

# 10 Het afstammingsrecht

Wendy Schrama

## 10.1 Inleiding

Het afstammingsrecht behoort tot de kern van het familierecht. Het regelt in titel 11 van Boek 1 BW de afstamming door geboorte tussen ouders en kinderen, en daarmee de fundamentele vraag wie juridisch gezien familie van elkaar zijn.<sup>1</sup> De wet noemt dit in artikel 1:197 BW 'tot elkaar in een familierechtelijke betrekking staan'. Het begrip familie komt niet voor in Boek 1 BW. Ook het begrip ouder, dat wel in het BW wordt gebruikt, is niet wettelijk gedefinieerd. Uit het systeem van de wet kan worden afgeleid dat daarmee in het BW doorgaans de juridische ouder wordt bedoeld;<sup>2</sup> of deze ouder tevens een biologische ouder is, is niet relevant. Op grond van het afstammingsrecht kan een kind een man en een vrouw als ouder hebben of, sinds 1 april 2014, twee moeders. Twee mannen kunnen niet allebei via het afstammingsrecht vader worden; wel kunnen twee mannen door adoptie beiden in familierechtelijke betrekking staan tot een kind (zie hoofdstuk 11).

Het vestigen van afstamming kan op verschillende manieren plaatsvinden (art. 1:198 en 199 BW): door geboorte uit de moeder, door geboorte tijdens het huwelijk, door erkenning, door gerechtelijke vaststelling van het ouderschap en tot slot door adoptie. Deze mogelijkheden gelden voor vrouwen en mannen, al zijn er enkele verschillen. Het afstammingsrecht regelt niet alleen het ontstaan van afstamming tussen ouder en kind, maar ook het verbreken ervan: de ontkenning van het huwelijks ouderschap, de vernietiging van erkenning en de herroeping van adoptie.

- 
- 1 Asser-De Boer, J. de Boer, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en Familierecht, Deventer: Kluwer 2010, nr. 689.
  - 2 Asser-De Boer, J. de Boer, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en Familierecht, Deventer: Kluwer 2010, nr. 766.

## 10.2 Kenmerken en beginselen

Het afstammingsrecht is recht dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. Het is dwingend recht, waarvan niet kan worden afgeweken. Dit staat overigens niet met zoveel woorden in Boek 1 BW, maar volgt uit het systeem van de wet.

Dit betekent overigens niet dat ouders nooit een keuze hebben wat betreft de afstamming van een kind. Als een paar van twee vrouwen met een paar van twee mannen samen besluiten een kind op de wereld te zetten, dan kunnen ze voorafgaand aan de geboorte afspreken wie naast de geboortemoeder de tweede ouder wordt, mits het recht niet van rechtswege een juridische vader of tweede moeder aanwijst. Deze afspraken zijn niet in rechte afdwingbaar, maar zolang partijen het eens zijn, is er dus wel enige ruimte voor partijautonomie.

Een aantal belangen en beginselen zijn voor het afstammingsrecht van bijzondere betekenis: het belang van het kind om twee ouders te hebben, het belang van de biologische afstamming en de rechtszekerheid.

Een belangrijk uitgangspunt dat aan het afstammingsrecht ten grondslag ligt, is dat een kind gebaat is bij het hebben van twee ouders en dat het kind minimaal één (een kind heeft doorgaans een juridische moeder) en maximaal twee ouders heeft.

Het afstammingsrecht was tot 1 april 2014 voornamelijk gebaseerd op het beginsel van biologische afstamming, dat wil zeggen de afstamming van een man en vrouw, omdat alleen een man en vrouw samen een kind kunnen krijgen. Met de wetswijziging per 1 april 2014 op grond waarvan het kind *via het afstammingsrecht* een tweede moeder kan krijgen, is dat principe gedeeltelijk verlaten. Immers, biologisch gezien kan een kind niet van twee moeders afstammen. Aan de andere kant is het beginsel van de biologische afstamming niet verdwenen, omdat bij het verbreken van de afstamming nog altijd een belangrijk criterium is of de ouder de biologische ouder van het kind is (zie par. 10.9).

Uit het belang van de rechtszekerheid vloeit voort dat de afstammingsband een rechtsverhouding is die niet te makkelijk verbroken kan worden. Het kind, de ouders en het rechtsverkeer (het zijn van familie heeft op vele terreinen belangrijke rechtsgevolgen) zijn bij stabiliteit en continuïteit van gevestigde verhoudingen gebaat.

## 10.3 Belangrijke ontwikkelingen

Op het terrein van het afstammingsrecht hebben zich de afgelopen decennia fundamentele ontwikkelingen voorgedaan. In 1998 is het afstammingsrecht ingrijpend gewijzigd en werd sterker dan voorheen aangesloten bij de biologische afstamming. In die tijd verdween ook het wettelijk onderscheid tussen kinderen die binnen en buiten huwelijk waren geboren.

Per 1 april 2014 is het afstammingsrecht opnieuw fundamenteel aangepast met de Wet Juridisch ouderschap voor de vrouwelijke partner van de moeder.<sup>3</sup> Deze wet heeft afstamming voor de meemoeder geïntroduceerd en de mogelijkheden voor de

3 Stb. 2013, 480.

bekende donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, om vader te worden, vergroot. De kern van het afstammingsrecht, namelijk dat het de afstammingsrelatie regelt tussen de twee biologische ouders en het kind, is daarmee ingrijpend gewijzigd.

