

Over vaders, seks en afstamming: het afstammingsrecht voor verwekkers kritisch beschouwd

Wendy Schrama*

In deze bijdrage wordt ingegaan op de rechtspositie van vaders die geen formele relatie met de moeder van het kind hebben. Een vergelijking van de uiteenlopende situaties laat zien dat er grote verschillen bestaan tussen de rechtsposities van biologische vaders en hun kinderen. Gelet op maatschappelijke en medische ontwikkelingen lijkt de tijd op een aantal punten rijp voor een heroverweging van het afstammingsrecht.



1 Inleiding

In een rode draad over recht en seksualiteit verdient het afstammingsrecht een plaats. Er zijn namelijk verschillende ontwikkelingen, die hierna

kort geschetst worden, die de druk op het afstammingsrecht hebben vergroot. Een van die tendensen is dat seks en voortplanting in de afgelopen decennia losser van elkaar zijn komen te staan; daarmee worden nieuwe vragen aan het afstammingsrecht gesteld. Hoe het afstammingsrecht, gelet op de snelle maatschappelijke en medische ontwikkelingen, ingericht zou kunnen worden, wordt momenteel onderzocht door de Staatscommissie Herijking Ouderschap.¹ Dat is een breed samengestelde commissie waarin deskundigen uit verschillende disciplines nadenken over de vraag hoe we (juridisch) kunnen omgaan met draagmoederschap, meerouderschap en meeroudergezag. De Commissie zal in het voorjaar van 2016 rapporteren. Een van de onderwerpen

waar de Staatscommissie zich over zal moeten buigen is de vraag naar de grondslagen van het afstammingsrecht, waarbij de verhouding tussen biologie en afstamming een centrale rol speelt. Eén onderdeel van deze vraag staat centraal in deze bijdrage, namelijk de rechtspositie van de biologische vader. Dat is een interessant vraagstuk, omdat biologisch ouderschap van vaders, anders dan voor moeders, lang niet altijd tot juridisch ouderschap leidt, ook niet als de biologische vader wel vader zou willen worden. In het licht van de maatschappelijke en juridische ontwikkelingen (zie hierna onder § 2), rijst de vraag of het afstammingsrecht niet meer gewicht toe zou moeten kennen aan verwekkerschap. Om die vraag te beantwoorden, wordt eerst een schets van die ontwikkelingen gegeven. Daarna wordt kort ingegaan op de begrippen verwekker, donor en biologische vader (§ 3). Vervolgens wordt de rechtspositie van de ouders onder de loep genomen: te beginnen met die van de moeder. Het afstammingsrecht kent voor de geboortemoeder maar één model. Op de vraag of herziening van dat ene model nodig is wordt in § 4 zeer kort ingegaan. In

* Prof. mr. W.M. Schrama is bijzonder hoogleraar personen-, familie- en jeugdrecht aan de RuG en universitair hoofddocent familierecht bij UCERF, Universiteit Utrecht.

¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33863, 2. Zie voor de leden in de commissie: www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2015/04/13/staatscommissie-herijking-ouderschap.

de volgende paragraaf komt de positie van verwekkers aan de orde: de verwekker die een kind krijgt met de vrouw met wie hij gehuwd is (§ 5.1), met een vrouw die met een andere man gehuwd is (§ 5.2) en met een vrouw die niet gehuwd is (§ 5.3). Daarbij worden middels een vergelijking van de verschillende situaties enkele pijnpunten in het bestaande afstammingsrecht aangestipt. Het geheel wordt besloten met een vergelijking en conclusie met enkele suggesties tot aanpassing van het recht (§ 6).

In het licht van de maatschappelijke en juridische ontwikkelingen rijst de vraag of het afstammingsrecht niet meer gewicht toe zou moeten kennen aan verwekkerschap

2 Ontwikkelingen in het afstammingsrecht

Verschillende ontwikkelingen hebben het afstammingsrecht, dat regelt wie door afstamming de juridische ouders van een kind zijn, in de afgelopen vijftig jaar onder druk gezet. Het afstammingsrecht was sterk gebaseerd op het huwelijksmodel van een vrouw en een man, die van rechtswege de ouders van het kind waren. In de maatschappelijke opvattingen uit de jaren vijftig was het huwelijk het enige domein voor voortplanting en seks. Kinderen geboren buiten huwelijk werden lange tijd door het recht behoorlijk achtergesteld ten opzichte van kinderen geboren uit een huwelijk.² Voor kinderen geboren uit overspelige of incestueuze relaties was het recht nog harder.³ Het afstammingsrecht had dus een belangrijke rol bij het handhaven van de gangbare morele opvattingen.⁴

