

Het conceptwetsvoorstel lesbisch ouderschap onder de loep

Machteld Vonk[♦]

Inleiding

Eindelijk is het zover: de regering is gekomen met een conceptwetsvoorstel om het ouderschap van lesbische paren te regelen.¹ Nu het nog een concept is, is het extra interessant om eens goed naar het voorstel en de gevolgen ervan te kijken. Het concept heeft ondermeer gevolgen voor het afstammingsrecht, het gezagsrecht, het recht op levensonderhoud en het recht op afstammingsgegevens. In deze bijdrage komt vooral het afstammingsrecht aan bod en waar relevant wordt het een en ander over de andere onderwerpen opgemerkt.

Afstammingsrecht

Wat ten eerste relevant is om op te merken is dat door de regeling zoals voorgesteld in het concept in ieder geval 4 verschillende soorten duo-moedergezinnen ontstaan met verschillende rechtsgevolgen voor het kind en de andere betrokkenen.

1. Het gehuwde duo-moedergezin waar gebruik is gemaakt van een onbekende donor (de niet biologische moeder is dan een moeder in de zin van art. 1:198 lid 1 onder b)
2. Het ongehuwde duo-moedergezin dat gebruik heeft gemaakt van een onbekende donor
3. Het duo-moedergezin dat gebruik heeft gemaakt van een bekende donor zonder ouderschapsintenties
4. Het duo-moedergezin dat gebruik heeft gemaakt van een bekende donor met ouderschapsintenties (family life)

In **geval 1** komt het ouderschap van de niet-biologische moeder automatisch tot stand mits er een verklaring van de Stichting donorgegevens wordt overgelegd bij de geboorteaangifte. Dat

[♦] Machteld Vonk is werkzaam als docent/onderzoeker familierecht en rechtsvergelijking aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht. Tevens is zij lid van het Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF).

¹ Aan het concept wetsvoorstel zijn twee rapporten voorafgegaan: het rapport van de Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie, *Rapport Lesbisch Ouderschap*, Ministerie van Justitie, 2007, en van de hand van C. Forder, *Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder*, *Kamerstukken II 2008-2009* bijlage bij 30551, nr. 24.

dit waarschijnlijk ook voor het geregistreerd partnerschap gaat gelden zoals de Minister in een eerdere brief heeft aangegeven, blijkt niet uit het concept zelf.²

In **gevallen 2 en 3** komt het ouderschap van de niet-biologische moeder niet automatisch tot stand, ondanks het feit dat er geen andere partij aanspraak maakt op het ouderschap dan de niet-biologische moeder. In geval 2 komt dit omdat de donor onbekend is en in geval 3 omdat de donor heeft aangegeven geen ouderschapsintenties te hebben. (Bij de prenatale verzoeken tot adoptie is te zien dat rechtbanken ook met een dergelijke donorverklaring genoeg nemen om aan te nemen dat het kind niets meer van de donor te verwachten heeft, tenzij er redenen zijn om dit niet te doen.)

In **geval 4** komt het ouderschap niet van rechtswege tot stand omdat er een bekende donor is die ouderschapsintenties heeft (family life) met wiens 'rechten' rekening gehouden dienen te worden bij de regeling van het ouderschap van de niet-biologische moeder. Dit is uiteindelijk de situatie waarnaar de minister naar aanleiding van het rapport van de Commissie Kalsbeek nader onderzoek heeft gevraagd.³

In de **gevallen 2, 3 en 4** waar het ouderschap van de niet-biologische moeder niet van rechtswege tot stand komt, is erkenning voor de niet-biologische moeder voorgesteld. Zij kan het kind met toestemming van de niet-biologische moeder erkennen. De positie van de donor met ouderschapsintenties wordt veiliggesteld (volgens de Memorie van toelichting) doordat hij vervangende toestemming tot erkenning aan de rechter kan verzoeken. Hierbij wordt ook de rechtspraak van de Hoge Raad meegenomen omtrent de vernietiging van erkenning gedaan door een derde waar de moeder misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid om toestemming aan de derde te geven (Hoge Raad 12 november 2004, *NJ* 2005, 248).

De niet-biologische moeder zelf krijgt *niet* de mogelijkheid om aan de rechter vervangende toestemming tot erkenning te vragen. Waar de geboortemoeder weigert toestemming te

² Bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2007-2008, 30 551, nr. 22, p. 2 maar ook in *Kamerstukken II* 2007-2008, 31200 VI nr. 11. Dit blijkt echter wel uit de vragen en instructies op de site van het Ministerie waar men commentaar op het concept kan indienen.

³ Zie over de eerdere genoemde rapporten: M.J. Vonk, 'Duo-moeders en hun kinderen' In *Actuele ontwikkelingen in het familierecht UCERF reeks 2*, Ars Aequi, 2008 (digitaal beschikbaar via <http://igitur-archive.library.uu.nl/search/search.php>), en M.J. Vonk, 'Lesbisch ouderschap en het afstammingsrecht: een, twee of toch drie ouders?' *FJR* 2009-11. Zie ook J.A. E. van Raak-Kuiper, 'De donor en zijn vaderrol, een roze wolk?' in *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht*, nr. 11, 2008.

geven, staat de niet-biologische moeder met lege handen. Anderzijds kan het moederschap van de meemoeder wel gerechtelijk worden vastgesteld op verzoek van geboortemoeder of kind op grond van het feit dat zij als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (deze regeling geldt nu ook voor de mannelijke instemmende levensgezel). Het vaderschap van de bekende donor met ouderschapsintenties kan daarentegen niet gerechtelijk worden vastgesteld (ook niet door het kind).