De wetgever heeft er in het verleden, in lijn met de toen heersende maatschappelijke opvattingen, voor gekozen om kinderen geboren uit een monogaam huwelijk een veel betere rechtspositie te geven dan kinderen geboren buiten huwelijk.<sup>4</sup> Het afstammingsrecht was dus gekoppeld aan de relationele status van de ouders van het kind. Een kind geboren tijdens een wettig huwelijk werd door de wet aangemerkt als een wettig kind. Andere kinderen, bijvoorbeeld geboren uit een relatie tussen een ongehuwd samenlevende man en vrouw, waren onwettig. Ook al werden aan dit onderscheid in de periode vlak voor 1998 geen rechtsgevolgen meer verbonden, zoals dat vroeger wel het geval was doordat onwettige kinderen in een slechte positie verkeerden, toch bleef daarin een zekere afkeuring tot uitdrukking komen. In 1998 verdween dit onderscheid in terminologie uit de wet.

Met het verdwijnen van de voorkeursbehandeling van kinderen geboren binnen huwelijk rees de vraag naar de inrichting van het afstammingsrecht. Het is, mede door maatschappelijke ontwikkelingen, ingewikkelder geworden om een antwoord te vinden op de vraag wie de juridische ouders van een kind behoren te zijn. Er zijn verschillende grondslagen te onderscheiden waarop het afstammingsrecht (impliciet) is gebaseerd: het biologisch ouderschap, het feitelijk of sociaal ouderschap en recent het intentioneel ouderschap. In het verleden ging de wet ervan uit dat het biologisch en sociaal ouderschap doorgaans samenvielen en dat rechtvaardigde juridisch ouderschap. Degene die met de moeder getrouwd was, was doorgaans de biologische vader van het kind en zorgde in de regel ook voor het kind. Als de twee grondslagen in het doorsneegeval samenvallen, is het simpel, want dat rechtvaardigt juridische afstamming.

De moeilijkheid van het hedendaagse afstammingsrecht is aan de ene kant dat het huwelijk niet langer het enige aanknopingspunt is, omdat er ook buiten het huwelijk vaak sprake is van het samenvallen van de grondslagen voor ouderschap. Anderzijds is het door technische en maatschappelijke ontwikkelingen mogelijk geworden dat meer dan twee ouders betrokken zijn bij de beslissing een kind op de wereld te zetten. Bij twee vrouwen die een kind krijgen, kan het sociaal en intentioneel ouderschap bij de meemoeder liggen, terwijl het biologisch ouderschap bij de donor ligt. Maar dat kan ook anders zijn, omdat de donor ook een rol als sociale ouder heeft. Zie verder par. 10.12 over vragen voor de toekomst.

<sup>4</sup> Asser-De Boer, J. de Boer, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en Familierecht, Deventer: Kluwer 2010, nr. 689.

#### 10.4 De rechtsgevolgen van afstamming

Afstammingsrecht leidt tot het ontstaan van een familierechtelijke betrekking tussen het kind, zijn ouders en diens bloedverwanten (art. 1:197 BW). Daarmee krijgt het kind dus een rechtsbetrekking tot zijn moeder en vader, broers en zussen, oma's en opa's, ooms en tantes, neven en nichten, enzovoort.

Daarnaast heeft het afstammingsrecht veel andere belangrijke rechtsgevolgen. Het zijn van ouder en kind heeft rechtsgevolgen binnen Boek 1 BW en daarbuiten. In Boek 1 BW is een belangrijk gevolg van ouderschap het gezag over minderjarige kinderen (art. 1:251 BW, art. 1:1253aa BW) en het recht op omgang (art. 1:377a BW). Daarnaast zijn ouders en kinderen verplicht elkaar te onderhouden (art. 1:392 lid 1 onder a BW).<sup>5</sup> Ook de geslachtsnaam van het kind is direct gekoppeld aan het bestaan van familierechtelijke betrekkingen (art. 1:5 BW).

Buiten Boek 1 BW is de band tussen ouder en kind in het erfrecht van groot belang. Kinderen zijn aangewezen als erfgenaam van hun ouders en hebben recht op een legitieme (art. 4:10 en art. 4:63 BW). Ouders kunnen van hun kinderen erven (art. 4:10 BW). Ook buiten het BW zijn er talrijke gevolgen. In het nationaliteitsrecht biedt de afstammingsband met een Nederlandse ouder bijvoorbeeld de mogelijkheid tot verkrijging van het Nederlanderschap (Rijkswet op het Nederlanderschap). In fiscaal opzicht (erf- en schenkbelasting) zijn eveneens belangrijke gevolgen aan het zijn van ouder en kind verbonden.<sup>6</sup> In het socialezekerheidsrecht gelden voor ouders en kinderen ook speciale regels, net als bijvoorbeeld in het straf(proces)recht.

#### 10.5 Verhouding tot andere rechtsgebieden (adoptie en gezag)

Niet alleen door afstamming, maar ook door adoptie kan een familierechtelijke betrekking tussen kind en de adoptieouder(s) ontstaan (art. 1:198 lid 1 onder e en art. 1:199 onder e BW). Adoptie is een van de routes om ouder van een kind te worden, die niet door geboorte maar door adoptie ontstaat en waarbij rechterlijke tussenkomst verplicht is. Adoptie wordt inhoudelijk behandeld in hoofdstuk 11.