Door maatschappelijke ontwikkelingen werd de monopoliepositie van het huwelijk echter langzaam aangetast. Met het befaamde *Marckx*-arrest⁵ van het EHRM in 1979 werd duidelijk dat onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen niet meer door de beugel kon. Ook veranderde de positie tussen kinderen en ouders door de decennia heen. Vóór de vrije beschikbaarheid en maatschappelijke acceptatie van anticonceptie was kinderen krijgen een andere zaak dan nu. De dalende kindertallen in slechts twee generaties spreken in dit opzicht boekdelen.⁶ Door de grotere rol die de overheid als verzorgingsstaat is gaan spelen, is de noodzaak voor burgers om

private verantwoordelijkheid te nemen voor zichzelf en hun familie kleiner geworden. Waren kinderen decennia geleden nog een voorziening voor de oude dag van de ouders, nu hebben kinderen een andere rol en andere rechten, zoals die onder meer zijn vastgelegd in het Kinderrechtenverdrag.⁷ Het krijgen van kinderen is nu een kwestie van vrije keuze en daarmee is de status van kinderen voor hun ouders veranderd. Ongewenste kinderloosheid heeft geleid tot een zoektocht naar alternatieven om toch een eigen kind te krijgen. Adoptie van kinderen die zijn afgestaan door hun eigen ouders is daarbij minder belangrijk geworden dan een paar decennia terug, maar internationaal draagmoederschap, waarbij het kind op verzoek van de wensouders wordt geboren, heeft daarentegen een vlucht genomen.⁸ Er is een wereldwijde markt tot ontwikkeling gekomen voor gameten (eicellen en zaadcellen) en voor draagmoederschap. Tot slot heeft de sterke nadruk op gelijkheid van ouders van verschillend en gelijk geslacht een belangrijke rol gespeeld in de recente ontwikkelingen in het familierecht.⁹

Tegenwoordig is in het afstammingsrecht meer en meer de nadruk komen te liggen op de vraag wie de ouders van een kind *mogen* zijn

Kortom: het afstammingsrecht was een manier om vast te stellen wie in het private domein financieel en door zorg voor elkaar verantwoordelijk waren en het afstammingsrecht deed er veel aan het huwelijksmodel met stip op nummer een te houden. Tegenwoordig is in het afstammingsrecht meer en meer de nadruk komen te liggen op de vraag wie de ouders van een kind *mogen* zijn. Daarbij is van belang om geen onderscheid tussen soorten ouders te maken. Het accent is daarmee impliciet verschoven van plichten van ouders naar rechten: wie heeft toegang tot het worden van ouder van een kind? Een van de grote vragen daarbij is wat de rol van biologie is en zou moeten zijn. Van oorsprong stonden seks, biologie en afstamming op één lijn. In een tijd waarin seks niet meer nodig is om kinderen te krijgen, waarin donoren gameten ter beschikking stellen zonder dat ze ouder willen worden, waarin het DNA van drie ouders gebruikt kan worden om een kind op de wereld te zetten, wat is dan de rol van biologie in het afstammingsrecht? Deze vraag

- 2 Zie de oude druk van de Asser uit 1998, J. de Boer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 1998, nr. 689 e.v. waarin het onderscheid naar het tot 1998 geldende recht tussen wettige en natuurlijke kinderen weliswaar lang niet meer zo groot was als daarvoor, maar nog steeds niet was verdwenen. In het erfrecht bestonden bijvoorbeeld belangrijke verschillen. Zie verder J. de Boer, *Now, gods, stand up for bastards!*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
- 3 Asser/De Boer 1998, nr. 689.
- 4 Asser/De Boer 1998, nr. 690.
- 5 EHRM 13 juni 1979, 6833/74 (*Marckx v. België*).
- 6 Van 3 kinderen per vrouw in 1950 tot 1,7 in 2014: CBS <http://statline.cbs.nl/>, zoek op 'geboorte; kerncijfers'.
- 7 Zie J. Noordman & H. van Setten, 'De ontwikkeling van de ouder/kind-verhouding in het gezin', in: H. Peeters, L. Dresden-Coenders & T. Brandenburg (red.), *Liefde, huwelijk en opvoeding in Nederland*, Nijmegen: SUN 1988, p. 140-162, hier op p. 141. Vgl. S. Bogaerts, *Gezinnen uitgedaagd. Thema's uit de gezinssociologie*, Antwerpen/Apeldoorn: Garant 1997, p. 41-42.
- 8 Rond de 1300 adopties in 2000 tot 500 in 2014. Zie A. Sprangers & W. Vissers, 'Aantal adopties sinds jaren zestig niet meer zo laag', *Webmagazine CBS* 20 juni 2012.
- 9 W.M. Schrama, 'Een vierde trede in het familierecht? Een blik in het verleden en op de toekomst van het Nederlandse familierecht', in: K. Boele-Woelki (red.), *Actuele ontwikkelingen in het familierecht* (UCERF-reeks 3), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 69-91.

