachten? Kan dit onderscheid niet gezien worden als strijdig met het gelijkheidsbeginsel? En hoe speelt de wetgever hierop in? Deze vragen zullen beantwoord worden in dit hoofdstuk.

§ 4.1 Het gelijkheidsbeginsel en het afwijken van de klassieke opvatting binnen het afstammingsrecht

Dat een vrouw naar huidig recht minder mogelijkheden heeft om juridisch ouder van een kind te worden ten opzichte van een man duidt, zoals reeds in hoofdstuk 3 aangehaald, op rechtsongelijkheid. De wet dient het ene geslacht niet ondergeschikt te maken aan het andere geslacht indien dit niet nodig is. Zoals afstammingsrecht opgenomen in het Burgerlijk Wetboek 1 hedendaags zijn werking heeft kan in strijd met de internationale verdragen en de Grondwet van het Koninkrijk der Nederlanden worden gezien.

Artikel 1 Grondwet:

Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.

Het gelijkheidsbeginsel is een van de belangrijkste Nederlandse grondrechten en staat gecodificeerd in het eerste artikel van de Nederlandse grondwet. Ook de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens opent met het gelijkheidsartikel en de zinsnede dat alle mensen vrij en gelijk in waardigheid en in rechten worden geboren. In elk democratisch land is het gelijkheidsbeginsel een van basisgrondrechten waarop de democratisch rechtsstaat steunt. De meest bekende zinsnede van de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring is niet voor niets de zin: *'All men are created equal'*. Ook Nederland is een vrij en democratisch land, waarbij eenieder dezelfde mogelijkheden en kansen geboden dient te worden. Deze gedachte komt voort uit het liberale egalitarisme.⁵⁴ Het egalitarisme is de leer van het streven naar algemene gelijkheid voor alle burgers.⁵⁵ Uit dit streven zijn de grond- en mensenrechten voortgekomen. Alle burgers dienen gelijk te zijn in de ogen van de wet en daaruit voortvloeiend een gelijke behandeling genieten. De burgers mogen niet worden aangesproken op individuele of groepskenmerken. Wetgeving dient gezien deze gelijkheid 'algemeen' te zijn, dat wil zeggen geen beperkingen te kennen naar rechtssubject.⁵⁶ Dat is het uiteindelijke doel van het gelijkheidsbeginsel zoals bedoeld in de egalitaristische leer. Of dit streven ooit te realiseren is valt te bezien aangezien niet alle mensen over een kam geschoren kunnen worden en geen twee personen gelijk zijn.⁵⁷ Mede gelet hierop dient het gelijkheidsbeginsel enigszins genuanceerd te worden naar redelijkheid en haalbaarheid.

De meemoeder is het equivalent van de man in een relatie en dient daarom dezelfde rechten te genieten die de man toekomen. Dit houdt onder andere in dat zij de mogelijkheid moet krijgen om op dezelfde manieren het ouderschap te verwerven over een kind als de mogelijkheden die de man toekomen op grond van de wet. De manieren waarop een man zijn ouderschap over een kind verkrijgt zijn volgens de wet geslachtsgebonden, maar kunnen in een theoretische situatie ook door een vrouw gehanteerd worden. Indien je de situatie echter zou omdraaien, dan zou tenminste één ouderschapsverkrijgingsmogelijkheid wel

⁵⁴ Waarvan John Locke de filosofische grondlegger is.

⁵⁵ <<http://www.encyclo.nl/begrip/egalitarisme>>, 10 april 2011

⁵⁶ T. Loenen, 1998 <<http://www.arsaequi.nl/eboek/pdf/gelijkheidsbeginsel.pdf>>

⁵⁷ Prof. Mr. H.M.T. Holtmaat, *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*. 1^e druk. Kluwer Deventer 2004 pag. 7

onomstotelijke geslachtsgebonden zijn: volgens de huidige stand der natuur en wetenschap kan slechts de vrouw een kind baren. Het mannelijke geslacht heeft deze mogelijkheid niet en de wet kan daarom deze ouderschapsverkrijgingsmogelijkheid niet mogelijk maken voor de man.

Er wordt een indirect onderscheid gemaakt tussen heteroseksuele stellen en stellen van gelijk geslacht (lees: lesbische stellen) binnen de wet. Heteroseksuele stellen hebben naar huidig recht meer mogelijkheden om gezamenlijk het juridisch ouderschap te verkrijgen dan stellen van gelijk geslacht. De vraag is waarom de wetgever de ongelijke situatie binnen het Burgerlijk Wetboek 1 zolang heeft getolereerd. Het antwoord is te vinden in de eerste zin van de paragraaf betreffend 'afstamming' in het hoofdstuk 'ouderschap' van deze scriptie. Het argument om de ongelijkheid te rechtvaardigen is omdat het afstammingsrecht de 'biologische situatie' zoveel mogelijk probeert na te streven, dus een relatie tussen de man en vrouw.⁵⁸ Dit blijkt duidelijk uit de memorie van toelichting behorend bij de wetwijziging tot openstelling van het huwelijk voor personen van het gelijke geslacht van 1999:

'Wat de positie van kinderen betreft wordt aangesloten bij het advies van de commissie-Kortmann dat van rechtswege geen afstammingsrechtelijke gevolgen aan het huwelijk van personen van hetzelfde geslacht worden verbonden. Dit is ook het standpunt van het vorige kabinet.⁵⁹ Het gaat te ver om aan te nemen dat een kind dat geboren wordt binnen een huwelijk van twee vrouwen, in juridisch opzicht afstamt van beide vrouwen. Daarmee wordt de werkelijkheid geweld aangedaan. De afstand tussen werkelijkheid en recht zou te groot worden. Daarom is in het onderhavige wetsvoorstel titel 11 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (B.W.) over de afstamming, waarin steeds wordt uitgegaan van een man/vrouwverhouding niet aangepast'.⁶⁰

Het niet vestigen van afstammingsrechtelijke gevolgen voor stellen van gelijk geslacht is mede met het oog op artikel 7 IVRK gedaan: het kind heeft het recht om te weten van wie het afstamt. Dit argument heeft met betrekking tot lesbische stellen nog maar weinig om het lijf aangezien de 'Wet Donorgegevens Kunstmatige Inseminatie' in 2004 heeft verboden dat er anoniem sperma wordt gedoneerd. Een donor kan nog wel anoniem voor de wensmoeder(s) blijven, maar hij moet wel zijn gegevens in een donorgegevensbestand laten opnemen. Hierdoor heeft een kind binnen een lesbische relatie altijd de mogelijkheid om de persoonsidentificerende gegevens van zijn/haar biologisch vader op te vragen indien die behoefte bestaat (het kind moet dan wel de leeftijd van 16 jaar hebben bereikt).⁶¹

Het vastklampen aan de 'biologische situatie' binnen het afstammingsrecht zorgt voor een indirecte discriminatoire behandeling. Bij paren van gelijk geslacht (lesbische stellen) kan immers nooit een biologische situatie met betrekking tot afstamming bestaan. Wat zou inhouden dat zij enkel op basis van hun geaardheid niet het recht verkrijgen om anders dan een adoptieprocedure een afstammingsrechtelijke band met een kind te vestigen. De rechter moet als ware de capaciteiten van de meemoeder als ouder goedkeuren voordat zij juridisch ouder van een kind kan worden. De man daarentegen hoeft in de meeste gevallen geen enkele rechterlijke toetsing te doorstaan en kan zonder enige gerechtelijke tussenkomst juridisch ouder van een kind worden.

Van het streven om de 'biologische situatie' te handhaven wordt door de jaren heen al steeds verder afgeweken. Immers is adoptie al geruime tijd een mogelijkheid voor zowel stellen van ongelijk- als gelijkgeslacht om fictieve afstammingsbanden te vestigen. Ook op andere gebieden binnen het personen- en familierecht is van de 'man/vrouwverhouding' afgeweken, denk hierbij aan het homohuwelijk welk sinds 2001 mogelijk is. Het afstammingsrecht moet in mijn optiek met de tijd mee veranderen. Niet langer het bestaan

⁵⁸ Van Mourik, Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*. 4^e druk. Kluwer 2009, pag. 180

⁵⁹ Zie kamerstukken II 1997/98, 22 700, nr. 23, blz. 2

⁶⁰ Kamerstuk II 1998-99, 26672, nr. 3, (MvT)

⁶¹ Artikel 3 lid 2 Wet Donorgegevens kunstmatige bevruchting, 25 april 2002, stb. 2002, 240

van een 'biologische situatie' moet het uitgangspunt van het afstammingsrecht zijn, maar een 'stabiele opvoedingssituatie voor het kind' dient als uitgangspunt genomen te worden.⁶² Wil een stabiele opvoedingssituatie voor het kind mogelijk worden, dan is het van groot belang dat er sprake is van twee opvoeders met eenzelfde rechtspositie tegenover het kind: de rechtspositie van 'juridisch ouder'. Het is van belang dat meemoeders gemakkelijker deze rechtspositie moeten kunnen verwerven. De Europese rechtspraak kijkt ook al lang niet meer enkel naar de biologische situatie en gebiedt altijd een toets in het belang van het kind.⁶³ In het arrest van het EHRM Shofman/Rusland⁶⁴ oordeelde het hof al dat de biologische waarheid niet altijd voor hoeft te gaan.⁶⁵ Voorrang mag gegeven worden aan het algemeen belang of aan het private belang van anderen.⁶⁶

Concluderend kan gesteld worden dat het onderscheid tussen stellen van ongelijk geslacht en stellen van gelijk geslacht op basis van een biologisch uitgangspunt niet meer in deze tijd past en als strijdig met het gelijkheidsbeginsel kan worden aangemerkt. De positie van lesbische stellen, met name de positie van de meemoeders, dient beter gewaarborgd te worden in de wetgeving.

De meemoeder is niet de enige die last van de ongelijke behandeling in het Burgerlijk Wetboek 1 ondervindt. Het recht op gelijke behandeling geldt namelijk ook voor het kind. Kinderen die uit de aangehaalde 'biologische situatie' voortkomen, dus uit een man/vrouw relatie hebben doorgaans bij hun geboorte meteen van rechtswege twee juridische ouders. Zo niet, dan bestaat de mogelijkheid om alsnog betrekkelijk eenvoudig een juridisch vader te krijgen indien deze het kind erkent. Kinderen uit een lesbische relatie wordt het recht ontzegd om bij hun geboorte twee juridisch ouders te hebben. Noch kan hun opvoeder (de meemoeder) hen erkennen, waardoor het kind betrekkelijk lang zonder een tweede juridisch ouder zit. Een kind dat buiten zijn macht binnen een lesbische relatie ter wereld komt staat daardoor in een juridisch minder gewaarborgde positie dan het kind dat is voortgekomen uit een heterorelatie aangezien het eerstgenoemde kind bij zijn geboorte meestal maar één juridisch ouder heeft.

§ 4.2 Wetswijziging

De wetgever heeft ook ingezien dat de positie van de vrouw betreffende het vestigen van afstammingsrechtelijke banden met een kind in ongelijke verhouding staat tot de mogelijkheden die de man hiertoe heeft en dat het tijd is voor verandering. Besloten werd om een commissie in het leven te roepen die opdracht kreeg te onderzoeken of het toekennen van meer ouderschapsverkrijgingsmogelijkheden aan een vrouw haalbaar is.