Het gezag is een rechtsfiguur die van afstamming te onderscheiden is. Gezag heeft alleen betrekking op minderjarigen en houdt kort gezegd een plicht tot opvoeding en verzorging in (art. 1:247 BW). Hoewel er niet in alle situaties een directe koppeling is tussen afstamming en gezag, is het in de regel zo dat degene die de juridisch ouder van een kind is, ook het gezag heeft of kan krijgen.<sup>7</sup> Andersom hoeft degene die gezag heeft (en sociale ouder is) niet altijd de juridisch ouder van het kind te

5 Ook niet-juridische ouders kunnen onder voorwaarden een onderhoudsplicht jegens het kind hebben (bijv. art. 1:394 BW).

6 Denk ook aan de tijdelijke verhoging in 2014 van de vrijstelling van schenkingsbelasting tot € 100.000 voor bepaalde schenkingen van ouders aan hun kinderen.

7 Dat is gebaseerd op de gedachte dat biologisch, sociaal en intentioneel ouderschap in die gevallen samenvallen.

zijn (zie bijvoorbeeld art. 1:253sa en 1:253t BW). Afstamming is dus een levenslange band met veel rechtsgevolgen, waarvan gezag er (in de meeste gevallen) een is.

## 10.6 Internationaal recht

Het internationale recht heeft een belangrijke stempel gezet op de ontwikkeling van het afstammingsrecht. Met name het EVRM is van belang, maar in toeneemende mate ook het Verdrag voor de Rechten van het Kind.

Artikel 8 EVRM (bescherming van recht op familie- en privéleven) is een kernbepaling voor het afstammingsrecht en het heeft samen met een beroep op artikel 14 EVRM (verbod op discriminatie bij de uitoefening van EVRM-rechten) belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse afstammingsrecht in gang gezet. Het befaamde Marckx-arrest<sup>8</sup> is hier het schoolvoorbeeld van, maar ook de afstamming van de biologische vader en het recht te weten van wie een kind afstamt, behoren tot de onderwerpen waar de Europese invloed bijzonder groot is.<sup>9</sup>

Het Verdrag voor de Rechten van het Kind kent verschillende artikelen die van belang kunnen zijn. In de rechtspraak wordt de laatste jaren ook een beroep gedaan op deze bepalingen. De rol van artikel 8 EVRM is evenwel tot nu toe veel groter.

Het gaat om artikel 3 Verdrag voor de rechten van het kind (de belangen van het kind vormen de eerste overweging), artikel 7 (het recht om de ouders te kennen en door hen te worden opgevoed) en artikel 10 (het niet gescheiden worden van het kind en zijn ouders, tenzij dit noodzakelijk is in het belang van het kind).

## 10.7 Vestigen van afstamming van de vader

### 10.7.1 Inleiding

Hierna wordt eerst het huwelijksvaderschap besproken (dat sinds 1 april 2014 ook voor geregistreerde partners geldt), daarna komt het vaderschap door erkenning aan de orde en tot slot de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Ook door adoptie kan een man vader van een kind worden (art. 1:199 onder e BW). Daarover gaat hoofdstuk 11. Eerst worden voor een goed begrip de verschillende wettelijke termen die voor vaders worden gebruikt, uitgelegd.

8 EHRM 13 juni 1979, NJ 1980/462 (Marckx t. België), waarbij werd beslist dat tussen de (ongetrouwde) moeder en haar kind van rechtswege een familierechtelijke relatie moet ontstaan en dat er op de overheid een positieve plicht rust om 'gezinsleven' tussen de moeder en haar kind alsook tussen de familie van de moeder en het kind mogelijk te maken.

9 Om een paar voorbeelden te noemen van beroemde art. 8 EVRM-zaken: EHRM 21 juni 1988, nr. 10730/84, (Berrehab t. Nederland), EHRM 18 december 1986, nr. 9697/82 (Johnston t. Ierland), EHRM 26 mei 1994, nr. 16969/90 (Keegan t. Ierland), EHRM 27 oktober 1994, nr. 18535/91 (Kroon t. Nederland). Zie verder: W.M. Schrama, Groene Serie Personen- en familierecht, aantek. bij de inleiding op het afstammingsrecht.

### 10.7.2 Wettelijke terminologie voor vaders

In het afstammingsrecht worden verschillende begrippen gebruikt om bepaalde groepen vaders aan te duiden: biologische vader, verwekker, donor en een instemmende levensgezel. Door de wet worden hieraan verschillende rechtsgevolgen verbonden.

Er zijn biologische vaders (een wettelijke term) en niet-biologische vaders (geen wettelijke term). Tot de biologische vaders behoren verwekkers en donoren: zij leveren beiden sperma voor de conceptie van het kind, maar de manier waarop verschilt. Een verwekker is een biologische vader, die het kind op natuurlijke wijze heeft doen ontstaan, dus door geslachtsgemeenschap met de moeder.<sup>10</sup> Een donor is een biologische vader die het kind niet op natuurlijke wijze heeft verwekt bij de geboortemoeder. De bevruchting vindt plaats met het sperma via een kunstmatige donorinseminatie. Er zijn bekende donoren (de ouder(s) kennen de donor) en onbekende donoren, die de ouder(s) vooraf niet kennen, maar van wie wel gegevens worden geregistreerd door het ziekenhuis of de kliniek (zie verder par. 10.11.4). De rechtspositie van de donor hangt af van de vraag of hij in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat (zie hierna), hetgeen doorgaans alleen bij een bekende donor het geval kan zijn.