rijst in een periode waarin in de biomedische wetenschap enorme stappen worden gezet in het ontrafelen van het menselijk DNA en beter inzichtelijk wordt in welke mate biologie belangrijk is. Hierdoor wint het in artikel 7 en 8 Verdrag voor de Rechten van het Kind en artikel 8 EVRM beschermde recht te weten van wie je afstamt aan belang. Ook zou het (afstammings)recht rekening moeten houden met het feit dat het hierdoor nu en in de toekomst moeilijker zal zijn om de biologische waarheid voor kinderen verborgen te houden.

Een definitie van de term verwekker wordt in de wet niet gegeven, maar uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit de man is die het kind 'samen met de moeder op natuurlijke wijze heeft doen ontstaan'

3 Begrippen verwekker en biologische vader

Seks speelt een rol in het Nederlandse afstammingsrecht, al komt het woord seks niet voor in Boek 1 BW. In het afstammingsrecht is namelijk sprake van enigszins verhullend taalgebruik. Een definitie van de term verwekker wordt in de wet niet gegeven, maar uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit de man is die het kind 'samen met de moeder op natuurlijke wijze heeft doen ontstaan'.¹⁰ Dat is het equivalent van geslachtsgemeenschap hebben gehad. Naast verwekkers kent het afstammingsrecht de term biologische vaders. Daarbinnen vallen alle biologische vaders, zowel verwekkers als donoren. De laatste groep heeft wel gameten ter beschikking gesteld, maar heeft geen geslachtsgemeenschap met de moeder gehad. Voor verwekkers gelden andere regels dan voor donoren. Als een vrouw met sperma van haar eigen man bevrucht wordt via kunstmatige inseminatie, dan beschouwt het afstammingsrecht de echtgenoot niet als de verwekker, maar als een donor, die tevens de instemmende levensgezel van de moeder is.¹¹ De wetgever veronderstelt dat donoren doorgaans geen sociale en juridische vader willen worden.¹² Daarom kan het vaderschap van een donor bijvoorbeeld niet gerechtelijk worden vastgesteld en is een donor niet onderhoudsplichtig jegens het kind. In deze bijdrage gaat het alleen om verwekkers;

als hierna het begrip biologische vader wordt gebruikt worden daarmee dus alleen de verwekkers bedoeld.¹³

4 Moeders

De geboorte van een kind (na seks of zonder) is voor de man en vrouw niet zonder juridische gevolgen. De ouders hebben procreatieve verantwoordelijkheid voor het kind.¹⁴ Er gelden echter niet dezelfde regels voor vrouwen en mannen. De moeder die het kind baart is door de geboorte van rechtswege de juridische moeder van het kind:¹⁵ zij heeft de plicht en het recht voor het kind te zorgen. Het is hierbij irrelevant of ze al dan niet seks gehad heeft: ook als het kind via een medische techniek is ontstaan, is de vrouw de moeder van het kind. Van oudsher heeft de aanknopng van het moederschap bij de geboorte een grote vanzelfsprekendheid; de moeder is degene die seks heeft gehad en biologisch daarmee dus de genetische moeder is. Met de komst van nieuwe medische technieken en draagmoederschap wordt enige druk op deze regel gezet: niet altijd is deze moeder de vrouw die de eicel heeft geleverd en niet altijd is het de bedoeling dat de geboortemoeder de juridische moeder is. Dat neemt niet weg dat de aanknopng van het juridisch moederschap aan de geboorte van het kind voor de overgrote meerderheid van de gevallen goed werkt. Op het totale aantal geboortes bezien is zowel het aantal eiceldonaties¹⁶ als het aantal draagmoeders namelijk zeer klein.