4.2.1 Commissie Kalsbeek

De commissie Kalsbeek heeft dit onderzoek in 2007 uitgevoerd. De aanleiding voor de instelling van de commissie Kalsbeek is de aanneming van de motie van Pechtold van 18-01-2007 door de Tweede Kamer.⁶⁷ In de motie Pechtold werd het volgende verzocht:

"Constaterende, dat duizenden kinderen die opgroeien bij een lesbisch(echt)paar, jarenlang in juridische onzekerheid verkeren doordat de sociale moeder de juridische band met haar kind alleen kan veiligstellen doormiddel van een tijdrovende en kostbare adoptieprocedure; van mening, dat het

⁶² Ook de commissie Kalsbeek deelt deze visie, zo blijkt uit hun conclusie van het rapport lesbisch ouderschap (pag. 9): *de commissie heeft bij haar overwegingen o.a. het uitgangspunt 'het belang van het kind' gehanteerd.*

⁶³ F. Swennen, 'Verwekkerschap, family life en belang van het kind' *FJR Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* Jaargang 33 maart 2011, pag. 47

⁶⁴ EHRM 24 november 2005, appl.nr. 74826/01 (Shofman vs. Russia)

⁶⁵ Zie ook EHRM 5 december 2002 (NJ 2005, 34) (Yousef vs. Nederland)

⁶⁶ F. Swennen, 'Verwekkerschap, family life en belang van het kind' *FJR Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* Jaargang 33 maart 2011, pag. 47

⁶⁷ Kamerstukken II 2006/07, 30 800 VI, nr. 60

feit dat de juridische bescherming van een kind dat opgroeit bij een lesbisch paar nog niet op eenzelfde eenvoudige wijze is geregeld als die van een kind dat wordt geboren bij een heteroseksueel paar, geen recht doet aan het gelijkheidsbeginsel;

verzoekt de regering wetsvoorstel 30 551⁶⁸ uit te breiden met een mogelijkheid tot ouderschap van rechtswege ten aanzien van kinderen die geboren worden bij een lesbisch echtpaar en met de mogelijkheid tot «erkenning» door de sociale moeder bij een lesbisch paar, en de nota naar aanleiding van het verslag bij dit wetsvoorstel spoedig naar de Kamer te zenden».⁶⁹

De commissie van Kalsbeek onthoudt zich van een oordeel in haar rapport. Dit achtte zij een zaak voor de wetgever. In het rapport komt wel naar voren dat er geen evidente zwaardrukkende bezwaren zijn tegen het mogelijk maken van de volgende ouderschapsverkrijgingsmogelijkheden door de vrouw:

- indien er sprake is van een geformaliseerde relatie moet ouderschap voor de meemoeder van rechtswege kunnen ontstaan⁷⁰;
- erkenning moet mogelijk zijn voor de meemoeder, tezamen met de mogelijkheid tot vervangende toestemming⁷¹;
- bij weigering van erkenning/adoptie door de meemoeder moet gerechtelijke vaststelling door de geboortemoeder of het kind mogelijk zijn.⁷²

De commissie sloot haar rapport af met de onderstaande conclusie:

‘De Commissie is van mening dat het in ieder geval mogelijk moet zijn voor de duomoeder om het kind te erkennen. In zoverre prevaleert de bescherming van het sociale ouderschap boven het vasthouden aan (het vermoeden) van biologisch ouderschap. Over het antwoord op de vraag of ook het ouderschap van rechtswege mogelijk moet zijn indien het lesbische paar gehuwd is, laat de Commissie zich niet uit. Al naar gelang de betekenis die wordt toegekend aan het beginsel van gelijke behandeling van heteroseksuele en lesbische relaties is het ter beoordeling van de wetgever of de gehuwde duomoeder van rechtswege ouder wordt. Een rechtspolitieke keuze als deze is niet aan deskundigen, maar aan de wetgever’.⁷³

Het kabinet heeft in 2008 besloten om de adviezen van de commissie Kalsbeek op hoofdlijnen uit te voeren. Echter zouden de nieuwe mogelijkheden van het verkrijgen van ouderschap door de meemoeder als bijkomend effect hebben dat de wetswijziging 30 551 voor de meemoeder nutteloos wordt. Deze wet ziet namelijk toe op een versoepeling van de adoptieregeling voor lesbische vrouwen: Artikel 1:227 lid 2 BW vereist dat de partner van de ouder van het kind voorafgaand aan het verzoek tot adoptie drie jaar met deze heeft samengeleefd. In de wetswijziging 30 551 wordt deze samenlevingstermijn van drie jaar geschrapt in het geval waarin het kind wordt geboren binnen de relatie van de adoptant en de ouder.⁷⁴ Een kind kan onmogelijk geboren worden binnen een relatie van twee mannen, deze moeten altijd beide adopteren. Voor hun geldt deze versoepeling dan ook niet. Een kind kan echter wel geboren worden binnen de relatie van haar moeder en haar vrouwelijke partner.

⁶⁸ Wetsvoorstel 30 551 hield de wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opnemings buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen in.

⁶⁹ A.J.M. Nuytinck, ‘Concept-wetsvoorstel Lesbisch ouderschap: meemoeder wordt juridisch moeder van rechtswege of door erkenning’, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* nr. 6841 2010, pag. 343-348

⁷⁰ Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport lesbisch ouderschap*, 2008. Pag 33 t/m 36

⁷¹ Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport lesbisch ouderschap*, 2008. pag. 27 t/m 31

⁷² Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport lesbisch ouderschap*, 2008. pag. 30

⁷³ Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport lesbisch ouderschap*, 2008. pag. 45

⁷⁴ Kamerstuk II 2005/06 30551 nr. 3 (MvT)

Maar indien een meemoeder meerdere mogelijkheden verwerft om afstammingsbanden met een kind te vestigen, zoals erkenning, is het niet nodig dat deze versoepeling in de adoptiewet voor haar blijft bestaan. Gelet op de tijd die gemoeid zal zijn met de voorbereidingen van een nieuw voorstel (wetsvoorstel lesbisch ouderschap), leidde ertoe dat de Minister van Justitie destijds besloot om voor de tijd dat lesbische vrouwen nog niet dezelfde mogelijkheden tot ouderschapverkrijging hebben als de man, er een voorlopige voorziening getroffen wordt in de vorm van het wetsvoorstel 30 551 (de versoepeling van de adoptieprocedure voor de meemoeder).⁷⁵ Daarbij stelde de Minister van Justitie uitdrukkelijk dat de versoepeling van de adoptiewet voor meemoeders slechts een tijdelijke voorziening is en dat er een wetsvoorstel dient te komen die de vrouw aangaande ouderschap gelijke rechten als de man schenkt:

*‘Invoering van dit wetsvoorstel (30 551) kan als een tijdelijke oplossing worden beschouwd indien het wetsvoorstel over het duomoederschap anders dan door adoptie het Staatsblad zal hebben bereikt en in werking zal zijn getreden. Na inwerkingtreding van laatstbedoeld wetsvoorstel over het duomoederschap, zal worden gezien of en in welke mate aan de versoepeling van de adoptieregels die in het onderhavige wetsvoorstel wordt geregeld, nog behoefte bestaat’.*⁷⁶

4.2.2 Huidige stand van zaken

In de tijd na de invoering van het wetsvoorstel 30 551 en de belofte tot de verandering van de wet in het voordeel van de lesbisch vrouw stond het wetsvoorstel ‘lesbisch ouderschap’⁷⁷ op een laag pitje. Pas aan het eind van 2009 kwam er een motie waarin de regering verzocht werd aan het wetsvoorstel lesbisch ouderschap een hogere prioriteit te geven.⁷⁸ Deze hogere prioriteit is toegekend. Het wetsvoorstel is op 14 december 2009 ter consultatie gelegd. Deze consultatieperiode duurde tot 1 maart 2010. Vervolgens is het voorstel naar de Ministerraad gestuurd die akkoord is gegaan en het wetsvoorstel voor advies naar Raad van State doorstuurde. Nadat de Raad van State zijn advies heeft bijgevoegd zal het wetsvoorstel voor de schriftelijke behandeling bij de Tweede Kamer worden ingediend.⁷⁹

§ 4.3 Conclusie

Het onderscheid tussen man en vrouw binnen het afstammingsrecht bestaat omdat de wetgever lang de ‘biologische situatie’ als uitgangspunt heeft genomen: een kind komt voort uit een man en een vrouw en dient daarom ook een man en vrouw als ouder te hebben. Lesbische stellen ondervinden nadeel van dit uitgangspunt aangezien de meemoeder daardoor alleen adoptie als mogelijkheid tot ouderschapverkrijging heeft. Het in stand laten van deze gedachte kan in strijd met het gelijkheidsbeginsel gezien worden. Ook verscheidende parlementariërs delen deze mening en hebben de Minister hierop aangesproken. Dit leidde uiteindelijk tot een wetsvoorstel die het personen- en familierecht seksneutraal dient te maken. Wat het wetsvoorstel ‘lesbisch ouderschap’ beoogt te veranderen in het recht is te lezen in het navolgende hoofdstuk.

⁷⁵ Brief minister over de stand van zaken m.b.t. de kabinetsreactie op het rapport ‘Lesbisch ouderschap’ van de commissie Kalsbeek, publicatiedatum: 12-08-2008, nr. KST121491, kenmerk: 30551, nr. 22

⁷⁶ Wetsvoorstel 30 551, publicatiedatum: 08-09-2008, nr. KST121839, kenmerk: 30551, nr. F (MvA)

⁷⁷ Dit is de naam van het wetsvoorstel die het burgerlijk wetboek grotendeels seksneutraal dient te maken.

⁷⁸ Motie van het lid Azough C.S. 32 123 VI, vergaderjaar 2009-2010, nr. 57, voorgesteld 5 november 2009

⁷⁹ L. Vodegel, Publieksvoorlichting Tweede Kamerfractie GroenLinks, geraadpleegd op 08-03-2011

5. Wetsvoorstel ‘Lesbisch Ouderschap’

Indien het wetsvoorstel ‘lesbisch ouderschap’ ingevoerd zal worden, brengt dit een aantal drastische veranderingen met zich mee. Zoals nu reeds bekend is wordt boek 1 van het Burgerlijk Wetboek grotendeels geslachtsneutraal gemaakt aangezien de vrouw gelijke mogelijkheden als de man krijgt om afstammingsbanden met een kind te vestigen. Dit zal met name inhouden dat het artikel (1:198 BW) met betrekking tot ouderschapver verkrijgingsmogelijkheden van de vrouw wordt uitgebreid en dat het woord ‘vaderschap’ en ‘man’ in een groot aantal artikelen zal veranderen naar het geslachtsneutrale woord ‘ouderschap’ en ‘persoon’. Wat de veranderingen concreet inhouden komt in dit hoofdstuk aan de orde.

De belangrijkste wijzigingen van het wetsvoorstel zijn de navolgende:

- ‘1. Het moederschap van de duomoeder ontstaat van rechtswege als de duomoeder is gehuwd met de moeder van het kind en duidelijk is dat de biologische vader van het kind geen rol zal spelen zijn verzorging en opvoeding;*
- 2. In alle andere gevallen kan de duomoeder het kind erkennen;*
- 3. De mogelijkheid om de rechter te verzoeken om vervangende toestemming voor erkenning wordt uitgebreid tot de zaaddonor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind;*
- 4. De vrouwelijke partner van de moeder die als levensgezel heeft ingestemd met een daad die de verwekking⁸⁰ van het kind tot gevolg kan hebben gehad, wordt gelijk gesteld aan de mannelijke levensgezel. Dit betekent dat:*
 - a. het moederschap van deze partner gerechtelijk kan worden vastgesteld; en*
 - b. zij alimentatieplichtig is jegens het kind op grond van artikelen 394 en 395b van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW).⁸¹*

De bovengenoemde wijzigingen zullen in dit hoofdstuk nader worden toegelicht:

§ 5.1 Juridisch meemoederschap van rechtswege

In hoofdstuk twee werd duidelijk dat de man de juridisch ouder van een kind wordt indien het kind geboren wordt tijdens het huwelijk met de moeder. Voor de meemoeder is het verkrijgen van ouderschap van rechtswege naar huidig recht nog niet mogelijk. Dit gaat veranderen door de wetwijziging. In het concept-wetsvoorstel, art. 1:198 lid 1 sub b BW nieuw, wordt voorgesteld om juridisch ouderschap van rechtswege te laten ontstaan voor de meemoeder indien de geboortemoeder gebruik heeft gemaakt van het zaad van een onbekende donor⁸² en de Stichting Donorgegevens ter bevestiging hiervan een verklaring heeft overlegd. Deze voorwaarde is opgenomen door de wetgever om zekerheid te krijgen over het feit dat het lesbische stel niet wil dat de zaaddonor een rol speelt in het leven van het kind.⁸³ Uit deze eis kan afgeleid worden dat het van rechtswege juridisch ouderschap voor de meemoeder niet ontstaat indien er gebruik is gemaakt van een bekende donor. Bij het heterohuwelijk is dit onderscheid er niet. Daar wordt de man van rechtswege vader bij zowel een bekende als onbekende donor. Dit komt omdat de bekende donor bij heterorelaties vaak de echtgenoot zelf is. Er is dan geen sprake van een derde partij. Slechts in uitzonderingsituaties is dit het geval. Bij lesbische relaties is de betrokkenheid van een derde partij echter regel.⁸⁴

⁸⁰ Kunstmatige inseminatie

⁸¹ MvT wetsvoorstel Lesbisch ouderschap (consultatieversie van 14-12-2009) pag. 1

⁸² Donor zoals bedoeld in art. 1 sub c Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, zie ook MvT wetsvoorstel Lesbisch ouderschap (consultatieversie van 14-12-2009) pag. 3

⁸³ MvT wetsvoorstel Lesbisch ouderschap (consultatieversie van 14-12-2009) pag. 3

⁸⁴ C. Forder, ‘Moederschap van rechtswege en erkenning door een vrouw, B&R nr. 3/4 maart/april 2010, pag. 106 e.v.