Dit alles betekent dat:

1. waar het ouderschap met toestemming van de moeder tot stand komt, zij mag kiezen wie de ouder wordt van haar kind, tegen deze keuze kan alleen de bekende donor met ouderschapsintenties in zeer specifieke omstandigheden in het geweer komen;
2. waar het ouderschap tegen de wil van de moeder of het kind wordt vastgesteld (vervangende toestemming) alleen de bekende donor (de biologische vader) ontvankelijk is;
3. waar moeder of kind verzoekt het ouderschap gerechtelijk te laten vaststellen, ze dat alleen kan doen ten opzichte van de niet-biologische moeder en niet van de bekende donor met ouderschapsintenties.

Hierbij is het wel van belang een onderscheid te maken tussen de gevolgen van het verlenen van toestemming tot erkenning en het verzoeken van gerechtelijke vaststelling van het ouderschap. Erkenning door een niet-biologische ouder kan later worden vernietigd door het kind op grond van het feit dat de ouder niet de biologische ouder is, maar bij een gerechtelijk vastgesteld ouderschap kan dit niet. Als de niet-biologische moeder heeft erkend, kan haar juridisch ouderschap door het kind worden aangetast op grond van het feit dat ze niet de geboortemoeder is, maar is haar ouderschap gerechtelijk vastgesteld dan kan dit niet.

Een ander punt dat niet onopgemerkt mag blijven is dat de bekende donor met ouderschapsintenties wel zelf kan proberen via vervangende toestemming juridisch ouder te worden, maar dat het kind later niet het ouderschap van deze bekende donor met ouderschapsintenties gerechtelijk kan laten vaststellen.

	Verwekker	niet-biologische moeder	bekende donor met <i>family life</i>
--	-----------	-------------------------	--------------------------------------

erkennen met toestemming moeder	Ja	Ja	Ja
vervangende toestemming tot erkenning	Ja	-	Ja
gerechtelijke vaststelling ouderschap	Ja	Ja	-
ontkenning door kind na erkenning	Nee	Ja	Nee
ontkenning door kind na gerechtelijke vaststelling	Nee	Nee	-

In het conceptwetsvoorstel is de juridische positie van de verwekker die niet met de moeder is gehuwd opgesplitst en verdeeld over de niet-biologische moeder en de bekende donor met *family life*. Daarmee krijgt de niet-biologische moeder een positie die gelijk is aan die van de instemmende mannelijk levensgezel en bekende donor *met* krijgt de mogelijkheid vervangende toestemming te verzoeken. De vraag die met name deze laatste mogelijkheid oproept is welke invloed dit recht om ouder te worden heeft op de plichten die een niet-juridische biologische ouder heeft, zoals de plicht tot het betalen van kinderalimentatie waar het kind alleen een moeder heeft (1:394) en de al eerder genoemde vaststelling van het vaderschap. Kortom, is het mogelijk om de bekende donor *met* een rechtsingang te geven om juridisch ouder te worden, zonder dat de andere partijen een rechtsingang krijgen om hem bijvoorbeeld kinderalimentatie te laten betalen (denk bijvoorbeeld aan HR 26 juni 2009, *LJN BH2250*) of om zijn vaderschap gerechtelijk te laten vaststellen?

In al die gevallen waar de partijen geen conflict hebben over wie de juridische ouders van het kind zullen zijn, lijkt het concept genoeg oplossingen bieden, al zou het in die gevallen ook een mogelijkheid zijn als het ouderschap van de niet-biologische moeder van rechtswege tot stand komt wanneer bij de geboorteaangifte een verklaring van de donor wordt overlegd dat hij geen ouderschapsintenties heeft. Of het concept ook voldoende waarborgen voor partijen biedt als er conflicten ontstaan over het ouderschap, is nog maar de vraag. Uiteindelijk krijgt de geboortemoeder veel zeggenschap over wie de tweede ouder wordt van haar kind.⁴

Gezag, kinderalimentatie en afstammingskennis

⁴ Dit wordt ook letterlijk zo gesteld in de Memorie van Toelichting op p.4 'De moeder besluit wie de juridische ouder wordt: de biologische vader of de duomoeder.'

De niet-biologische moeder die juridisch ouder van het kind is geworden krijgt dezelfde rechten met betrekking tot het gezag als de juridische vader nu heeft. Dat betekent: gezag van rechtswege waar de vrouwen een formele relatie zijn aangegaan en de mogelijkheid aantekening te doen in het gezagsregister waar de vrouwen ongehuwd zijn. Daarnaast ontstaat voor de niet-biologische moeder die juridisch ouder is geworden de mogelijkheid om eenzijdig om gezamenlijk gezag te verzoeken waar de moeder hier geen medewerking aan wil verlenen.