De rechtspositie van een man die geen formele relatie met de moeder heeft, wijkt af van die van de met de moeder gehuwde vaders. Daarbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen zijn rechten en plichten

5 Vaders

5.1 Vaders die een kind krijgen met hun echtgenote

De rechtspositie van de man is bepaald minder rechtlijnig en sterk afhankelijk van zijn juridische relatie met de moeder. De rechtspositie van vaders die een kind krijgen met hun echtgenote is helder: deze man is van rechtswege de juridische vader.¹⁷ Hetzelfde geldt als

10 *Kamerstukken II 1997/98*, 24649, 3, p. 8.

11 Deze man wordt van rechtswege vader van het huwelijk met de moeder (art. 1:199 onder a BW).

12 Zie voor een uitzondering art. 1:204 lid 3 BW, waar een donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, een verzoek tot vervangende toestemming tot erkenning kan doen.

13 Donoren en instemmende levensgezellen blijven buiten beschouwing.

14 Term ontleend aan M. Vonk, *Children and their parents*, Antwerpen: Intersentia 2007.

15 Art. 1:198 lid 1 onder a BW. Zij heeft ook van rechtswege het eenhoofdig gezag: art. 1:253b BW.

16 In 2013 werden ruim 171.000 kinderen geboren. In dat jaar zijn 43 eiceldonaties geregistreerd bij de Stichting Donorgegevens Kunstmatige Bevruchting en 12 gevallen van embryodonatie. Niet bekend is hoeveel vrouwen in een buitenlandse kliniek op deze wijzen een kind krijgen, maar wel bekend is dat het aantal vrouwen dat in het buitenland een behandeling ondergaat en van een Nederlandse arts begeleiding in het traject krijgt, klein is: I. van der Meer-Noort, J.A.M. Kremer, A.Th. Alberda, A. Verhoeff & M.H.A. van Hooff, 'Cross border reproductive care; gebruik van eiceldonatie in het buitenland door Nederlandse vrouwen', *Nederlands tijdschrift voor Obstetrie & Gynaecologie*, vol. 124, april 2011, p. 99: tussen de 85 en 300 keer per jaar. In totaal zou dit minder dan 0,5 procent van alle kinderen betreffen.

17 Art. 1:199 sub a BW.

de vader en moeder een geregistreerd partnerschap hebben. Deze regel werkt doorgaans prima: verondersteld mag worden dat deze man de biologische vader van het kind is, die ook voor het kind zal gaan zorgen. Het ligt voor de hand om hem automatisch juridisch vader te maken.¹⁸

In de gevallen waarin de moeder buitenhuwelijkse seks heeft gehad, doet zich een lastige situatie voor: wie moet het afstammingsrecht vader maken?

5.2 Vaders die een kind krijgen met een moeder die gehuwd is met een andere man

De rechtspositie van een man die geen formele relatie¹⁹ met de moeder heeft, wijkt af van die van de met de moeder gehuwde vaders. Daarbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen zijn rechten en plichten. Aan de kant van de plichten geldt een duidelijke regeling. De verwekker is, als het kind geen tweede ouder heeft, in de eerste plaats alimentatieplichtig ten opzichte van het kind,²⁰ ongeacht of hij juridisch vader is of wordt. Het enkele verwekkerschap is daarvoor voldoende. Ook kan zijn vaderschap gerechtelijk worden vastgesteld tegen zijn wil; het verwekkerschap is daarvoor de grondslag.²¹ Op die manier wordt vorm gegeven aan de procreatieve verantwoordelijkheid en wordt het belang van het kind gediend. Het initiatief voor deze stappen ligt in eerste instantie bij de moeder. Aan de kant van de rechten van de verwekker is de situatie minder eenduidig. De verwekker is niet van rechtswege de vader van het kind. Zijn rechtspositie is sterk afhankelijk van de feitelijke situatie. Doorslaggevend is daarbij of de moeder ten tijde van de geboorte van het kind gehuwd is²² met een andere man. Haar echtgenoot wordt dan namelijk van rechtswege vader van het kind, ook al is hij niet de biologische vader.²³ De positie van de verwekker die in dat geval vader wil worden, is zeer ongunstig. Hij heeft namelijk geen eigen rechtsingang om een verzoek tot ontkenning van het vaderschap van de echtgenoot in te dienen.²⁴ Het kind zelf, en slechts in beperkte mate de moeder en de juridische vader, kunnen bij de rechter een verzoek indienen tot ontkenning, maar de verwekker is afhankelijk van het initiatief van anderen. Hij kan namelijk niet zelf een verzoek indienen bij de rechtbank en moet dus afwachten of een van de andere betrokkenen dat wel zal gaan doen.