De tweede eis om ouderschap voor de meemoeder van rechtswege te laten ontstaan is dezelfde als bij de man: de meemoeder moet met de geboortemoeder gehuwd zijn ten tijde van de geboorte van het kind. Deze eis dient om te bevestigen dat de moeder en meemoeder een duurzame relatie met elkaar hebben. Zodat het kind verzekerd is van een stabiele verzorg- en opvoedingssituatie.

Wordt aan beide eisen voldaan, dan heeft het kind twee juridisch moeders ten tijde van zijn geboorte. Wel dient specifiek in de geboorte akte van het kind opgenomen te worden wie van de twee vrouwen de geboortemoeder is. Het kind dient namelijk de mogelijkheid te hebben om zijn feitelijke afstammingsinformatie te achterhalen.⁸⁵ De commissie van Kalsbeek achtte de waarschijnlijkheid dat het kind deze informatie wel zou verkrijgen van de ouders of familieleden niet voldoende.⁸⁶

Als de meemoeder binnen 306 dagen vóór de geboorte van het kind komt te overlijden, dan wordt zij toch de juridisch moeder van het kind. Zelfs indien de geboortemoeder binnen die tijd is hertrouwd. Deze passage is in het nieuwe recht opgenomen omdat verondersteld wordt dat de meemoeder en de geboortemoeder de gezamenlijke intentie hadden om een kind te krijgen door middel van kunstmatige bevruchting.⁸⁷ Het moederschap van de overleden meemoeder kan door de geboortemoeder teniet worden gedaan indien de geboortemoeder en de meemoeder gedurende 306 dagen voor de geboorte van het kind gescheiden leefden.⁸⁸ De termijn waarbinnen de geboortemoeder het moederschap van de meemoeder teniet kan doen is één jaar na de geboorte van het kind. (art. 1:198 lid 2 BW nieuw).

5.1.1 Ontkenning moederschap

Het ontstaan van de mogelijkheid voor de vrouw om van rechtswege juridisch ouder te worden betekent echter ook dat de afdeling binnen het Burgerlijk Wetboek betreffend de ontkenning van het door het huwelijk ontstane vaderschap geslachtsneutraal wordt. Afdeling 2a: 'ontkenning van het door het huwelijk ontstane moederschap' wordt daar namelijk aan toegevoegd. Duidelijk dient te zijn dat enkel het 'door het huwelijk ontstane moederschap' kan worden ontkend, dus het juridisch ouderschap van de meemoeder.⁸⁹ Het moederschap van de geboortemoeder staat vast en kan op geen enkele wijze worden ontkend. Ontkenning van het moederschap van de meemoeder kan worden verzocht door de geboortemoeder, de meemoeder zelf en het kind. Het verzoek zal evenals bij ontkenning van het vaderschap door een rechter worden behandeld.

Het moederschap kan echter niet door een der moeders worden ontkend indien de meemoeder vóór het aangaan van het huwelijk al wist dat haar partner zwanger was en/of heeft ingestemd met kunstmatige donorbevruchting (art. 1:202a lid 2 BW nieuw). Ten slotte dient opgemerkt te worden dat ook ontkenning van het moederschap 'termijngesloten' is. De moeders hebben één jaar de tijd om te ontkennen nadat het kind is geboren en het kind kan ontkennen uiterlijk binnen drie jaar nadat hij/zij meerderjarig geworden is (art. 1:202a lid 3 en 4 BW nieuw). Dit met oog op de rechtszekerheid.

§ 5.2 Erkenning door de meemoeder

Een andere zeer belangrijke verandering die gaat plaatsvinden binnen het afstammingsrecht is de mogelijkheid voor de meemoeder om te erkennen. In paragraaf 2.3 viel te lezen dat

⁸⁵ HR. 15 april 1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst) en EHRM 7 juli 1989, NJ 1991, 659 (Gaskin)

⁸⁶ Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport lesbisch ouderschap*, 2008, pag. 34

⁸⁷ MvT wetsvoorstel Lesbisch ouderschap (consultatieversie van 14-12-2009)

⁸⁸ Of gescheiden waren van tafel en bed

⁸⁹ A.J.M. Nuytinck, 'Concept-wetsvoorstel Lesbisch ouderschap: meemoeder wordt juridisch moeder van rechtswege of door erkenning', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* nr. 6841 2010, pag. 343-348

erkenning een betrekkelijk snelle en eenvoudige manier is voor de man om het juridisch vaderschap te verwerven over een kind. Deze mogelijk komt ook ter beschikking van de meemoeder te staan, zo blijkt uit het nieuwe art. 1: 198 lid 1 sub c BW nieuw: *‘Moeder van een kind is de vrouw die het kind heeft erkend’*. Erkenning zal in veel gevallen de voorkeur hebben boven adoptie aangezien erkenning door middel van een akte tot erkenning dan wel een notariële akte kan gebeuren. Een gang naar de rechter is hierbij niet nodig. De geboortemoeder is nog steeds degene die uiteindelijk bepaalt of zij degene die het kind wil erkennen daarvoor toestemming geeft. Indien de wet van kracht wordt kan zij echter ook vrouwen die toestemming verlenen.⁹⁰ Er hoeft geen tijdrovende adoptieprocedure door de meemoeder gevolgd te worden en er hoeven geen gerechtelijke- en buitengerechtelijke kosten gemaakt te worden. Vanaf het moment dat de akte m.b.t. erkenning is opgemaakt is de meemoeder een juridisch moeder geworden. Erkenning kan tevens vóór de geboorte geschieden zodat het kind bij zijn geboorte meteen twee juridisch ouders heeft.⁹¹

5.2.1 Nietige erkenning door de meemoeder

Het artikel dat aangeeft wanneer een erkenning in strijd met de wet is gebeurd en dus nietig verklaard kan worden, wordt ook geslachtsneutraal. In het eerste en vierde lid verandert ‘man’ naar ‘persoon’ waardoor ook een erkenning door de meemoeder onder dit artikel valt te scharen en dus nietig verklaard kan worden. Zie voor de eisen van een nietige erkenning paragraaf 2.4.1.3.

5.2.2 Vervangende toestemming rechtbank

Een niet onbelangrijke aanpassing vindt plaats op het gebied van de ‘vervangende toestemming’. Indien de moeder geen toestemming geeft om te erkennen kan de man, indien hij de verwekker van het kind is, vervangende toestemming bij de rechter aanvragen en zo alsnog de juridische vader van het kind worden (mits de rechtbank zijn verzoek honoreert). Dit recht heeft de verwekker naar het toekomstige recht nog steeds. Echter is hij niet meer de enige die om vervangende toestemming kan verzoeken. Logischerwijs kan gedacht worden dat dit recht nu ook aan de meemoeder toekomt die geen toestemming krijgt te erkennen. Dit is echter niet het geval. Art. 1:204 lid 3 BW nieuw bepaalt het volgende:

‘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.’

Uit het bovenstaande valt te lezen dat de positie van de zaaddonor wordt versterkt. Niet alleen de verwekker kan een verzoek tot vervangende toestemming doen bij de rechtbank, maar ook de bekende zaaddonor, mits hij family life met het kind heeft opgebouwd, kan in de toekomst dit verzoek doen. Allereerst moet er aangetoond kunnen worden dat de zaaddonor in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat.⁹² Indien dit bewezen geacht wordt door de rechter krijgt de zaaddonor het recht om een vervangende toestemming bij de rechtbank te verzoeken.

Volgens de memorie van toelichting behorend bij het wetsvoorstel krijgt de bekende donor met family life dit recht omdat hij de biologisch vader is en hij een ouder/kindrelatie heeft (family life).⁹³ Hiermee wordt opnieuw teruggegrepen naar de klassieke opvatting van het afstammingsrecht, waarin de biologische situatie centraal staat. Een meemoeder krijgt dit

⁹⁰ Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport lesbisch ouderschap*, 2008.pag. 28

⁹¹ MvT wetsvoorstel Lesbisch ouderschap (consultatieversie van 14-12-2009)

⁹² Zie ook de paragraaf over de zaaddonor en HR. 30 november 2007, (NJ 2008, 310)

⁹³ MvT wetsvoorstel Lesbisch ouderschap (consultatieversie van 14-12-2009) pag. 4

recht immers niet. In zekere zin is dit te begrijpen aangezien de meemoeder elke willekeurige vrouw kan zijn. Elke willekeurige vrouw zou dan ook een verzoek tot vervangende toestemming tot erkenning bij de rechtbank kunnen doen. Dit is niet het geval bij de verwekker of biologisch vader. Hiervan is er namelijk in elke casus maar één: of er is sprake van een verwekker of er is sprake van een bekende donor met family life.

Maar dat de mogelijkheid tot vervangende toestemming bij erkenning voor de 'instemmende levensgezel' niet als optie in het concept-wetsvoorstel is opgenomen is een stap in de verkeerde richting naar mijn mening. Hiervan is er namelijk ook maar één. Enkel één meemoeder kan met haar partner besluiten om gezamenlijk een kind te krijgen. Het niet toelaten van deze mogelijkheid voor deze persoon druist opnieuw in tegen het gelijkheidsbeginsel.

5.2.3 Vernietiging erkenning

Als sluitstuk van het leerstuk van de erkenning wordt de mogelijkheid tot vernietiging van de erkenning kort besproken. Er wordt onderscheid gemaakt tussen vernietiging door het kind en vernietiging door de erkenner en de moeder. Vernietiging door het kind kan geschieden op grond van het enkele feit dat de erkenner niet de biologisch ouder van het kind is (art.1:205 lid 1 BW). Deze bepaling blijft ook in het toekomstig recht van kracht. Een meemoeder kan echter onmogelijk de biologisch ouder van een kind zijn. Dit heeft als gevolg dat de erkenning van de meemoeder aantastbaar is tot tenminste drie jaar na het meerderjarig worden van het kind (art. 1:205a lid 4 BW nieuw). Vernietiging van erkenning door een minderjarig kind kan echter alleen met tussenkomst van een bijzonder curator. Het verzoek van het kind tot vernietiging van de erkenning zal zowel door de bijzonder curator als de rechter worden getoetst aan het belang van het kind.⁹⁴

Vernietiging door de geboortemoeder of meemoeder kent een bijkomende eis. Willen zij de erkenning vernietigen dan moet er sprake zijn van een wilsgebrek⁹⁵ en/of minderjarigheid (art.1:205a lid 1 sub b en c BW nieuw). Een meemoeder kan haar erkenning uitsluitend vernietigen indien zij onder invloed van een wilsgebrek of tijdens minderjarigheid erkende. De geboortemoeder kan de erkenning slechts vernietigen indien haar toestemming onder invloed van een wilsgebrek of tijdens haar minderjarigheid tot stand is gekomen. Ook hier geldt een termijn waarbinnen het verzoek tot vernietiging moet gebeuren wil het ontvankelijk zijn. De termijn is onveranderd ten opzichte van het huidige recht: binnen één jaar nadat de bedreiging/misbruik is gestopt of binnen één jaar nadat het bedrog /dwaling is ontdekt door de verzoeker. Door de mogelijkheid tot erkenning verkrijgt de meemoeder sneller en eenvoudiger het ouderschap, maar in ruil daarvoor is haar ouderschap een stuk zwakker dan het ouderschap verkregen door adoptie.

§ 5.3 Gerechtelijke vaststelling van het juridisch meemoederschap

De laatste afstammingsrechtelijke bepaling die geslachtsneutraal wordt gemaakt door het wetsvoorstel betreft de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap, voorheen de vaststelling van het vaderschap door de rechtbank (art. 1:207 BW). Indien de meemoeder weigert het kind te erkennen kan de geboortemoeder het ouderschap gerechtelijk vast laten stellen indien zij het belangrijk vindt dat de meemoeder de ouder van het kind wordt. De voorwaarden tot gerechtelijke vaststelling blijven hetzelfde als in het huidige recht. Alleen de eis dat meemoeder de verwekker van het kind is gaat niet op. Wel moet de meemoeder hebben ingestemd met de daad die de verwekking van het kind tot gevolg heeft gehad (kunstmatige inseminatie). In de literatuur wordt hier gesproken over de 'instemmende levensgezel'.⁹⁶ Van belang om op te merken is dat het ouderschap door gerechtelijke

⁹⁴ Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport lesbisch ouderschap*, 2008.pag. 30

⁹⁵ Dwaling (art. 6:228 BW), bedrog, bedreiging of misbruik van omstandigheden (art.3:44 BW).

⁹⁶ A.J.M. Nuytinck, 'Concept-wetsvoorstel Lesbisch ouderschap: meemoeder wordt juridisch moeder van rechtswege of door erkenning', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* nr. 6841 2010, pag. 343-348

vaststelling onaantastbaar is geworden voor het kind. Bij erkenning kan het kind het juridisch ouderschap van de meemoeder aantasten op grond van het feit dat zij niet de biologisch ouder is, bij gerechtelijke vaststelling kan het kind dit niet.