Daarnaast kent de wet een categorie niet-biologische vaders: de instemmende levensgezel van de moeder, dat wil zeggen, de man die heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad.

Waar het afstammingsrecht de term biologische vader gebruikt, behoren verwekkers en donoren daar wel toe, maar de instemmende levensgezel niet. Hanteert de wet het begrip verwekker, dan vallen de donoren (en natuurlijk ook de instemmende levensgezellen) daarbuiten. Wordt de term vader of ouder gebruikt, dan gaat het doorgaans om de juridische ouder, maar een bekende donor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind is daarmee onder omstandigheden gelijkgesteld. Dit wordt hierna behandeld. Gelet op de verschillende rechtspositie van deze vaders is het dus zaak om de wettelijke terminologie goed in de gaten te houden.

### 10.7.3 Vader door formele relatie met de geboortemoeder

De eerste wijze waarop vaderschap in de wet wordt aangeduid, is het 'huwelijksvaderschap': vader van een kind is de man die op het moment van de geboorte van het kind gehuwd is of een geregistreerd partnerschap heeft met de vrouw uit wie het kind geboren is, aldus artikel 1:199 onder a BW. *Pater est quem nuptiae demonstrant*: vader is degene die het huwelijk aanwijst. De veronderstelling dat de man die met de moeder van het kind getrouwd is de biologische en sociale vader van dat kind is, is geen gekke. Of de man ook daadwerkelijk de biologische vader van het kind is, is voor het ontstaan van de afstammingsband niet van belang (maar wel bij het verbreken ervan).

Er is geen speciale wettelijke term voor deze ontstaanswijze van vaderschap. In de literatuur wordt wel van 'huwelijksvaderschap' gesproken, dat betrekking heeft op

10 Dit staat niet in de wet, maar blijkt uit de parlementaire geschiedenis.

het vaderschap van rechtswege voor de echtgenoot of geregistreerde partner van de moeder van het kind.

Tot 1 april 2014 gold de regel alleen voor de echtgenoot, maar vanaf die datum ook voor de geregistreerde partner. Wordt het kind geboren voorafgaand aan het huwelijk of geregistreerd partnerschap, dan ontstaat geen vaderschap van rechtswege. De man zal het kind dan moeten erkennen. Overlijdt de echtgenoot of geregistreerde partner voor de geboorte van het kind, dan is aannemelijk dat de man de biologische vader van het kind is. De wet kent voor deze situatie, die tegenwoordig tamelijk uitzonderlijk is, een speciale regeling in artikel 1:199 onder b BW.

Op grond daarvan geldt de overleden echtgenoot als vader indien het kind binnen 306 dagen na zijn overlijden is geboren. Dat geldt zelfs indien de moeder in de tussenliggende tijd met een ander is getrouwd. De moeder heeft echter de keuze om bij de ambtenaar van de Burgerlijke Stand een verklaring af te leggen dat de overleden echtgenoot niet de vader van het kind is.

Dit is een voorbeeld waar het afstammingsrecht, ook al is het dwingend recht, toch een zekere keuzevrijheid aan de moeder laat om te bepalen wie de vader (of tweede moeder) van het kind wordt. De bepaling is overigens redelijk complex en moet in samenhang gelezen worden met artikel 1:198 BW.

Voor heteroparen geldt dat, indien ze een formele relatie hebben op het moment van de geboorte, de man altijd van rechtswege de vader is, of er nu een donor aan te pas is gekomen of niet. Dit is anders voor vrouwenparen, zoals zal blijken in par. 10.8.4.

#### **10.7.4 Vader door erkenning**

##### *10.7.4.1 Aard van erkenning*

Naast het huwelijksvaderschap is de man die het kind erkend heeft, zijn juridisch vader, aldus artikel 1:199 onder c BW. Erkenning zelf is geregeld in de artikelen 1:203 en 204 BW. Erkenning is een eenzijdige, ongerichte rechtshandeling, die kan plaatsvinden bij een akte van erkenning opgemaakt door een ambtenaar van de Burgerlijke Stand of die door de notaris wordt opgesteld in een notariële akte. Dat laatste komt heel weinig voor.

Erkenning houdt in dat de man het kind als het zijne erkent, maar het is geen waarheidshandeling. Ook de niet-biologische vader kan dus een kind als het zijne erkennen; er wordt niet nagegaan of de man de biologische vader is. Ook in dit opzicht komt tot uitdrukking dat de ouders (en met name de moeder) enige vrijheid hebben om de afstammingsrechtelijke betrekkingen naar eigen inzicht te regelen. Hierna komen de voorwaarden voor erkenning aan de orde.

##### *10.7.4.2 Voorwaarden voor erkenning*

Erkenning dient op straffe van nietigheid aan een aantal voorwaarden te voldoen, die in artikel 1:204 BW zijn opgenomen.