In deze gevallen waarin de moeder buitenhuwelijkse seks heeft gehad, doet zich een lastige situatie voor: wie moet het afstammingsrecht vader maken? De sociale vader (dus de echtgenoot, die voor het kind gaat zorgen) of de biologische vader? Bij de herziening van Boek 1 BW dat in 1970 inwerking trad, waren de maatschappelijke omstandigheden anders dan nu. Er bestond bijvoorbeeld nog geen eenvoudig toegankelijke DNA-test, zodat niet kon worden aangetoond wie de echte vader was. Als de moeder (of het gehuwde paar) haar mond dicht hield, werd vermoedelijk niet eens duidelijk wat er aan de hand was. Daarnaast berustte er in het verleden een groter taboe op overspel en was minder goed denkbaar dat er aan het ideale huwelijksbeeld gemorreld werd. Kinderen uit overspel hadden in rechte een achtergestelde positie. Tegenwoordig ligt deze afweging om verschillende redenen anders. Daarom is het de vraag of het afstammingsrecht niet meer mogelijkheden moet geven aan de verwekker om juridisch vader van het kind te worden, ook als de moeder gehuwd is met de juridische, niet-biologische vader van het kind. Het toenemende belang dat in het recht wordt gehecht aan het recht te weten van wie een kind afstamt, is daarbij ook een argument. Daarbij komt dat we nu nog niet kunnen overzien welke ontwikkelingen zich op medisch en maatschappelijk vlak gaan voordoen, maar waarschijnlijk wordt kennis van de eigen biologische herkomst alleen maar belangrijker. Om deze redenen vind ik het van belang dat de verwekker die aantoonde de biologische vader van het kind te zijn, een eigen rechtsingang krijgt om het vaderschap van de echtgenoot van de moeder aan te tasten. Of de rechter dat vervolgens zou moeten toewijzen en naar welke maatstaf, is een tweede. Daarbij speelt een rol dat ik het onderscheid tussen verwekkers die met een gehuwde en die met een niet-gehuwde vrouw een kind krijgen (zie hierna § 5.3) niet meer verdedigbaar vind.

Ik vind het onderscheid tussen verwekkers die met een gehuwde en die met een niet-gehuwde vrouw een kind krijgen niet meer verdedigbaar

Overigens wordt hierover ook anders gedacht. De Boer merkte in 2010 op dat het terecht is, als er contact is tussen de juridische vader en het kind, dat diens vaderschap niet

18 De vraag of een niet-biologische vader van zijn huwelijkse vaderschap af kan komen, blijft hier buiten beschouwing.

19 Huwelijk of geregistreerd partnerschap.

20 Art. 1:394 BW.

21 Art. 1:207 BW.

22 Of een geregistreerd partnerschap heeft.

23 Art. 1:199 onder a BW.

24 Art. 1:202 BW.

aantastbaar is door de verwekker. De integriteit en de rust van het gezin prevaleren zijn inziens.²⁵ Dit is ook de heersende lijn in de rechtspraak van het EHRM.²⁶ In verschillende zaken is door biologische vaders bij het EHRM aangekaart dat het nationale recht een inbreuk maakt op artikel 8 EVRM (zowel (*intended*) *family life* als *private life*) door de onmogelijkheid om juridisch vader te worden als de moeder gehuwd is met een andere man. Deze klachten leidden niet tot het gewenste resultaat: het bestaande gezinsleven heeft internationaal een streepje voor op een op voorhand al over twee 'gezinnen' gedeelde ouder-kind relatie.²⁷ Bedacht moet daarbij echter wel worden dat uit de rechtspraak van het EHRM het recht voortvloeit van de biologische vader²⁸ om een verzoek tot contact met het kind in te dienen; de rechter dient daarbij op een verantwoorde wijze, met oog voor het belang van het kind, een afweging van de belangen te maken.²⁹ Dat betekent dat het bestaande gezinsleven sowieso onder druk kan worden gezet en dat de kans aanwezig is dat de biologische vader een omgangsrecht krijgt. Daarbij staat in beginsel het omgangsrecht voorop en kan omgang slechts ontzegd worden op een van de gronden uit artikel 1:377a BW.³⁰ Met andere woorden: het argument dat de integriteit en rust van het gezin gevaar lopen, is geen reden om de biologische vader geen mogelijkheid te geven een verzoek in te dienen tot ontkenning van het vaderschap van de echtgenoot.