In de onderstaande tabellen worden de veranderingen in de mogelijkheden voor de verschillende betrokken partijen met betrekking tot hetgeen besproken in de afgelopen twee paragrafen (erkenning en gerechtelijke vaststelling) schematisch weergegeven.

<u>Situatie naar huidig recht</u>	Meemoeder	Verwekker	Bekende donor met family life
Mogelijkheid tot erkennen	<i>Nee</i>	<i>Ja</i>	<i>Ja</i>
Mogelijkheid tot vervangende toestemming m.b.t. erkenning	<i>Nee</i>	<i>Ja</i>	<i>Nee</i>
Mogelijkheid tot gerechtelijke vaststelling	<i>Nee</i>	<i>Ja</i>	<i>Nee</i>
Mogelijkheid tot ontkenning ouderschap door het kind na erkenning	<i>n.v.t.</i>	<i>Nee</i>	<i>Nee</i>
Mogelijkheid tot ontkenning ouderschap door het kind na gerechtelijke vaststelling	<i>n.v.t.</i>	<i>Nee</i>	<i>n.v.t.</i>

<u>Situatie na inwerkingtreding wetsvoorstel⁹⁷</u>	Meemoeder	Verwekker	Bekende donor met family life
Mogelijkheid tot erkennen	<i>Ja</i>	<i>Ja</i>	<i>Ja</i>
Mogelijkheid tot vervangende toestemming m.b.t. erkenning	<i>Vooralsnog niet mogelijk</i>	<i>Ja</i>	<i>Ja</i>
Mogelijkheid tot gerechtelijke vaststelling	<i>Ja</i>	<i>Ja</i>	<i>Nee</i>
Mogelijkheid tot ontkenning ouderschap door het kind na erkenning	<i>Ja</i>	<i>Nee</i>	<i>Nee</i>
Mogelijkheid tot ontkenning ouderschap door het kind na gerechtelijke vaststelling	<i>Nee</i>	<i>Nee</i>	<i>n.v.t.</i>

⁹⁷ Mr. Dr. M. Vonk, Het conceptwetsvoorstel lesbisch ouderschap onder de loep, pag. 2

§ 5.4 Overige veranderingen binnen het personen- en familierecht door het wetsvoorstel

De toekomstige mogelijkheid voor de meemoeder om op een eenvoudigere manier juridisch ouder te worden heeft niet alleen gevolgen voor het afstammingsrecht. Het heeft indirect invloed op andere onderdelen van het personen- en familierecht.

5.4.1 Naamrecht

Indien het afstammingsrecht verandert heeft dit tot gevolg dat ook het naamrecht zal moeten veranderen. Indien het kind namelijk door erkenning in familierechtelijke betrekkingen tot de moeder komt te staan, dient de mogelijkheid gecreëerd te worden dat het kind haar geslachtsnaam kan dragen. Deze keuzemogelijkheid bestaat immers ook bij de erkennende man. Tevens wordt in art. 1:5 lid 5 sub a BW gesteld dat indien er geen keus tot geslachtsnaam wordt gemaakt door de ouders, dat de ambtenaar van de burgerlijke stand dan de naam van de vader als geslachtsnaam voor het kind in het geboorteregister opneemt.⁹⁸ Bij een lesbische relatie is er geen sprake van een vader, dus dient er een regeling getroffen worden voor de situatie waarin het kind geboren wordt binnen een relatie van het gelijke geslacht. Het concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap voorziet ook hierin. Er wordt namelijk een extra lid aan art. 1:5 BW toegevoegd, namelijk lid 13. In dat lid wordt gesteld dat in de leden 2, 5 en 6 van art. 1:5 BW onder 'moeder' voortaan 'geboortemoeder' wordt verstaan en het woord 'vader' gelijkgesteld wordt met de 'meemoeder'.⁹⁹ Wat onder andere inhoudt dat indien het kind geboren wordt binnen een lesbisch huwelijk en er geen keus tot geslachtsnaam wordt gemaakt, het de naam van de meemoeder zal dragen.

5.4.2 Alimentatieplicht

Het geslachtneutraal worden van het afstammingsrecht vindt tevens zijn uitwerking op de alimentatieplicht van art. 1:394 BW. De bepalingen betreffend de alimentatieplicht worden aangepast aan de toekomstige veranderingen. De toekomstige regeling komt te luiden: *'de verwekker (niet van toepassing op de meemoeder), alsmede de persoon (i.p.v. 'man') die als levensgezel van de geboortemoeder heeft ingestemd met de daad die tot verwekking van het kind heeft geleid is alimentatieplichtig'*. Dit betekent dat niet alleen de meemoeder die juridisch ouder is geworden alimentatieplichtig kan zijn, maar ook een met gezagbeklede meemoeder.¹⁰⁰

5.4.3 Gezagsrecht

De ten slotte te vermelden verandering die het wetsvoorstel 'lesbisch ouderschap' met zich meebrengt is de wijziging in het gezagsrecht. In art. 1:253b BW nieuw wordt duidelijk gesteld dat de 'geboortemoeder' altijd van rechtswege het gezag heeft. De wetgever wil niet dat er verwarring bestaat tussen de termen geboorte- en meemoeder. Aan art. 1:253^E BW wordt een tweede lid toegevoegd waaruit blijkt dat de meemoeder gelijk wordt gesteld met de gezag bevoegde vader van het kind als bedoeld in de artt. 1:253c BW en art. 1:253d BW.¹⁰¹ De meemoeder kan dus na ingang van de wetwijziging een verzoek bij de rechtbank indienen tot het verkrijgen van het gezamenlijk gezag over het kind indien zij dit nog niet van rechtswege verkregen had, dan wel haar alleen met het gezag te belasten (art. 1:253c BW nieuw).

⁹⁸ Voorwaarde is wel dat het kind door de geboorte in familierechtelijke betrekking tot beide ouders is komen te staan (meestal huwelijk)

⁹⁹ Art. 1:5 BW nieuw en A.J.M. Nuytinck, 'Concept-wetsvoorstel Lesbisch ouderschap: meemoeder wordt juridisch moeder van rechtswege of door erkenning', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* nr. 6841 2010, pag. 343-348

¹⁰⁰ Mr. Dr. M. Vonk, Het conceptwetsvoorstel lesbisch ouderschap onder de loep, pag. 5

¹⁰¹ MvT wetsvoorstel Lesbisch ouderschap (consultatieversie van 14-12-2009) pag. 10

§ 5.5 Kanttekeningen en bedenkingen bij het wetsvoorstel 'lesbisch ouderschap'

In deze paragraaf komen een aantal kanttekeningen met betrekking tot het wetsvoorstel ter sprake die door derden zijn geopperd. Enkele belangrijke en noemenswaardige kanttekeningen zullen worden uitgelicht.

5.5.1 Ouderschap van rechtswege bij een bekende donor

De eerste kanttekening die wordt geplaatst is om het ouderschap voor de meemoeder van rechtswege te laten ontstaan bij een huwelijk ondanks dat gebruik is gemaakt van een bekende donor, dit stelt mw. Prof. Dr. mr. C. Forder.¹⁰² In het geval van een huwelijk van twee lesbiennes ontstaat ouderschap enkel van rechtswege indien gebruik is gemaakt van een onbekende donor. Bij een heteroseksueel huwelijk maakt het niet uit of er gebruik is gemaakt van een bekende of onbekende donor, het vaderschap ontstaat altijd van rechtswege. Forder vindt dit een onrechtvaardig onderscheid. De wetgever maakt dit verschil omdat de bekende donor bij heteroseksuele relaties vaak zelf de vader is, er is dan dus geen sprake van een derde persoon. Bij een lesbische relatie met een kind is er echter altijd sprake van een derde persoon (de donor). Forder stelt dat maar weinig bekende donoren aanspraak kunnen maken op het ouderschap. De donor moet namelijk tevens family life hebben met het kind wil hij aanspraak op ouderschap hebben. Het lijkt haar dan ook een betere optie om ook ingeval van een bekende donor, het ouderschap van de meemoeder van rechtswege te laten ontstaan.

Het COC¹⁰³ heeft ook een opinie betreffend dit onderwerp en beveelt aan om één van de volgende twee opties te implementeren in het wetsvoorstel:¹⁰⁴

-zowel bij het gebruik van een bekende als onbekende zaaddonor staande het huwelijk (bij zowel hetero- als vrouwenparen) het ouderschap van rechtswege laten ontstaan;

-Bij zowel hetero- als vrouwenparen een erkenningsmogelijkheid staande het huwelijk te creëren¹⁰⁵. Mr. C. Waaldijk¹⁰⁶ sluit zich aan bij de gedachtegang dat ook ingeval er sprake is van een bekende donor het juridisch ouderschap staande een huwelijk van rechtswege moet ontstaan. Hij stelt voor om de vrouw moeder van het kind te laten worden indien deze staande het huwelijk is geboren, tenzij het kind nog vóór zijn geboorte met voorafgaande schriftelijke toestemming van de geboortemoeder en haar echtgenoot is erkend door een ander.¹⁰⁷ Volgens Waaldijk biedt de voorgestelde bepaling de betrokkenen (met uitzondering van het kind) de mogelijkheid om binnen de negen maanden zwangerschap te beslissen wie de juridisch ouder van het kind wordt naast de geboortemoeder.

5.5.2 Vervangende toestemming bij erkenning mogelijk maken voor de meemoeder

De tweede kanttekening die genoemd wordt door het COC betreft het feit dat een meemoeder niet de mogelijkheid heeft om vervangende toestemming bij de rechter te verzoeken indien de geboortemoeder weigert erkenning van de meemoeder toe te laten. Indien de meemoeder het kind wil erkennen, kan de geboortemoeder weigeren. De meemoeder kan dan niet door middel van een gang naar de rechter toestemming krijgen, terwijl zij vermoedelijk wel in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat. Een biologisch vader (lees: bekende zaaddonor) kan wel om vervangende toestemming tot erkenning vragen, terwijl de meemoeder evengoed heeft kunnen instemmen met het krijgen van het kind. De meemoeder wordt door deze regel onevenredig benadeeld, zonder dat hier

¹⁰² C. Forder, 'Moederschap van rechtswege en erkenning door een vrouw', B&R nr. 3/4 maart/april 2010, pag. 106 t/m 109

¹⁰³ Federatie van Nederlandse Verenigingen tot Integratie van Homoseksualiteit COC

¹⁰⁴ COC Federatie van Nederlandse verenigingen tot integratie van homoseksualiteit, Reactie op het concept-wetsvoorstel 'lesbisch ouderschap'. 25-02-2010

¹⁰⁵ Persoonlijk lijkt het me een slecht idee om de mogelijkheid tot erkenning door de meemoeder of de biologisch vader staande een huwelijk waarin reeds twee juridisch ouders zijn mogelijk te maken, dit doet in grote mate afbreuk aan de rechtszekerheid.

¹⁰⁶ Mr. C. Waaldijk is universitair hoofddocent aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid Universiteit Leiden

¹⁰⁷ Mr. C. Waaldijk, Reactie op wetsvoorstel lesbisch ouderschap, 28-02-2010, pag. 3

een duidelijke noodzaak of reden voor bestaat. Het COC acht het dan ook wenselijk dat vervangende toestemming ook voor de meemoeder mogelijk wordt gesteld.¹⁰⁸

5.5.3 Consequenties in het buitenland

De laatste kanttekening die geplaatst wordt is de consequentie van het wetsvoorstel in het buitenland. Niet elk land zal namelijk hetzelfde reageren op een meemoeder die juridisch moeder is geworden door een van de mogelijkheden besproken binnen dit hoofdstuk. De commissie van Kalsbeek waarschuwt voor de mogelijkheid dat een meemoeder haar juridisch ouderschap in het buitenland niet erkend kan worden.¹⁰⁹ Echter, zo stelt de commissie Kalsbeek dat dit mogelijke probleem in het buitenland niet opweegt tegen het belang van de verbetering van de rechtspositie van lesbische stellen op nationaal niveau. Met name omdat Nederland een leidende rol in de wereldgemeenschap heeft wat betreft homo-emancipatie, aldus mr. W.J. Eusman.¹¹⁰

§ 5.6 Conclusie

Het wetsvoorstel 'lesbisch ouderschap' maakt het Burgerlijk Wetboek 1 grotendeels geslachtsneutraal. Uit dit hoofdstuk bleek dat de vrouw er een aantal rechten met betrekking tot ouderschapverkrijging bij krijgt indien de wetswijziging tot wet wordt.