Ingevolge het concept wetsvoorstel moet de vrouwelijke instemmende levensgezel ook kinderalimentatie betalen (1:394) als het kind alleen een moeder heeft. Hierbij maakt het niet uit of de niet-biologische moeder juridisch ouder is geworden of dat ze gezag heeft verkregen over het kind. De instemming met de daad die de verwekking tot gevolg kan hebben gehad is het aanknopingspunt. Dat werd tijd!

Er is in het concept *geen* regeling over de toegang tot afstammingsinformatie opgenomen met betrekking tot de kinderen die niet via kunstmatige bevruchting zoals gedefinieerd in de Wet donorgegevens zijn verwekt, maar via zelf- inseminatie met zaad van een al dan niet bekende donor. Op verzoek van de minister is in het rapport *Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder* uitgebreid op deze materie ingegaan, maar kennelijk is het de wetgever niet gelukt de gedane aanbevelingen in een regeling om te zetten.⁵

Kanttekeningen bij het wetsvoorstel

Het conceptwetsvoorstel vormt een grote stap in de richting van een wettelijke regeling van de juridische positie van kinderen die binnen een relatie van twee vrouwen worden geboren. Er zijn echter bij het concept nog wel een aantal kanttekening te plaatsen die hopelijk tijdens de verdere gang van het (concept)wetsvoorstel aan de orde zullen komen.

(1) Ten eerste moet wat mij betreft het kind de mogelijkheid krijgen het juridische vaderschap van de bekende donor met *family life* gerechtelijk vast te laten stellen, gezien het feit dat deze donor ook om vervangende toestemming tot erkenning kan verzoeken.

(2) Ten tweede is het van belang om te bedenken dat volgens het conceptwetsvoorstel het ouderschap van de niet-biologische moeder niet van rechtswege tot stand komt wanneer een *ongehuwd* lesbisch paar gebruik heeft gemaakt van een *onbekende* donor. De niet-biologische

⁵ Kamerstukken II 2007-2008, 30 551, nr. 22, p. 2. In het eerder genoemde rapport *Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder* is uitgebreid op het recht op afstammingskennis van het kind ingegaan.

moeder kan alleen met medewerking van de moeder juridisch ouder worden (via erkenning met toestemming of gerechtelijke vaststelling ouderschap), maar ze kan zelf geen vervangende toestemming vragen. Anderszijds kan het kind het ouderschap van de niet-biologische moeder wel gerechtelijk laten vaststellen.

(3) Ten derde geldt het juridisch ouderschap van rechtswege bij gebruik van een onbekende donor ingevolge het concept wetsvoorstel alleen voor de *gehuwde* niet-biologische moeder. Op de website van het Ministerie wordt echter aangegeven dat het de bedoeling is dat deze regeling ook gaat gelden voor het niet-biologische moeder die een geregistreerd partnerschap met de geboortemoeder is aangegaan.

(4) Ten vierde is er geen enkele regeling opgenomen omtrent het recht op afstammingskennis van het kind in geval er gebruik is gemaakt van een bekende donor.

(5) Ten vijfde wordt aantasting van het moederschap mogelijk van de moeder die niet de geboortemoeder is (natuurlijk met de bekende termijn en overige vereisten). Maar wat gebeurt er als niet de geboortemoeder maar de andere vrouw de genetische moeder is van het kind, omdat zij de eikel heeft geleverd waarmee de geboortemoeder zwanger is geworden? Dan kan alleen het moederschap van de geboortemoeder *niet* worden ontkend maar dat van de genetische moeder wel. Volgens de Memorie van toelichting zou er anders een onaantastbaar moederschap voor de genetische moeder worden geschapen.⁶ Is dat zo'n groot probleem?

(6) Een zesde en laatste kanttekening is van meer technische aard. Het betreft het verbod neergelegd in art. 1:204 lid onder e om een kind buiten het huwelijk te erkennen wanneer er geen sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking tussen het kind of de moeder en de erkener. Dit verbod wordt blijkens het concept ook van toepassing op een huwelijk tussen twee vrouwen, terwijl het niet expliciet van toepassing is op een huwelijk tussen twee mannen. Wat de bedoeling is van dit verbod voor twee vrouwen, blijkt niet uit de Memorie van Toelichting. Misschien heeft het te maken met perikelen rond draagmoederschap?

Al met al is het een goede zaak dat er duidelijkheid komt over de positie van kinderen die binnen een relatie van twee vrouwen worden geboren, zodat ook deze kinderen zo snel mogelijk na hun geboorte in familierechtelijke betrekking komen te staan tot degenen die volgens het recht hun ouders zijn. Dat de belangen van de bekende donor met ouderschapsintenties daarbij een rol spelen, is zoals blijkt uit het rapport *Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder* in overeenstemming met artikel 8 EVRM. Maar of de

⁶ Memorie van Toelichting, p. 7.

belangen van de verschillende partijen voldoende tot hun recht komen in het concept, daar ben ik nog niet van overtuigd.