Het argument dat de integriteit en rust van het gezin gevaar lopen, is geen reden om de biologische vader geen mogelijkheid te geven een verzoek in te dienen tot ontkenning van het vaderschap van de echtgenoot

5.3 Vaders die een kind krijgen met een ongehuwde moeder

Als de moeder geen formele relatie met een andere man heeft, ligt de situatie anders. In dat geval is er namelijk geen vaderschap van rechtswege voor een andere man dan de verwekker. Er moet met andere woorden eerst actie ondernomen worden om vaderschap te laten ontstaan. Het recht heeft minder aanknopingspunten om van rechtswege te

veronderstellen dat de ongehuwde man de vader van het kind zal zijn. Erkenning kan plaatsvinden voor of na de geboorte van het kind. Pas vanaf de erkenning bestaat een familierechtelijke betrekking tussen de vader en het kind. Een belangrijke voorwaarde voor de erkenning van een kind onder de zestien jaar is de voorafgaande, schriftelijke toestemming van de moeder.³¹ In de praktijk wordt het overgrote meerderheid van de kinderen die buiten huwelijk worden geboren, binnen twee jaar na hun geboorte erkend.³² In een klein deel van de gevallen leidt het huidige afstammingsrecht wel tot problemen, met name na een scheiding van de ouders. Heeft de vader het kind op dat moment nog niet erkend, dan zal de moeder regelmatig niet de vereiste toestemming geven voor erkenning. De verwekker kan dan vervangende toestemming vragen aan de rechter. Een analyse van deze rechtspraak laat zien dat de rechter doorgaans vervangende toestemming voor erkenning geeft.³³ De verhouding tussen de vader en de moeder zal er door het conflict echter niet beter op geworden zijn. Om die reden is het mijns inziens te overwegen om de man die geboorteaangifte doet en die op dat moment op hetzelfde adres als de moeder in de Basisregistratie Personen (BRP) ingeschreven staat van rechtswege vader te laten zijn.

Te onderscheiden van deze situatie is het geval waarin de moeder snel in actie komt door een andere man toestemming te geven het kind te erkennen en/of de verwekker weinig stappen zet, maar uiteindelijk toch vader wil worden. In dat geval kan sprake zijn van concurrerende aanspraken op vaderschap van de nieuwe partner van de moeder en van de verwekker, die biologische vader is.

Het is mijns inziens te overwegen om de man die geboorteaangifte doet en die op dat moment op hetzelfde adres als de moeder in de Basisregistratie Personen ingeschreven staat van rechtswege vader te laten zijn

Is de verwekker de eerste die aangeeft dat hij het kind wil erkennen, dan maakt hij een goede kans om vader van het kind te worden. In het geval een andere man het kind heeft erkend, heeft de Hoge Raad bepaald dat indien de verwekker niet of niet tijdig

25 J. de Boer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 702.

26 EHRM 29 juni 1999, 27110/95 (*Nylund t. Finland*); EHRM 21 december 2010, 3465/03 (*Chavdarov t. Bulgarije*). Vgl. M. Vonk, 'Weten, kennen en erkennen: kinderen van ouders die niet samen zijn', *NJCM-Bulletin* 2013, afl. 4, p. 515-530.

27 Zie ook Vonk 2013, p. 523-526.

28 Aan de band met het kind kunnen in het kader van art. 8 EVRM, zoals Wortmann opmerkt in de annotatie bij EHRM 21 december 2010, 20578/07 (*Anayo t. Duitsland*), *NJ* 2011/508, slechts minimale eisen worden gesteld aan de bijkomende omstandigheden. Het kan daarbij gaan om *intended family life*, *family life of private life*.

29 EHRM 21 december 2010, 20578/07 (*Anayo t. Duitsland*); EHRM 15 september 2011, 7080/07 (*Schneider t. Duitsland*); EHRM 22 maart 2012, 45071/09 (*Ahrens t. Duitsland*).

30 Opvallend is dat er, anders dan blijkt uit de EHRM rechtspraak over de Duitse zaken, weinig omgangs zaken worden geïnitieerd door verwekkers die een relatie met een gehuwde vrouw gehad hebben. Wellicht weten deze vaders niet dat ze de biologische vader van het kind zijn. Er zijn, en dat is ook logisch, veel meer zaken waarin een verwekker een tijd een relatie gehad heeft met een vrouw waaruit een kind wordt geboren (dus zonder dat van overspel sprake was); deze mannen weten dus ook dat het kind waarschijnlijk hun kind is en kunnen vervolgens om erkenning en omgang verzoeken.