Nietig is de erkenning door een man die geen huwelijk met de moeder van het kind mag sluiten. Het gaat dan om de huwelijksbeletselen uit artikel 1:41 BW. Het idee is dat erkenning van kinderen van ouders die te nauwe familie van elkaar zijn, niet mogelijk behoort te zijn.

De wet stelt daarnaast een minimum leeftijdsgrens voor erkenners. Is de man nog geen 16 jaar, dan mag hij het kind niet erkennen. In dat geval dient hij te wachten tot hij minimaal 16 jaar is. Meisjes onder de 16 jaar kunnen dus wel juridisch moeder worden, maar jongens onder de 16 jaar kunnen via erkenning geen juridisch vader worden. Erkenning is niet mogelijk als het kind al twee ouders heeft, want een kind kan naar Nederlands recht maximaal twee ouders hebben.

Tot 1 april 2014 gold dat erkenning door een met een andere vrouw gehuwde man slechts mogelijk was als de rechter had vastgesteld dat er tussen de man en de moeder een met het huwelijk te vergelijken relatie heeft bestaan of dat tussen de man en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat. Deze voorwaarde geldt vanaf die datum niet meer en dat betekent dat de erkenning door een met een ander gehuwde man direct bij de ambtenaar kan plaatsvinden zonder rechterlijke toets.

Erkenning is niet gebonden aan een bepaalde termijn vanaf de geboorte. Dat betekent dat een kind altijd kan worden erkend, ook als het meerderjarig is. Wel geldt dat het kind van 12 jaar en ouder zelf vooraf schriftelijk moet instemmen met de erkenning (art. 1:204 lid 3 BW).

Kees en Annemiek zijn getrouwd en hebben twee kinderen. Kees heeft voordat hij Annemiek kende een vluchtige relatie met Karin gehad, waaruit een zoon geboren is. Kees kan de zoon erkennen (ook als de zoon inmiddels meerderjarig is) bij de Burgerlijke Stand, aangenomen dat Karin en/of de zoon daarmee akkoord gaat. Een gang naar de rechter is dus, ook al is Kees gehuwd met Annemiek, niet meer nodig. De kinderen van Kees krijgen er een halfbroer bij.

#### 10.7.4.3 *Vervangende toestemming voor erkenning*

Als ouders de erkenning direct regelen, hetgeen dus prenataal kan, maar ook bij de geboorteaangifte, is er weinig aan de hand. Doen ze dat niet en loopt de relatie tussen vader en moeder stuk voordat de erkenning geregeld is, dan kunnen er problemen rijzen.

De moeder dient namelijk toestemming te geven voor de erkenning door de vader, die zich pas als de scheiding een feit is en zich een conflict aftekent, realiseert dat het belangrijk is om juridisch als vader aangemerkt te worden.

In de praktijk is een bijzonder belangrijke voorwaarde dat de moeder van een kind onder de 16 jaar toestemming voor de erkenning door de man moet geven. In dit opzicht is de positie van mannen die getrouwd zijn sterker: zij worden juridisch vader zonder enige toestemming of rechterlijke toets, en ongeacht of ze de biologische vader zijn. Gelet op het feit dat een almaar toenemend deel van de kinderen geboren wordt als de ouders niet getrouwd zijn, verdringt de regeling van erkenning in de praktijk bijna de als hoofdregel bedoelde regeling voor gehuwde ouders.



De maatschappelijke ontwikkelingen zijn op dit terrein ongekend snel gegaan: van de jaren zeventig, die als de gouden jaren van het huwelijk worden gezien, waarin bijna alle kinderen geboren werden uit gehuwde ouders, tot de ontwikkeling dat ruim 40% van de kinderen buiten huwelijk worden geboren. Aan de ene kant is het afstammingsrecht erin geslaagd om dit op te vangen, maar aan de andere kant wordt in de literatuur aandacht gevraagd voor een verdergaande modernisering van het afstammingsrecht.<sup>11</sup>

Als de moeder en/of het kind van 12 jaar en ouder geen toestemming geeft voor de erkenning, voorziet de wet in een noodoplossing: de man kan de rechter om vervangende toestemming vragen voor de erkenning. Daaraan verbindt artikel 1:204 lid 3 BW wel de voorwaarde dat de man de verwekker van het kind is of de biologische vader die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat.<sup>12</sup> Dit is een voorbeeld waar de wet verschillende rechtsgevolgen aan de onderscheiden types vader verbindt. Voor een verwekker is niet vereist dat hij in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat; hij mag dus ook een verzoek indienen als hij het kind bijvoorbeeld nog nooit gezien heeft. Voor de donor geldt de bijkomende voorwaarde wel. Hij dient in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind te staan. De mogelijkheid van de donor om een verzoek in te dienen is per 1 april 2014 in de wet opgenomen om de positie van de bekende donor te versterken, met name in de relatie tot de vrouwen.<sup>13</sup>

Op papier geldt de regeling ook voor heterostellen, waar de man niet de verwekker van het kind is, maar waar in plaats daarvan een donor gebruikt is. Toch zullen heterostellen, anders dan vrouwenparen, waarschijnlijk doorgaans niet voor een bekende, maar voor een onbekende donor kiezen. In dat geval is er dus geen derde ouder die het kind zou willen erkennen. Bovendien geldt voor een gehuwd<sup>14</sup> heteropaar dat de man van rechtswege vader is, zodat er voor de bekende donor juridisch geen plaats meer is. Immers, een kind kan maximaal twee ouders hebben.