De stand met betrekking tot ouderschapsverkrijgingmogelijkheden verandert door de wetswijziging van 2-5 in het voordeel van de man, naar 6-5 in het voordeel van de vrouw.¹¹¹ De vrouw krijgt namelijk dezelfde afstammingsvestigingsmogelijkheden van de man plus haar exclusieve recht op ouderschapverkrijging doormiddel van het baren van het kind, waardoor de vrouw naar toekomstig recht meer mogelijkheden heeft tot het vestigen van ouderschap dan een man heeft. Ook overige onderdelen van het personen- en familierecht veranderen noodgedwongen mee door de mogelijke wetswijziging. Ook het naamrecht, het gezagsrecht, de alimentatieplicht en het omgangsrecht zullen wijzigingen ondergaan.

¹⁰⁸ COC Federatie van Nederlandse verenigingen tot integratie van homoseksualiteit, Reactie op het concept-wetsvoorstel 'lesbisch ouderschap'. 25-02-2010

¹⁰⁹ Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport lesbisch ouderschap.2008. pag. 43*

¹¹⁰ mr. W.J. Eusman (advocaat) en Stichting meer dan gewenst, Reactie op voorstel van wet lesbisch ouderschap, 26-02-2010, pag. 9 en Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport lesbisch ouderschap. 2008 pag. 43*

¹¹¹ A. Nuytinck 'Volledige seksneutraliteit in het personen- en familierecht', *Ars Aequi* januari 2010, (AA20100008) pag. 10

6. Weerslag wetswijziging op de zaak Arends/Pruiks

In hoofdstuk drie kwam de penibele situatie van de meemoeder naar huidig recht aan de orde. Aan de hand van een praktijkvoorbeeld, de zaak Arends/Pruiks, werd geïllustreerd welke complicaties een meemoeder die het juridisch ouderschap over een kind wil verkrijgen kan tegenkomen. In dit hoofdstuk wordt aangetoond hoe de situatie voor Pruiks anders zal zijn indien het wetsvoorstel 'lesbisch ouderschap' zoals behandeld in hoofdstuk 5 reeds van kracht was. Aandacht gaat uit naar het antwoord op de vraag of de situatie van de meemoeder ingeval van een dwarsliggende geboortemoeder in de praktijk daadwerkelijk verbeterd door de wetswijziging.

§ 6.1 Anticiperende werking

Van belang is om te bezien of Pruiks momenteel (mei 2011) kan anticiperen op de toekomstige wetswijziging. Indien dit het geval is, kan hetgeen besproken in dit hoofdstuk meewegen in de beoordeling door de rechter. Zo niet, dan zal de zaak in de rol van 'voorbeeld' worden gehandhaafd.

In een uitspraak van het Hof Arnhem van 4 december 2007¹¹² werd geoordeeld dat een beroep op anticipatie op de wijzigingen met betrekking tot het geslachtsneutraal maken van het personen- en familierecht die de commissie van Kalsbeek in overweging gaf niet gehonoreerd kon worden, nu het slechts een advies tot wijziging van wetgeving betrof. Sedert het moment van deze uitspraak is er weliswaar het een en ander veranderd, zo zijn de adviezen verwerkt tot een conceptwetsvoorstel, een conceptwetsvoorstel is echter nog steeds niet concreet genoeg in de ogen van de rechterlijke macht. De rechtbank Rotterdam oordeelde op 24 december 2010¹¹³ dat partijen geen beroep op het conceptwetsvoorstel 'lesbisch ouderschap' konden doen aangezien het nog niet is ingediend bij de Tweede Kamer en het vooralsnog te onduidelijk is in hoeverre de huidige wetgeving, gelet op de conceptuele waarin het verkeerd, zal worden gewijzigd. Ik acht het dan ook niet aannemelijk dat de rechter in de zaak Arends/Pruiks wel zal anticiperen op het wetsvoorstel.¹¹⁴

Nu aangenomen kan worden dat Pruiks geen beroep kan doen op het toekomstige wetsvoorstel, zal de fictieve situatie worden besproken waarin het wetsvoorstel 'lesbisch ouderschap' reeds van kracht was ten tijde van de geboorte van Sanne.

§ 6.2 Situatie Pruiks naar toekomstig recht

De situatie zoals besproken in hoofdstuk 3 wordt als uitgangspunt genomen: Pruiks was met Arends getrouwd ten tijde van de geboorte van Sanne. Enige tijd later werd het huwelijk verbroken. Pruiks wil echter alsnog juridisch ouder van Sanne worden, maar de geboortemoeder (Arends) staat hier niet welwillend tegenover.

Volgens art. 1:198 lid 1 sub b BW nieuw zou Pruiks niet van rechtswege juridisch ouder van Sanne zijn geworden. Art. 1:198 lid 1 sub b BW nieuw stelt namelijk de voorwaarde voor het van rechtswege juridisch ouder worden door het huwelijk, dat het kind verwekt is door kunstmatige donorbefruchting als bedoeld in art. 1 onder c van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. Zoals de memorie van toelichting van het concept-wetsvoorstel opmerkt moet het dus gaan om een zogenoemde 'onbekende donor'.¹¹⁵ In de zaak Arends/Pruiks is dit niet het geval. De heer Sjaakens is namelijk een bekende van zowel Arends als Pruiks. De kans bestaat dat in de toekomst de heer Sjaakens een rol zal gaan

¹¹² Gerechtshof Arnhem, 4 december 2007, (NJ 409,07), LJN BC2782

¹¹³ Rechtbank Rotterdam, 24 december 2010, LJN BP5139

¹¹⁴ Mede gelet op het huidige politieke milieu (waarbij de steun van SGP nodig kan zijn, wil het wetsvoorstel aangenomen worden)

¹¹⁵ Concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap, consultatieversie van 14-12-09 (MvT), pag. 3

spelen in de opvoeding en verzorging van Sanne. Dit leidt ertoe dat Puijs niet het juridisch ouderschap van rechtswege verkrijgt en dient haar juridisch ouderschap dus via een andere weg te verkrijgen.

Naar huidig recht is Puijs gedwongen een adoptieprocedure te starten ten einde het juridisch ouderschap over Sanne te verkrijgen. Zoals in hoofdstuk 3 al aan bod kwam, zijn er de nodige obstakels te overwinnen voordat het adoptieverzoek in haar voordeel kan worden gewezen. Naar toekomstig recht is een adoptieprocedure niet langer de enige mogelijkheid tot het verwerven van juridisch ouderschap. Door de wetswijziging zijn er een aantal nieuwe mogelijkheden ontstaan. Desondanks is de enige nieuwe mogelijkheid die Puijs kan toepassen 'erkenning'. Zij is immers niet van rechtswege de juridisch moeder geworden. Gerechtelijke vaststelling is geen optie omdat dit enkel door Arends kan worden verzocht¹¹⁶ en adoptie brengt haar in dezelfde situatie als waarin zij zich naar huidig recht bevindt. Erkenning is dus haar enige mogelijkheid naast adoptie (art.1:198 lid 1 sub c BW nieuw). Puijs valt niet onder een der eisen van nietigheid van art. 1:204 BW nieuw en is dus bevoegd tot het erkennen van Sanne.

6.2.1 De complicaties bij het adoptieverzoek van de casus hernomen

Navolgend wordt besproken of de mogelijkheid voor Puijs om het juridisch ouderschap te verkrijgen er daadwerkelijk eenvoudiger op is geworden door de mogelijkheid tot erkenning en of de complicaties die zich aandienen bij een adoptieprocedure door het verkrijgen van de mogelijkheid tot erkenning door de meemoeder zullen verdwijnen of dat erkenning ook zo zijn valkuilen kent.

6.2.1.1 In het kennelijk belang van het kind

Adoptie heeft als uitgangspunt dat het in het kennelijk belang van het kind dient te zijn. Aan te voeren viel dat het opbreken van het kerngezin waarbinnen Sanne zich momenteel bevindt, niet in haar kennelijk belang is. Erkenning is een maatregel die het kind aangaat, het belang van het kind dient dus ook bij erkenning voorop te staan.¹¹⁷ Echter is voor erkenning geen gang naar de rechter vereist. Dat de erkenning in het belang van het kind geschiedt kan daardoor niet worden gecontroleerd door een onafhankelijke rechterlijke macht. In eerste instantie kan dan ook aan deze complicatie voorbij worden gegaan. Dit verandert echter indien de geboortemoeder de erkenning weigert. Nu kan er gedacht worden aan vervangende toestemming bij de rechter aan te vragen. Zoals echter bleek uit het voorgaande hoofdstuk staat een verzoek tot vervangende toestemming voor de meemoeder niet open. Het wetsvoorstel is echter nog in de conceptuele fase en het is zeer goed mogelijk dat ook de 'instemmende levensgezel'¹¹⁸ nog het recht verkrijgt om vervangende toestemming tot erkenning bij de rechter aan te vragen. Deze vervangende toestemming wordt enkel gegeven indien de erkenning de belangen van het kind niet zou schaden (art.1:204 lid 3 BW). Hierbij komt het veelal aan op een belangenafweging. Gewogen wordt hoelang de (ex)partner van de geboortemoeder het kind heeft helpen verzorgen, maar dit is niet doorslaggevend.¹¹⁹ Puijs heeft Sanne gedurende de eerste twee jaar van haar leven tezamen met Arends verzorgd.¹²⁰ Dit zorgt ervoor dat haar verzoek een solide basis heeft en niet lichthartig afgewezen dient te worden. In het arrest van de Hoge Raad van 16 februari 2001¹²¹ wordt gesteld dat er pas sprake is van een schending van de belangen van het kind, indien de erkenning als risico heeft dat het kind wordt belemmerd in een evenwichtige

¹¹⁶ Sanne is namelijk nog geen 16 jaar oud en kan dus geen verzoek tot gerechtelijke vaststelling indienen (art.1:207 lid 1 sub a BW nieuw)

¹¹⁷ Art. 3 IVRK

¹¹⁸ Instemmend tot kunstmatige verwekking van het kind

¹¹⁹ HR. 13 april 2001 (NJ 2001, 464) en Nota naar aanleiding van het verslag bij Kamerstukken II 1996/1997, 24649, nr. 6 p. 21

¹²⁰ Raadsonderzoek civiele zaken, Dossiernaam (vertrouwelijk)

¹²¹ HR. 16 februari 2001 (NJ 2001, 571)

sociaal-psychologische en emotionele ontwikkeling. Een gevolg van 'de belangen van het kind' die door de rechter in het oog gehouden moet worden is dat het kind in een ongestoorde verhouding tot zijn geboortemoeder moet blijven staan (art. 1:204 lid 3 BW).

In eerste instantie is het kennelijk belang van het kind dus geen obstakel/complicatie bij erkenning omdat er geen rechter is die dit zal toetsen. Mocht vervangende toestemming voor de meemoeder echter mogelijk worden, dan zal de rechter het verzoek tot vervangende toestemming van Pruiks toetsen aan het arrest van 16 februari 2001. Gekeken wordt of er een gevaar bestaat van hinder in de sociaal-psychologische en emotionele ontwikkeling van Sanne.

6.2.1.2 Het vetorecht van de geboortemoeder

Net als bij adoptie heeft ook bij erkenning de geboortemoeder een vetorecht. De geboortemoeder moet namelijk toestemming aan de verzoeker tot erkenning geven wil de erkenning doorgang vinden (art. 1:204 lid 1 sub c BW nieuw). Bij de zaak Arends/Pruiks zal Arends het verzoek tot erkenning van Pruiks weigeren. Pruiks kan de weigering tot erkenning niet omzeilen door middel van vervangende toestemming tot erkenning aan de rechter te verzoeken.

Indien de vervangende toestemming tot erkenning voor de meemoeder wel mogelijk wordt kan de meemoeder mogelijk aanvoeren dat de geboortemoeder het verzoek tot erkenning te lichthartig heeft geweigerd. Dit zou evenals bij adoptie misbruik van bevoegdheid/recht opleveren (art. 3:13 BW jo. Art. 3:15 BW). Echter is ook bij erkenning 'misbruik van bevoegdheid' een zeer lastig te bewijzen claim. De persoon die het kind wenst te erkennen (Pruiks) dient aan te tonen dat de geboortemoeder (Arends) misbruik van haar bevoegdheid maakt bij de weigering tot erkenning.¹²² In het arrest van 18 mei 1990¹²³ werd nog eens benadrukt dat misbruik van bevoegdheden c.q. recht alleen kan worden aangenomen indien de geboortemoeder geen enkel 'te respecteren belang' heeft. Een aantal te respecteren belangen zijn o.a. de angst van de moeder dat de erkenner indien eenmaal juridisch ouder een verzoek tot wijziging van het wettelijk gezag zal indienen of dat de erkenner een wettelijke voorkeurspositie zou krijgen m.b.t. het ouderlijk gezag als de geboortemoeder mocht komen te overlijden.¹²⁴ Ook in dit geval zou Arends een beroep kunnen doen op het feit dat erkenning een inbreuk oplevert in het gezin- en privéleven van de moeder en het kind (art. 8 EVRM).