31 Art. 1:204 lid 3 BW.

32 A.H. Sprangers, W.T. Vissers & J. de Winter, 'Kinderen van niet gehuwde ouders vaker erkend', *CBS Webmagazine* 5 november 2012. 7% van de kinderen geboren in 2012 was na twee jaar nog niet erkend.

33 W.M. Schrama, 'Vervangende toestemming voor erkenning: een analyse van recente rechtspraak', *FJR* 2015, afl. 9, p. 176-181.

om vervangende toestemming heeft kunnen vragen, de maatstaf is of de moeder, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen de belangen van de verwekker bij erkenning en de daartegenover staande belangen van de moeder – telkens in verband met de belangen van het kind – in redelijkheid tot het verlenen van toestemming aan de andere man heeft kunnen komen (de ‘minder strikte maatstaf’).³⁴ Vanaf het moment dat de verwekker aan de moeder kenbaar heeft gemaakt dat hij het kind wil erkennen, kan de moeder slechts voorwaardelijke toestemming aan een andere man geven om het kind te erkennen. In een recente uitspraak heeft de Hoge Raad bepaald dat het daarbij niet alleen gaat om het indienen van een verzoekschrift bij de rechtbank door de verwekker, maar dat voldoende is dat de advocaat van de vader door een brief aan de moeder heeft verzocht om toestemming voor de erkenning.³⁵ Ook in dat geval kan de moeder slechts voorwaardelijke toestemming aan een andere man geven tot erkenning van het kind.

Heeft een andere man het kind eerst erkend, en bedenkt de verwekker daarna pas dat hij vader wil worden, dan is hij in de regel te laat. Dit volgt niet uit de wet, maar uit rechtspraak van de Hoge Raad.³⁶ Een verwekker die vervangende toestemming tot erkenning heeft kunnen vragen, maar dat heeft nagelaten, kan de erkenning die met toestemming van de moeder is gedaan alleen aantasten met een beroep op misbruik van bevoegdheid. De lat hiervoor ligt hoog: de door de moeder aan een andere man gegeven toestemming tot erkenning is in dat geval gegeven met slechts het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden (de zogenoemde ‘strikte maatstaf’). Doorgaans heeft ze echter te respecteren belangen, zoals het belang om de rol van de sociale vader te formaliseren. De Hoge Raad heeft recent de kans gekregen zich hierover uit te spreken.³⁷ In een zaak waarin een getrouwde man in 2010 een kind kreeg met een andere vrouw dan zijn echtgenote, geeft de vrouw twee jaar na de geboorte toestemming aan een andere man, met wie ze inmiddels samenwoont, om haar kind te erkennen. Het hof had de strikte maatstaf toegepast en concludeert dat de vrouw misbruik van haar bevoegdheid gemaakt heeft. De Hoge Raad oordeelt echter dat het hof ten onrechte niet heeft meegewogen dat de moeder op deze manier de toen al enige tijd bestaande gezinssituatie wilde bevestigen en de belangen van het kind zo wilde behartigen. Kortom: van misbruik zal niet snel sprake

zijn. De kans dat een dergelijke uitkomst in strijd zou zijn met artikel 8 EVRM, zoals die bepaling in de rechtspraak van het EHRM gestalte krijgt, is klein.³⁸

6 Vergelijking en conclusie

Als we de positie van mannen en vrouwen vergelijken op basis van bovenstaande informatie, blijkt dat de gevolgen die het afstammingsrecht aan biologisch ouderschap door seks verbindt, behoorlijk verschillend zijn voor moeders en vaders. Moeders worden altijd juridisch ouder en vaders niet. Dit onderscheid is verklaarbaar door biologische verschillen: door de geboorte is helder dat de vrouw de moeder is, terwijl de geboorte geen objectieve feiten prijsgeeft over het vaderschap. Daar kan het recht weinig aan veranderen.

De vergelijking van de rechtspositie van vaders onderling roept echter vragen op. Geruststellend is evenwel dat de vergelijking laat zien dat het afstammingsrecht voor de meeste vaders en kinderen het doel bereikt: de biologische vader, die doorgaans ook vaak de sociale vader van het kind is, wordt juridische vader van het kind. Dit geldt voor de mannen die met de moeder gehuwd zijn en voor het grootste deel van de mannen die ongehuwd samenwonen met de moeder. De positie van de vader die met zijn gehuwde vrouw een kind krijgt, is goed; de aanknopng aan het huwelijk werkt doorgaans naar behoren.