Ook in dit opzicht zijn de verschillende grondslagen voor het vaderschap te herkennen. Het feit dat de verwekker kennelijk een intieme relatie met de moeder heeft (gehad), rechtvaardigt in de impliciete gedachtegang van de wetgever de veronderstelling dat hij ook de sociale vader zal zijn. Dat betekent dus dat hij doorgaans zowel de biologische als de sociale vader zal zijn.

Voor een donor kan dat anders liggen; het is minder eenduidig wat de wetgever mag veronderstellen. Naast het feit dat altijd sprake is van biologisch ouderschap is daarom een extra eis dat de donor daadwerkelijk een rol in het leven van het kind heeft (zie hierna), dus een sociale ouder van het kind is. Dat sociale ouderschap

11 W.M. Schrama, Groene Serie Personen- en familierecht, aantek. 13 bij art. 204 en W.M. Schrama, Vervangende toestemming voor erkenning: een analyse van recente rechtspraak, FJR 2015, nr. 9.

12 Of de instemmende levensgezel: zie hierna.

13 Eerder had de Hoge Raad in HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386 die mogelijkheid al erkend.

14 Voor geregistreerde paren geldt hetzelfde.

wordt niet aanwezig verondersteld, maar in concreto getoetst. De twee grondslagen samen geven de bekende donor een ingang om juridisch ouderschap te verkrijgen, waarbij het vervolgens de vraag is of hij daarin slaagt, omdat sprake kan zijn van concurrerende aanspraken op ouderschap tussen de donor en de andere ouder.

Is de man geen verwekker of staat de donor niet in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind, dan is het verzoek niet-ontvankelijk.<sup>15</sup>

Voor de donor geldt dus als voorwaarde voor de ontvankelijkheid van het verzoek dat hij in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat. Dat is een Nederlands equivalent van de term *family life* uit artikel 8 EVRM. Of aan deze voorwaarde voldaan is bij een donor en zijn kind, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het enkele feit dat er een biologische band tussen beiden bestaat, is daarvoor echter onvoldoende. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad zijn bijkomende omstandigheden vereist.<sup>16</sup> Die kunnen betrekking hebben op de relatie tussen de moeder en de donor, mits die lijkt op een huwelijk. Dat zal doorgaans niet het geval zijn. De andere mogelijkheid zijn bijkomende omstandigheden die gelegen zijn in de band tussen donor en kind, die na de geboorte ontstaan is. Welke omstandigheden voldoende zijn om een nauwe persoonlijke betrekking aan te nemen, moet in ieder geval afzonderlijk beoordeeld worden.

Als het verzoek ontvankelijk is, komt het aan op de inhoudelijke beoordeling. De rechter dient het verzoek om vervangende toestemming te beoordelen aan de hand van de wettelijke maatstaf. Daaruit blijkt dat de toestemming verleend wordt, tenzij dit de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of dat de evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt (art. 1:204 lid 3 BW). Dit is een codificatie van de maatstaf die in de rechtspraak tot ontwikkeling is gekomen. Een analyse van de rechtspraak van de laatste jaren leert dat in gewone gevallen altijd toestemming wordt gegeven aan de verwekker.<sup>17</sup> Alleen in extreme gevallen van ernstig misbruik of zeer grote, gefundeerde angst bij de moeder, wordt toestemming geweigerd.<sup>18</sup>

#### 10.7.4.4 Werking van erkenning

Erkenning heeft geen terugwerkende kracht en werkt dus *ex nunc* vanaf de erkenning. Wel is het mogelijk om een kind op grond van artikel 1:2 BW prenataal te erkennen. Dan heeft de erkenning gevolg vanaf de geboorte van het kind. Erkenning heeft het gevolg dat de man de vader van het kind is.

15 Het enkele sociale ouderschap is dus niet voldoende.

16 EHRM 1 juni 2004, 45582/99, NJ 2004, 667 (Lebbink t. Nederland); HR 24 januari 2003, NJ 2003, 386.

17 W.M. Schrama, Groene Serie Personen- en familierecht, aantek. 9 bij art. 204.

18 Zie voor een voorbeeld: Hof Den Haag 11 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2732.

## 10.7.5 Vader door gerechtelijke vaststelling van het vaderschap

### 10.7.5.1 *Inhoud gerechtelijke vaststelling*

Naast het huwelijksvaderschap van rechtswege en vaderschap dat ontstaat door erkenning, kent de wet sinds 1998 de mogelijkheid dat een man tegen zijn wil gedwongen wordt tot juridisch vaderschap. De relatief jonge procedure wordt aangeduid met de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Bedacht moet worden dat dit alleen relevant is voor ouders die niet in een formele relatie leven; in die gevallen is de man namelijk al automatisch vader, of de man en vrouw dat nu willen of niet.<sup>19</sup>

Of de moeder kiest voor een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is aan haar. Onderneemt ze geen actie, dan heeft het kind alleen een moeder, al kan de moeder er wel voor kiezen om een latere partner toestemming tot erkenning te geven (immers: biologische afstamming is geen voorwaarde voor erkenning). Het Nederlandse afstammingsrecht, dat er zo veel mogelijk naar streeft om kinderen twee ouders te geven, gaat dus niet zover dat er bij de geboorteaangifte altijd een vader genoemd moet worden. De gerechtelijke vaststelling biedt overigens ook de mogelijkheid om het kind een vader te geven als de man is overleden.