6.2.1.3 De rol van de zaaddonor bij erkenning

Als het gaat om adoptie kan de zaaddonor een belangrijke rol spelen in de adoptieprocedure. Dit was te lezen in par. 3.3.3. Indien de zaaddonor gekwalificeerd kan worden als biologisch ouder met family life dan is hij een ouder in de zin van art. 1:227 lid 3 BW en kon het adoptieverzoek niet worden toegewezen omdat het kind dan reeds twee ouders had waarvan het kind nog iets te verwachten mocht hebben. Bij erkenning liggen de zaken anders. Het beschikbaar stellen van de mogelijkheid tot erkenning voor de meemoeder is namelijk mede gedaan met het oog op het voorkomen van de impasse zoals die zich voordeed in HR 21 april 2006, NJ 2006, 584 en HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386: Enerzijds kan de geboortemoeder namelijk het verzoek tot erkenning door de bekende zaaddonor met family life weigeren. Er bestaat voor de zaaddonor dan geen mogelijkheid om vervangende toestemming bij de rechtbank te verzoeken nu hij geen verwekker is. Anderzijds kan de bekende zaaddonor met family life de adoptie door de meemoeder beletten aangezien hij aangemerkt kan worden als ouder waarvan nog iets te verwachten

¹²² HR. 22 oktober 1993 (NJ 1994, 65)

¹²³ HR. 18 mei 1990 (NJ 1991, 374, 375)

¹²⁴ Gerechtshof 's-Gravenhage 22 augustus 1997 (RN 1998, 834)

valt (art. 1:227 lid 3 BW).¹²⁵ Zowel de meemoeder als zaaddonor (alsmede het kind) komen door deze situatie met lege handen te staan. Indien het wetsvoorstel doorgevoerd wordt kan deze situatie niet meer voorkomen. De geboortemoeder kan dan immers kiezen wie zij toestemming geeft te erkennen: de meemoeder of de bekende zaaddonor. Door erkenning ook voor meemoeder mogelijk te maken kunnen knopen snel worden doorgehakt over wie de juridisch ouder wordt en is het kind snel verzekerd van een tweede ouder.¹²⁶ Dit zal betekenen dat het argument van Arends dat de heer Sjaakens een ouder in de zin van art. 1:227 lid 3 BW is en dat daardoor het adoptieverzoek van Puijks geen doorgang kan vinden, geen stand meer houdt. Dat er een zaaddonor met family life betrokken is, is namelijk niet relevant bij erkenning, enkel bij adoptie. Arends heeft zelf de keus wie zij de tweede juridisch ouder laat zijn. Dit zal hoogstwaarschijnlijk niet Puijks zijn en ook niet de heer Sjaakens, maar de huidige partner van Arends.

De heer Sjaakens heeft in tegenstelling tot Puijks wel het recht om volgens toekomstig recht vervangende toestemming tot erkenning te vragen bij de rechtbank aangezien hij valt onder de bepaling van art. 1:204 lid 3 sub b BW nieuw. Echter gezien het feit dat hij niet de behoefte heeft om juridisch ouder van Sanne te worden zal hij dit niet doen. Indien de heer Sjaakens hier echter welwillend tegenover staat en indien Arends hem enkel en alleen toestemming tot erkenning geeft om Puijks te schaden zal dit tevens in strijd zijn met art. 3:13 BW (misbruik van recht) en zal de erkenning van de heer Sjaakens geen doorgang vinden.

6.2.1.4 De samenwoontermijn van art.1:227 lid 2 BW

Een meemoeder die pas een relatie kreeg met de geboortemoeder na de geboorte van het kind moet ingevolge de voorwaarden van adoptie voldoen aan de samenleeftijd van drie jaar. Indien de relatie opbrak tijdens deze drie jaar kon de meemoeder op geen enkele andere wijze de juridisch ouder van het kind worden.¹²⁷ Deze complicatie kan kort behandeld worden. De eisen gesteld bij adoptie gelden namelijk niet bij erkenning. Bij erkenning is dan ook geen sprake van een samenwoontermijn. Indien de geboortemoeder instemt kan zij juridisch ouder worden door middel van erkenning.

§ 6.3 Conclusie

Als het wetsvoorstel lesbisch ouderschap al tot wet was geworden ten tijde van de geboorte van Sanne, zou de situatie er enigszins anders hebben uitgezien. Puijks was niet van rechtswege juridisch ouder van Sanne geworden gezien het feit er een bekende donor is gebruikt om Sanne te verwekken. De echtgenoot van de barendende moeder kan enkel van rechtswege juridisch ouder worden indien gebruik is gemaakt van een onbekende zaaddonor (art. 1:198 lid 1 sub b BW nieuw). Puijks heeft geen verzoek tot het verkrijgen van ouderschap gedaan staande het huwelijk. Pas nadat het huwelijk gestrand was wilde Puijks haar positie van juridisch ouder verwerven. Waar dit naar huidig recht enkel kan geschieden door middel van adoptie, heeft zij er nu een mogelijkheid bij: erkenning. Erkenning heeft een eenvoudiger karakter dan adoptie en zal dan ook een verademing zijn voor de meemoeder wier partner welwillend tegenover erkenning staat. Echter is in dit hoofdstuk aangetoond dat indien de geboortemoeder weigerachtig tegenover de wens van de meemoeder tot juridisch ouderschap staat, dat zij haar ouderschap nog steeds niet eenvoudig kan vestigen. Sommige complicaties die een meemoeder moest overwinnen bij een adoptieprocedure zijn niet langer van toepassing (de samenleeftijd, het kennelijk belang van het kind en de bekende zaaddonor die als ouder kan worden aangemerkt).

¹²⁵ A.J.M. Nuytinck, 'Concept-wetsvoorstel Lesbisch ouderschap: meemoeder wordt juridisch moeder van rechtswege of door erkenning', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* nr. 6841 2010, pag. 343-348

¹²⁶ Ministerie van Justitie, Ouderschap duomoeder kan straks eenvoudig en snel, persbericht 15-12-2009

¹²⁷ Deze complicatie deed zich niet voor in de zaak Arends/Puijks, maar kan zich wel voordoen als obstakel bij adoptie in een willekeurig andere soortgelijke zaak

Er is echter één complicatie die zowel bij adoptie als bij erkenning geldt: de toestemming van de geboortemoeder. Puijs moet ook bij erkenning toestemming van Arends krijgen om Sanne te kunnen erkennen. Zolang ze deze toestemming niet krijgt, wordt zij niet juridisch ouder. Puijs zal geen toestemming tot erkenning krijgen van Arends en er bestaat geen mogelijkheid voor haar om vervangende toestemming te verzoeken bij de rechtbank. Er rest haar slechts één mogelijkheid: een adoptieprocedure starten. Geconcludeerd kan worden dat het wetsvoorstel lesbisch ouderschap het een en ander vergemakkelijkt voor de meemoeder. Echter zodra de geboortemoeder het geen goed idee vindt dat de meemoeder 'juridisch moeder' wordt, zal er niets veranderen: de weg van adoptie blijft dan de enige mogelijkheid voor de meemoeder om afstammingsbanden te vestigen. Voor mevrouw Puijs zal de situatie naar toekomstig recht dus niet anders zijn dan de situatie waarin zij zich naar huidig recht bevindt.

7. Conclusie en aanbevelingen

§ 7.1 Inleiding

Uit de voorgaande hoofdstukken kan een conclusie getrokken worden. In de navolgende paragraaf (7.2) zal deze conclusie worden beschreven. Naar aanleiding van de conclusie zullen in paragraaf 7.3 een aantal aanbevelingen worden gegeven die het sluitstuk vormen van deze scriptie.

§ 7.2 Conclusie

De aanleidingen van deze scriptie waren: de mogelijke toekomstige wetswijziging die het personen- en familierecht geslachtsneutraal dient te maken en de zaak Arends/Pruiks. Uit de beroepspraktijk kwam de vraag om de situatie van de meemoeder naar huidig recht uiteen te zetten aan de hand van de zaak Arends/Pruiks en vervolgens te onderzoeken hoe de situatie voor de meemoeder zou veranderen indien de wetswijziging tot wet zou worden en hoe de wetswijziging zijn weerslag zou vinden op de voornoemde zaak. Dit is uiteengezet in de voorgaande hoofdstukken. Indien er onduidelijkheid bestaat over de positie van de meemoeder naar huidig of toekomstig recht, zal deze scriptie daarin verheldering kunnen brengen. Uit de scriptie bleek waaruit de knelpunten tot ouderschapverkrijging voor de meemoeder naar huidig recht bestaan en in hoeverre de wetswijziging deze op zal lossen.

Naar huidig recht is de stand van het vestigen van afstammingsbanden met een kind 5-2 in voordeel van de man ten opzichte van de vrouw. Een man heeft immers meerdere mogelijkheden om juridisch ouder van een kind te worden. Met name twee van die mogelijkheden zijn belangrijk in het kader van deze scriptie, te weten: ouderschap door erkenning en het ouderschap van rechtswege door huwelijk. De overige mogelijkheden zijn: indien het kind binnen 306 dagen na ontbinding van het huwelijk door de dood van de man geboren wordt, door middel van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap of middels adoptie. De vrouw daarentegen heeft naar huidig recht maar twee mogelijkheden om afstammingsrechtelijke banden te vestigen: van rechtswege door het baren van het kind of door middel van adoptie. Door de huidige regelgeving is er in het bijzonder één persoon die tussen wal en schip valt: de meemoeder. Aangezien haar partner het kind heeft gebaard, rest haar alleen adoptie. Adoptie is een procedure waarbij een gang naar de rechter is vereist en daardoor tijdrovend en duur is.

Aan de hand van een praktijkvoorbeeld werd de problematiek die een meemoeder in het kader van een adoptieprocedure kan ervaren uiteengezet. Pruiks is een lesbische vrouw die gedurende enige tijd getrouwd is geweest met Arends. Binnen dit huwelijk is een kind verwekt door middel van kunstmatige inseminatie van het zaad van een bekende donor: de heer Sjaakens. Pruiks heeft het kind gedurende het huwelijk samen met haar partner helpen opvoeden maar is nooit juridisch ouder geworden. Pas na het eindigen van het huwelijk ervaarde zij het gemis van de bevoegdheden die aan een ouder toekomen (waaronder het feit dat het kind, Sanne, niet haar erfgename is). Ook het feit dat zij zichzelf niet als 'moeder' kon kwalificeren deed haar verdriet. Zij besloot daarom alsnog juridisch ouder van Sanne te worden door een adoptieverzoek in te dienen. De situatie tussen haar en Arends was echter dusdanig verslechterd dat deze laatste dit verzoek weigerde. De volgende complicaties deden zich vervolgens in de adoptieprocedure voor:

- het kennelijk belang van het kind was in het geding, de vraag die speelt is of het toewijzen van adoptie wel in het belang van Sanne zou zijn aangezien de adoptie het kerngezin waarin Sanne zich bevond zou verstoren;
- het vetorecht van Arends om het adoptieverzoek te torpederen (art.1:228 lid 1 sub d BW): de geboortemoeder heeft altijd het recht om een verzoek tot adoptie tegen te spreken;

- de positie van de zaaddonor: een bekende zaaddonor met family life met het kind kan worden aangemerkt als ouder in de zin van art.1:227 lid 3 BW en het is mogelijk dat daardoor het adoptieverzoek van de meemoeder niet kan worden toegewezen omdat het kind dan reeds twee ouders heeft waarvan nog iets te verwachten valt. De heer Sjaakens is een bekende donor. Hij heeft regelmatig contact met Sanne. Indien de rechter oordeelt dat er sprake is van family life tussen Sjaakens en Sanne zal hij als ouder worden aangemerkt en zal het adoptieverzoek van Pruiks worden afgewezen.

De meemoeder vervult eenzelfde of een vergelijkbare rol als de man in een relatie waaruit een kind is geboren. Het duidt dan ook op onnodige rechtsongelijkheid om haar niet dezelfde rechten tot ouderschapsverkrijging te gunnen als de man. Dit onderscheid tussen de man en de vrouw kan als strijdig met het gelijkheidsbeginsel zoals verankerd in de Nederlandse Grondwet en de internationale verdragen worden gezien. Ook de wetgever ziet dit in. Een commissie (Kalsbeek) die de opdracht kreeg om de mogelijkheden voor het ontstaan van lesbisch ouderschap te onderzoeken werd in het leven geroepen. In 2008 bracht de commissie Kalsbeek haar bevindingen naar voren. De bevindingen en aanbevelingen van deze commissie werden geaccepteerd en grotendeels overgenomen door de wetgever. Het wetsvoorstel 'lesbisch ouderschap' is een feit.