Hoewel de positie van de mannen die met een ongehuwde vrouw een kind krijgen, in de regel goed is, is naar mijn mening toch verbetering denkbaar

Concluderend merk ik op dat, hoewel de positie van de mannen die met een ongehuwde vrouw een kind krijgen, in de regel goed is, naar mijn mening toch verbetering denkbaar is: het uitbreiden van de vaderschapspresumptie tot de mannen die geboorteaangifte van hun kind doen, mits zij op hetzelfde woonadres geregistreerd zijn als de moeder in de BRP, kan bijdragen aan verlaging van het conflictpotentieel tussen ouders.

De vergelijking levert daarnaast het inzicht op dat de rechtspositie van de vaders die een kind met een gehuwde vrouw krijgen, relatief slecht is. Er is sprake van een onbalans tussen de rechten en de plichten van deze

34 HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7386, NJ 2005/248 m.nt. J. de Boer.

35 HR 30 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3196.

36 HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7386, NJ 2005/248 m.nt. J. de Boer.

37 HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3244.

38 EHRM 22 maart 2012, 23338/09 (*Kautzor t. Duitsland*) EHRM 22 maart 2012, 45071/09 (*Ahrens t. Duitsland*). De uitzondering is EHRM 18 juni 2006 (*Rózański t. Polen*) waar wel een schending wordt aangenomen.

vaders, die wel gedwongen kunnen worden vader te worden en mogelijk alimentatieplichtig zijn, maar geen rechtsingang hebben om zelf vader te mogen worden. Hij heeft immers geen rechtsingang om het vaderschap van de echtgenoot van de moeder aan te tasten.

Niet langer zien we het als taak van het afstammingsrecht om de huwelijkse moraal hoog te houden; eerder is de taak van het afstammingsrecht geen ongerechtvaardigd onderscheid tussen typen ouders te maken

Dit brengt mij tot de conclusie dat aanpassing van het afstammingsrecht op dit punt wenselijk is. De grote maatschappelijke veranderingen laten een andere benadering toe. Niet langer zien we het als taak van het afstammingsrecht om de huwelijkse moraal hoog te houden; eerder is de taak van het afstammingsrecht geen ongerechtvaardigd onderscheid tussen typen ouders te maken. Doorgaans overschrijdt het huidige afstammingsrecht de grens van artikel 8 EVRM niet, maar dat neemt niet weg dat we ons kritisch moeten afvragen of het recht nog bij deze tijd past. Het verschil tussen mannen die een kind krijgen met een gehuwde vrouw en een niet-gehuwde vrouw is discutabel. Het is een toevallige factor of de verwekker seks heeft en een kind krijgt met een vrouw die met een

ander getrouwd is of die met een ander ongehuwd samenwoont; dat daaraan zulke grote rechtsgevolgen verbonden zijn, vind ik in deze tijd niet meer uit te leggen, ook niet naar het kind toe. Het afstammingsrecht dient in deze gevallen wat mij betreft zoveel mogelijk de feiten te weerspiegelen, ook als die feiten niet het ideale gezinsplaatje reflecteren. Afstamming gebaseerd op biologie, is een levenslange, bijna niet te verbreken band; hetgeen niet geldt voor de relatie van de moeder met een nieuwe partner. Het recht van het kind te weten van wie het afstamt en het toenemende belang van kennis over je eigen DNA en dat van je ouders moeten daarbij als argumenten worden opgeteld. Dat het huwelijkse gezin niet bestand zou zijn tegen gedeeld ouderschap lijkt, gelet op het grote aantal gezinnen met gesplitst ouderschap, evenmin steekhoudend. Van betekenis daarbij is dat het EHRM benadrukt dat het belang van kinderen bij omgang met de verwekker niet lichtzinnig aan de kant geschoven mag worden. Dit is dus een gegeven dat het ideale gezinsplaatje in potentie altijd onder druk zet. Mijns inziens moeten we overwegen de verwekker een eigen rechtsingang te geven tot aantasting van het vaderschap van de echtgenoot van de moeder. Voor vaders die zelf te lang wachten, waardoor een andere partner de kans heeft de sociale rol als vader over te nemen, die vervolgens wordt omgezet in een juridisch vaderschap, ligt de situatie anders: ze hebben zelf deze keuze gemaakt en het is niet het recht dat in de weg staat. Ik sluit af met de conclusie dat seks stof tot juridisch nadenken biedt.