### 10.7.5.2 *Voorwaarden voor gerechtelijke vaststelling*

Vereist is altijd rechterlijke tussenkomst om vast te stellen of aan de voorwaarden voor de gerechtelijke vaststelling is voldaan. Er zijn twee gronden waarop het vaderschap kan worden vastgesteld. In de eerste plaats indien de man de verwekker van het kind is en in de tweede plaats indien de man als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (art. 1:207 BW). In het eerste geval is sprake van biologische afstamming en in het tweede geval heeft de man bestaansverantwoordelijkheid voor het kind.<sup>20</sup> De instemmende levensgezel kan degene zijn die het sperma heeft geleverd, maar is veel breder dan dat. Het gaat erom of de man heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg *kan* hebben gehad, waartoe bijvoorbeeld ook toestemming geven aan de moeder voor prostitutie gerekend kan worden. Indien vaststaat dat aan een van deze twee voorwaarden is voldaan, moet de rechter het vaderschap vaststellen. Er is geen ruimte voor een belangenafweging.

In deze procedure gelden de regels voor verzoekschriften en de daarbij behorende regels over bewijs. Met betrekking tot het bewijs van verwekkerschap is een DNA-onderzoek niet verplicht. Ook uit andere feiten en omstandigheden kan de rechter afleiden dat de man de verwekker (niet) is. De rechter kan op grond van artikel 194 Rv een DNA-onderzoek bevelen.

Gelet op het feit dat het afstammingsrecht niet ter vrije bepaling van partijen staat, mag de rechter feiten waarover partijen niet twisten, niet als vaststaand aannemen.

Op grond van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn de partijen ver-

<sup>19</sup> Als het kind tijdens (en niet voor of na) de formele relatie wordt geboren.

<sup>20</sup> Ontleend aan M.J. Vonk, *Children and their parents*, die de term 'procreational responsibility' gebruikt.

plicht mee te werken aan een deskundigenonderzoek. Wordt medewerking geweigerd, dan kan de rechter daaraan de conclusie verbinden die hij geraden acht. Medewerking aan een DNA-onderzoek afdwingen is echter niet mogelijk (HR 15 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1860).

Gerechtelijke vaststelling is, net als erkenning, aan een aantal voorwaarden gebonden. Als het kind al twee ouders heeft (dat kunnen dus ook twee vrouwen zijn), is een gerechtelijke vaststelling niet mogelijk. Ook hier geldt dat in rechte geen afstammingsband kan worden gevestigd als sprake is van te nauwe bloedverwantschap tussen de moeder en de man. Als de man onder de 16 jaar is, moet worden gewacht, tenzij hij is overleden.

Als een kind zou willen dat zijn biologische vader ook in rechte zijn vader wordt, terwijl het nu een niet-biologische vader als juridische vader heeft, dient dus eerst de juridische band met de niet-biologische vader verbroken te worden, bijvoorbeeld door de ontkenning van het huwelijks vaderschap of een vernietiging van de erkenning. De voorwaarden daarvoor komen in par. 10.9.2 aan de orde. Pas nadat deze band succesvol is doorbroken, is er ruimte voor een erkenning (als de vader mee wil werken en nog in leven is) of een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (met terugwerkende kracht en ook na overlijden).

Een verzoek tot vaststelling van het vaderschap kan worden ingediend door de moeder van een kind onder de 16 jaar en door het kind (al dan niet via een bijzondere curator). Voor de moeder geldt een termijn van vijf jaar na de geboorte van het kind. Was ze niet op de hoogte van de identiteit of de verblijfplaats van de man, dan geldt een termijn van vijf jaar vanaf de datum waarop ze daarmee bekend is geworden (art. 1:207 lid 3 BW). Voor het kind geldt geen termijn. Dat betekent dat het kind een dergelijk verzoek ook op latere leeftijd kan indienen. Als het kind overleden is, dan kan zijn kind (het kleinkind dus) een verzoek indienen, mits de man van wie het vaderschap gerechtelijk wordt verzocht vast te stellen nog in leven is (art. 1:207 lid 4 BW).

### 10.7.5.3 *Gevolgen van gerechtelijke vaststelling*

Een belangrijk gevolg van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is de terugwerkende kracht (*ex tunc* werking) tot aan de geboorte van het kind. Het kind wordt geacht altijd het juridische kind van de vader geweest te zijn. Dit is dus anders dan bij de erkenning, die slechts vanaf de erkenning werkt.<sup>21</sup> Vanuit erfrechtelijk opzicht is de terugwerkende kracht van belang. Derden te goeder trouw worden in dat geval beschermd en hetgeen reeds verteerd is uit de nalatenschap

21 Voorheen maakte ook het nationaliteitsrecht een belangrijk onderscheid tussen erkenning en gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, waarbij de laatste manier veel gunstiger was met het oog op de verkrijging van de Nederlandse nationaliteit. Dat leidde tot veel procedures waarin aan de orde was of een reeds door de vader erkend kind alsnog via gerechtelijke vaststelling tot diezelfde vader in een familierechtelijke betrekking kon komen te staan. De Rijkswet op het Nederlanderschap is inmiddels aangepast, waardoor dit probleem zich niet meer voordoet.

heeft niet te worden terugbetaald aan het kind dat door de gerechtelijke vaststelling erfgenaam geworden is (art. 1:207 lid 5 BW).