De centrale vraagstelling binnen deze scriptie luidde: *'Welke veranderingen zal het wetsvoorstel 'lesbisch ouderschap' teweegbrengen voor de rechtspositie van de meemoeder binnen het personen- en familierecht en welk effect zal de doorvoering van het wetsvoorstel kunnen hebben op de zaak Arends/Pruiks?'*

Het onderzoek toont aan dat de wetswijziging 'lesbisch ouderschap' veel verandert binnen het personen- en familierecht. De rechtspositie van de meemoeder wordt evident verbeterd aangezien zij meer mogelijkheden krijgt om afstammingsrechtelijke banden te vestigen met een kind. Concreet kan een meemoeder na de invoering van de wetswijziging op de volgende manieren juridisch ouder van een kind worden:

- door het baren van het kind;
- van rechtswege door huwelijk (mits gebruik is gemaakt van een onbekende donor);
- indien zij overlijdt binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind;
- door middel van erkenning;
- door middel van gerechtelijke vaststelling;
- door middel van adoptie.

Door de wetswijziging verandert de stand met betrekking tot de mogelijkheden van het vestigen van afstammingsbanden met een kind naar 6-5 in voordeel van de vrouw. Zij heeft alle mogelijkheden tot ouderschapsverkrijging die de man heeft plus de mogelijkheid tot het baren van een kind. Met name het feit dat de meemoeder van rechtswege het ouderschap kan verwerven doormiddel van het huwelijk en de mogelijkheid tot erkenning zijn mijlpalen voor de emancipatie van de vrouw binnen het afstammingsrecht.

De weerslag die de wetswijziging op de zaak Arends/Pruiks heeft is opmerkelijk. In de situatie waarin er sprake is van een 'weigerende geboortemoeder en bekende donor' verandert er niets aan de positie van de meemoeder. De meemoeder is dan niet juridisch ouder van rechtswege geworden door het huwelijk omdat gebruik is gemaakt van een bekende donor. Het van rechtswege ouder worden is enkel mogelijk indien gebruik is gemaakt van een anonieme donor. Dit onderscheid tussen donoren heeft de wetgever aangebracht omdat bij een onbekende zaaddonor meer zekerheid bestaat dat deze geen rol gaat vervullen in het leven van het kind of het juridisch ouderschap zal proberen te verkrijgen. Een mogelijkheid voor Pruiks om naar toekomstig recht alsnog het ouderschap te verwerven is middels erkenning. Erkenning is een snellere en eenvoudigere manier om afstammingsbanden te vestigen dan adoptie. De meeste complicaties die zich bij een adoptieprocedure voordeden gelden niet bij erkenning. De volgende complicaties die Pruiks

bij de adoptieprocedure diende te overkomen doen zich niet voor bij erkenning: het kennelijk belang van het kind en de positie van de zaaddonor.

Echter zal erkenning in de zaak Arends/Pruiks ook niet het gewenste effect hebben. Er is immers een complicatie die zich zowel bij adoptie als bij erkenning voordoet: de meemoeder heeft toestemming van de geboortemoeder nodig wil erkenning succesvol zijn (de geboortemoeder heeft ook bij erkenning een vetorecht). Vervangende toestemming bij de rechtbank tot erkenning heeft de wetgever vooralsnog niet mogelijk gemaakt voor de meemoeder. De overige nieuwe mogelijkheden tot ouderschapsverkrijging van de meemoeder zijn eveneens niet van toepassing; gerechtelijke vaststelling kan enkel door de geboortemoeder of het kind geschieden en Pruiks is niet overleden binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind. Er rest haar dan ook slechts één mogelijkheid om juridisch ouder van Sanne te worden, namelijk adoptie. Dus zelfs indien de wetswijziging al ten tijde van de geboorte van Sanne was doorgevoerd zou Pruiks zich in dezelfde situatie bevinden als waarin zij zich nu bevindt.

Onder 'Tenslotte' (pag. 52) rond ik mijn scriptie af met een nadere uitwerking van de titel en een beantwoording van de daarin gestelde vraag, waarmee de uit het onderzoek getrokken conclusies compleet worden gemaakt.

§ 7.3 Aanbevelingen

Naar aanleiding van hetgeen in de scriptie beschreven is en de conclusies die daaruit voortvloeiden worden een aantal aanbevelingen gemaakt. Deze aanbevelingen zullen in deze paragraaf worden geformuleerd.

1. Een eerste aanbeveling is een voor de hand liggende. De wetswijziging 'lesbisch ouderschap' dient zo spoedig mogelijk ingevoerd te worden. Dat er een persoon is in ons rechtssysteem wier rechten onnodig minder goed gewaarborgd zijn (de meemoeder) is een kwalijke zaak, welk de wetgever dient op te lossen. Deze oplossing biedt de wetswijziging 'lesbisch ouderschap'. De onderzoeker beveelt aan te streven naar overtuiging van de Kamerfracties met betrekking tot de noodzaak van de doorvoering van het wetsvoorstel binnen afzienbare termijn. Argumenten om de fracties te overtuigen zijn de verouderde kijk op het afstammingsrecht (vasthouden aan het vermoeden van de biologische situatie) en dat het afstammingsrecht met de tijd en bijbehorende denkbeelden mee dient te veranderen. Een tweede argument is dat wijziging van het afstammingsrecht ook in het belang van het kind is. Het kind is immers het meest gebaat bij een stabiele opvoedingssituatie, welk een meemoeder mits zij eenvoudiger juridisch ouder kan worden sneller kan leveren. Naar huidig recht kan het immers enige tijd duren voordat de meemoeder het juridisch ouderschap verkrijgt, waardoor zowel de meemoeder als het kind gedurende die tijd in juridische onzekerheid verkeren en ook de afloop onzeker is.
2. Het personen- en familierecht wordt dan wel grotendeels sekseneutraal gemaakt, er blijft onderscheid bestaan bij het rechtsfiguur 'erkenning'. De meemoeder heeft namelijk niet het recht om vervangende toestemming tot erkenning aan de rechtbank te verzoeken indien de geboortemoeder haar toestemming weigert te geven. Dat deze mogelijkheid voor een vrouw niet wordt mogelijk gemaakt is te begrijpen. Het aanvragen van vervangende toestemming tot erkenning is immers ook niet mogelijk voor elke willekeurige man. Het moet specifiek gaan om de verwekker hiervan is er altijd maar één. Een verwekker kent geen vrouwelijke tegenhanger. Echter kan de bekende zaaddonor met family life naar toekomstig recht ook vervangende toestemming aanvragen. De bekende zaaddonor is de persoon die heeft ingestemd met de verwekking van het kind zonder geslachtsgemeenschap met de moeder te hebben gehad. Deze persoon kent wel een vrouwelijke tegenhanger: de

instemmende levensgezellin. Indien de meemoeder heeft ingestemd met de verwekking van het kind, moet zij tevens het recht krijgen om vervangende toestemming tot erkenning bij de rechtbank aan te vragen. De aanbeveling luidt dan ook om vervangende toestemming niet mogelijk te maken voor de vrouw, maar wel voor de 'persoon die tot de verwekking van het kind heeft ingestemd en in een nauwe persoonlijke betrekking tot dat kind staat' onder deze zinsnede kan zowel de bekende donor als de meemoeder die heeft ingestemd met het hebben van het kind worden geschaard.

3. Een derde aanbeveling is om de wet 30 551, betreffende de vereenvoudiging van adoptie van kinderen door paren van gelijk geslacht, deels ongedaan te maken zodra de wet 'lesbisch ouderschap' inwerking treedt. De wet 30 551 voorziet erin dat de adoptie van het kind door de meemoeder ten tijde van de geboorte al werking kan hebben. Het is door deze wetswijziging niet langer nodig dat de meemoeder, nadat het kind geboren is, eerst drie jaar met de geboortemoeder van het kind heeft samengeleefd alvorens een verzoek tot adoptie kan worden ingediend.¹²⁸ Vrouwen hebben naar toekomstig recht dezelfde mogelijkheden om het ouderschap te verwerven als mannen. De vrouwelijke partner in een lesbische relatie zou onevenredig bevoordeeld worden indien de adoptieprocedure voor haar versimpeld blijft en indien een man wel aan alle eisen van adoptie dient te voldoen. Deze wettelijke bepaling dient om soelaas te bieden aan de meemoeder aangezien zij slechts een beperkte mogelijkheid heeft om afstammingsbanden te vestigen met een kind. Nu deze beperking naar toekomstig recht niet meer bestaat is het niet langer nodig om de versoepeling in de adoptiewet voor meemoeders in stand te laten.
4. De laatste aanbeveling is om het afstammingsrecht in een stand van 6-5 in voordeel van de vrouw te laten eindigen. Naar de ultieme geslachtsneutraliteit van het personen- en familierecht: 6-6 (dus ook barenden mannen die van rechtswege het ouderschap verwerven) kan en moet vooralsnog niet worden gestreefd. Opgemerkt zou kunnen worden dat er dan nog steeds sprake van rechtsongelijkheid is nu de man minder mogelijkheden tot ouderschapverkrijging heeft dan de vrouw. Echter ligt deze situatie anders. Het baren van kinderen is niet mogelijk voor mannen waardoor deze noodgedwongen zich zullen moeten redden zonder die mogelijkheid tot ouderschapverkrijging. In de medische toekomst wordt het wellicht mogelijk dat de man een kind kan baren. Of dit ethisch is, is nog maar de vraag. De kritische bezinning over het feit dat het toelaten van ouderschapverkrijging door barenden mannen wel het juiste handelen is, dient echter te gebeuren indien ook mannen de mogelijkheid verkrijgen om kinderen te baren. Zoals Nuytinck verwoordt mag de wetgever de tussenstand nu gerust naar 6-5 in het voordeel in de vrouw laten worden, maar beslist niet naar de ultieme seksneutraliteit eindstand 6-6.¹²⁹ Wat krom is hoeft namelijk niet altijd door het recht rechtgetrokken te worden.¹³⁰ Ik sluit me hierbij aan.

§ 7.4 Tenslotte

'Doet de meemoeder echt mee?' is de titel van deze scriptie. Geconcludeerd kan worden dat de meemoeder naar huidig recht niet echt meedoet in het afstammingsrecht. Het wetsvoorstel 'lesbisch ouderschap' verandert dit. De ongelijkheid tussen man en vrouw in het afstammingsrecht zal door de wetswijziging grotendeels ongedaan gemaakt worden. De meemoeder krijgt meer mogelijkheden om juridisch ouder te worden en hoeft niet langer

¹²⁸ Kamerstuk II 2005/06 30551 nr. 3 (MvT)

¹²⁹ A. Nuytinck, 'Volledige seksneutraliteit in het personen- en familierecht', *Ars Aequi* januari 2010 (AA20100008), pag. 8 e.v.

¹³⁰ Advocaat en mediator: Mr. J.C. Hissink

een adoptieprocedure te starten wil zij in een familierechtelijke betrekking tot het kind komen te staan. Gesteld kan worden dat de meemoeder naar toekomstig recht meedoet in het afstammingsrecht aangezien ook zij dan op verschillende wijze familierechtelijke betrekkingen met een kind kan verkrijgen.

Desondanks blijven naar toekomstig recht ook uitzonderingsgevallen bestaan waarin de meemoeder zich nog steeds in een zwakke positie bevindt. Zo ook bij de zaak Arends/Pruiks. De situatie zou in deze zaak, ook met de wetswijziging van kracht, niets anders geweest zijn. Het personen- en familierecht is na de inwerkingtreding van de wetswijziging nagenoeg geslachtsneutraal. Enkel het niet toestaan om vervangende toestemming tot erkenning te verzoeken aan de rechter door de meemoeder duidt nog op onnodige rechtsongelijkheid. Dit laatste beetje rechtsongelijkheid zorgt ervoor dat Pruiks, ook naar toekomstig recht, in een nadelige positie blijft verkeren.

8. Bronnen

8.1 Literatuur

Van Mourik & Nuytinck 2009

-Van Mourik, Nuytinck, *Personen- en familierecht. huwelijksvermogensrecht en erfrecht*. 4^e druk. Kluwer 2009.

Koens & Vonken 2010

-M.J.C. Koens, A.P.M.J. Vonken, *Personen- en familierecht*. 6^{de} druk. Kluwer 2010.

Vlaardingenbroek, Blankman, Heida, Van der Linden, Punseli & Van Raak-Kuiper 2008

-P. Vlaardingenbroek e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*. 5^e druk. Kluwer 2008.

Van Raak-Kuiper & Vlaardingenbroek 2006

-J.A.E. van Raak-Kuiper en P. Vlaardingenbroek, *Afstammingsrecht*. 1^e druk. Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

Van der Linden 2006

-A.P. van der Linden, *Adoptierecht*. 1^e druk. Den Haag: SDU uitgevers 2006.

De Boer & Wijers 2009

-De Boer en Wijers, *Vrouw & recht*. 1^e druk. Amsterdam University Press, 2009.

Cliteur & Ellian 2009

-P.B. Cliteur, A. Ellian, *Encyclopedie van de rechtswetenschap: positief recht*. 2^e editie. Kluwer 2009.

Van Raak-Kuiper 2007

-J.A.E. Van Raak-Kuiper, *Koekoekskinderen en het recht op afstammingsinformatie*. 1^e druk. Nijmegen 2007.

Vonk 2007

-M. Vonk, *Children and their parents*. Intersentia 2007

Holtmaat 2004

-H.M.T. Holtmaat, *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*. 1^e druk. Kluwer, Deventer 2004.

Hoksbergen & Walenkamp 2000

-R. Hoksbergen en H. Walenkamp, *Adoptie: een levenslang dilemma*. 1^e druk. Bohn Stafleu Van Loghum 2000.

Evers & Vat 2006

-L. Evers & H. Vat, *Afstamming en naam*. 1^e druk. Reed Business Information 2006.

Van Der Linden & Ten Siethoff & Zeijlstra-Rijpstra 2009

-A.P. van der Linden, F.G.A. ten Siethoff en A.E.I.J. Zeijlstra-Rijpstra, *Jeugd en Recht*. 9^e druk. Bohn Stafleu Van Loghum 2009.

Asser & De Boer

-C. Asser & J. de Boer, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht: Personen- en familierecht*. 17^e druk. Kluwer 2006.

Tijdschriftartikelen

Swennen 2011

F. Swennen, 'Verwekkerschap, family life en belang van het kind' *FJR Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* Jaargang 33 maart 2011, pag. 47

Nutinck 2010

A.J.M. Nuytinck, 'Concept-wetsvoorstel Lesbisch ouderschap: meemoeder wordt juridisch moeder van rechtswege of door erkenning', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* nr. 6841 2010, pag. 343-348

Forder 2010

C. Forder, 'Moederschap van rechtswege en erkenning door een vrouw, *B&R* nr. 3/4 maart/april 2010, pag. 106 e.v.

Nutinck 2010

A.J.M. Nuytinck, 'Volledige sekseneutraliteit in het personen- en familierecht', *Ars Aequi* januari 2010 (AA20100008), pag. 8 e.v.

Nutinck 2009

A.J.M. Nuytinck, 'Biologisch vader of verwekker?', *Ars Aequi* september 2009 (AA20090561), pag. 561 e.v.

Rapporten

Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie 2008

-Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport lesbisch ouderschap, 2008*.

8.2 Wet- en regelgeving

- Europees verdrag voor de rechten van de mens
- Europees verdrag inzake de rechten van het kind
- Grondwet van het Koninkrijk der Nederlanden
- Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek
- Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek
- Wetsvoorstel lesbisch ouderschap (consultatieversie)

8.3 Jurisprudentie

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 24 november 2005, appl.nr. 74826/01 (Shofman vs. Russia)
- EHRM 1 juni 2004, NJ 2004, 667 (Lebbink vs. Nederland)
- EHRM 5 december 2002, NJ 2005, 34 (Yousef vs. Nederland)
- ECRM 8 februari 1993, appl.nr. 16944/90 (X tegen Nederland)
- EHRM 7 juli 1989, NJ 1991, 659 (Gaskin)

Hoge Raad der Nederlanden

- HR 11 april 2008, LJN BC3927 (FJR 2008, 85)
- HR 21 maart 2008, LJN BC4496
- HR 30 november 2007, NJ 2008, 310
- HR 21 april 2006, NJ 2006, 584
- HR 23 december 2004, LJN AR7915 (FJR 2005, 32)
- HR 13 april 2001, NJ 2001, 464
- HR 16 februari 2001, NJ 2001, 571

- HR 29 september 2000, NJ 2000, 654
- HR 19 mei 2000, LJN AA5868
- HR 22 december 1995, NJ 1996, 419
- HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst)
- HR 25 februari 1994 NJ 1994, 438
- HR 17 december 1993, NJ 1994, 360
- HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 65
- HR 3 april 1992, NJ 1993, 286
- HR 18 mei 1990, NJ 1991, 374/375
- HR 10 november 1989 NJ 1990, 628
- HR 8 april 1988, NJ 1989, 170
- HR 13 maart 1987, NJ 1988, 190
- HR 4 juni 1982, NJ 1983, 32

Gerechtshof

- Gerechtshof Arnhem, 4 december 2007, NJ 409/07, LJN BC2782
- Gerechtshof 's-Gravenhage 22 augustus 1997 RN 1998, 834

Rechtbank

- Rechtbank Rotterdam 24 december 2010, LJN BP5139
- Rechtbank Arnhem 1 september 2009, LJN BK0421
- Rechtbank Roermond 27 mei 2009, LJN BI6008

8.4 Parlementaire en Ministeriële stukken

- Wetsvoorstel Lesbisch ouderschap (consultatieversie van 14-12-2009) (MvT)
- Wetsvoorstel 30 551, publicatiedatum: 08-09-2008, nr. KST121839, kenmerk: 30551, nr. F (MvA)
- Kamerstukken II 1998-99, 26 672, nr. 3 (MvT)
- Kamerstukken II 1999/2000, 26 673 nr. 3 p. 3 (MvT)
- Kamerstukken I, 2007/08 30551, F, p. 8 (MvA)
- Kamerstukken II 2006/07, 30 800 VI, nr. 60
- Kamerstukken II 1997/98, 22 700, nr. 23
- Kamerstukken II 1995-96 24 649, nr. 3, p.8.
- Kamerstukken II 1996/97, 24 649, nr. 6 p. 21 + Kamerstukken II 1996/97, 24 649, nr. 6 p. 21 (NEV II)
- Minister van Justitie, Brief n.a.v. de kabinetsreactie op het rapport 'Lesbisch ouderschap' van de commissie Kalsbeek, publicatiedatum: 12-08-2008, nr. KST121491, kenmerk: 30 551, nr. 22
- Ministerie van Justitie, Persbericht: Ouderschap duomoeder kan straks eenvoudig en snel, 15-12-2009

8.5 Internet

- LSLiber Advocaten. 'Afstamming' <<http://www.familierechtsite.nl/uw-kinderen/afstamming/index.html>> 2 maart 2011.
- T. Loenen, 'gelijkheidsbeginsel' <<http://www.arsaequi.nl/eboek/pdf/gelijkheidsbeginsel.pdf>> 10 april 2011.
- Encyclo. <<http://www.encyclo.nl/begrip/erkenning>> 20 februari 2011.
- Rijksoverheid. 'Erkenning kind' <<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aangifte-geboorte-erkenning-en-gezag/erkenning-kind>> 20 februari 2011.

- Van Den Eijnde. 'Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap'
<<http://zakelijk.infonu.nl/juridisch/25136-gerechtelijke-vaststelling-van-het-vaderschap.html>> 2 april 2011.
- Kenniskring. 'Draagmoederschap'
<<http://www.socialezekerheid.nl/smartsite.dws?id=51792>> 20 maart 2011.
- Kinderwens. 'kosten van adoptie'
<<http://www.kinderwens.nl/financialAspects/costsAdoption>> 6 maart 2011.
- Verlangen naar een kind. 'Donorovereenkomst'
<<http://www.verlangennaareenkind.nl/juridisch/donorverklaring>> 29 maart 2011.
- Juridisch woordenboek. <<http://www.juridischwoordenboek.nl>> februari/mei 2011
- Encyclo. <<http://www.encyclo.nl/egalitarisme>> 10 april 2011.

8.6 Overig

-Noot van mr. J. De Boer onder HR 21 april 2006, NJ 2006, 584

Reacties n.a.v. de consultatieversie van het wetsvoorstel

- Mr. C. Waaldijk, Reactie op wetsvoorstel lesbisch ouderschap, 28-02-2010, pag. 3
- Mr. W.J. Eusman (advocaat) en Stichting meer dan gewenst, Reactie op voorstel van wet lesbisch ouderschap, 26-02-2010.
- Mr. Dr. M. Vonk, Het conceptwetsvoorstel lesbisch ouderschap onder de loep, 2010
- COC Federatie van Nederlandse verenigingen tot integratie van homoseksualiteit, Reactie op het concept-wetsvoorstel 'lesbisch ouderschap'. 25-02-2010

Bronnen m.b.t. de zaak Arends/Pruiks (vertrouwelijk)

- Verzoekschrift tot adoptie door (vertrouwelijk), d.d. 11 januari 2010 bij de Rechtbank Breda
- Verweerschrift mevrouw (vertrouwelijk), d.d. 15 februari 2010
- Raadsrapport, d.d. 27 juli 2010, naar aanleiding van het adoptieverzoek door Mevrouw (vertrouwelijk)
- Raadsonderzoek civiele zaken, Dossiernaam (vertrouwelijk)

Figuren

-Figuur voorblad: <www.gelderlander.nl/multimedia/archive>

-Figuren blz.10: M. Vonk, *Children and their parents*, Intersentia 2007

-Figuur achterkant kft: <<http://i1.tribune.com.pk/wp-content/uploads/2011/03/women111211-129135-129276-640x480.jpg>>

9. Verklarende woordenlijst

- **Emancipatie:** streven naar gelijke rechten
- **Geboortemoeder:** de vrouw uit wie het kind geboren is
- **Meemoeder/duomoeder/sociale moeder:** de lesbische partner van de geboortemoeder met een kind
- **Reële executie:** afdwinging van de prestatie waartoe de gedaagde bij rechtelijke vonnis is veroordeeld
- **Verwekker:** de biologische vader die het kind verwekt heeft door middel van geslachtsgemeenschap
- **Wetgever:** combinatie van regering en de Kamers der Staten-Generaal
- **Zaaddonor:** de man die zijn zaad heeft afgestaan waaruit het kind is verwekt

10. Evaluatie onderzoek

Het onderzoek waarop deze scriptie gestoeld is heeft plaatsgevonden in de maanden februari tot en met mei 2011. Door middel van uitvoerig deskresearch zijn de bevindingen op papier gezet. Het werk begon met een noodzakelijk onderzoek naar het huidige personen- en familierecht/afstammingsrecht. Vervolgens werd onderzocht waarom er een onderscheid wordt gemaakt in rechten tussen de man en de vrouw binnen het huidige afstammingsrecht. Ten slotte werd onderzocht hoe dit onderscheid door de wetgever tracht te worden opgelost en hoe de rechtspositie van de meemoeder eruit komt te zien naar toekomstig recht. Daarnaast is er één zaak in het bijzonder die ik grondig heb doorgenomen en behandeld: de vaak aangehaalde zaak 'Arends/Pruiks'. Deze zaak vormde de aanleiding van de scriptie en keert dan ook met enige regelmaat terug in de tekst.

Deze scriptie is geschreven voor de beroepspraktijk. Met name de personen wier werkgebied het personen- en familierecht is, zoals het advocatenkantoor: D&H Advocaten en Mediators. De scriptie biedt opheldering over de toekomstige positie van de meemoeder in het afstammingsrecht. Met toekomstig recht wordt bedoeld op de situatie na invoering van de wetswijziging 'lesbisch ouderschap'. Om dit zo helder mogelijk weer te geven werd het huidige afstammingsrecht, en de problemen die deze met zich meebracht voor de meemoeder afgezet tegen de toekomstige situatie. De scriptie heeft een redelijk gesloten karakter. Besproken werd welke veranderingen plaats gaan vinden binnen het afstammingsrecht en hoe de positie van de meemoeder hierdoor verandert (dit aan de hand van een zaak uit de praktijk). Daarmee is deze scriptie een dubbel snijdend mes: aan de ene kant kan het gebruikt worden als informatiebron om de rechtspositie van de meemoeder beter te begrijpen (zowel naar huidig als toekomstig recht) en aan de andere kant vormt deze scriptie gedeeltelijke een casestudy (de zaak Arends/Pruiks), waarop bij toekomstige soortgelijke situaties teruggevallen kan worden. Ten slotte is de scriptie geschikt voor eenieder (met name lesbische paren) die vragen hebben over ouderschap en op welke manieren zij het kunnen verkrijgen.