### **10.7.6 Vader door adoptie**

Ook de man die een kind heeft geadopteerd, is juridisch vader en staat tot het kind in een familierechtelijke betrekking (art. 1:199 onder e BW). Adoptie wordt behandeld in hoofdstuk 11.

## **10.8 Vestigen van moederschap**

### **10.8.1 Inleiding**

Moederschap kan op dezelfde wijzen ontstaan als vaderschap, aangevuld met een extra mogelijkheid. Moeder is namelijk ook de vrouw uit wie het kind is geboren. Gelet op het feit dat het afstammingsrecht ten aanzien van moeders ingrijpend is hervormd per 1 april 2014, wordt daaraan eerst aandacht besteed.

### **10.8.2 Ingrijpende aanpassing van het afstammingsrecht**

Tot aan de wetwijziging in 2014 kon een vrouw alleen door geboorte en door adoptie moeder van een kind worden. Met de hervorming is het afstammingsrecht voor moeders grotendeels gelijk geworden aan het afstammingsrecht voor vaders. De bestaande opties zijn uitgebreid met het moederschap van rechtswege door geboorte tijdens het huwelijk, erkenning en de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap. De wetgever heeft het oog gehad op twee vrouwen die met een donor een kind krijgen en opvoeden. De gedachte is recht te doen aan de maatschappelijke ontwikkeling dat steeds meer ouders van gelijk geslacht kinderen krijgen. Het afstammingsrecht is daarmee seksenutraler geworden. De nieuwe wet kent een lange geschiedenis en is niet zonder kritiek gebleven.

De positie van paren van gelijk geslacht en van ouders van gelijk geslacht heeft sinds de jaren negentig aandacht van de wetgever gekregen. In 1998 werd het geregistreerd partnerschap ingevoerd en 2001 werd het huwelijk opengesteld voor paren van gelijk geslacht. Voor het regelen van de relatie tussen ouders en kinderen werd aanvankelijk gekozen voor het aanpassen van het gezagsrecht en het adoptierecht. Dat heeft stapsgewijs met verschillende wetwijzigingen geleid tot een verbetering van de rechtspositie van ouders en kinderen. Toch werd ook de eenvoudige adoptieprocedure voor de meemoeder, zoals die uiteindelijk gold, niet als afdoende beschouwd. Daarom werd een wetsvoorstel ingediend waardoor adoptie niet langer nodig zou zijn: de meemoeder zou direct via het afstammingsrecht moeder kunnen worden. Net als voor paren van verschillend geslacht zouden de moeders allebei van rechtswege moeder moeten worden (onder bepaalde voorwaarden) en zou erkenning en gerechtelijke vaststelling van het moederschap geïntroduceerd moeten worden. De Raad van State betoonde zich zeer kritisch over het plan (Kamerstukken II 2011-2012, 33 032, nr. 4) en stelde de vraag naar de noodzaak van het wetsvoorstel en de slechte onderbouwing daarvan, gegeven de zeer ingrijpende aanpassing van het afstammingsrecht. In de Tweede Kamer tekende zich een duidelijke meerderheid af voor het plan, maar de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer bleef tot het laatste moment spannend. Er werd een motie ingediend om een staats-

commissie op het terrein van het familierecht te benoemen. De staatssecretaris aanvaardde deze motie (en benoemde later de Staatscommissie herijking ouderschap) en uiteindelijk ging ook de Eerste Kamer akkoord met het wetsvoorstel, dat per 1 april 2014 in werking is getreden.

De wijziging wordt verschillend gewaardeerd in de literatuur.<sup>22</sup> Hoe men de wet ook waardeert, feit is dat de biologische afstamming als fundament van het afstammingsrecht met de nieuwste wijziging gedeeltelijk verlaten is. Een kind kan immers biologisch gezien niet van twee moeders afstammen.

Concreet houdt de hervorming in dat de regeling van het ouderschap in artikel 1:198 BW is uitgebreid en dat de bepalingen voor het vestigen en verbreken van de afstamming ingrijpend zijn aangepast.

Bijkomend gevolg van de wijzigingen is dat het zaak is goed te lezen en uit de context van de wettelijke bepalingen af te leiden over welke moeder het gaat. De wetgever heeft niet gekozen voor een eenduidige terminologie, maar hanteert in verschillende bepalingen uiteenlopende begrippen. Er zijn 'moeders als bedoeld in artikel 1:198 lid 1 onder a BW', 'moeders als bedoeld in artikel 1:198 lid 1 onder b BW' en er zijn 'moeders'.

### 10.8.3 Moeder door geboorte

Een kind staat altijd in een afstammingsrechtelijke relatie tot de vrouw uit wie het geboren is.<sup>23</sup> Deze regel wordt aangeduid met de *mater semper certa est*-regel, die verwoordt dat door de geboorte altijd zeker is wie de moeder is. Deze vrouw is de biologische moeder en doorgaans ook degene van wie het recht mag aannemen dat zij de sociale moeder zal zijn. Deze regel is neergelegd in artikel 1:198 lid 1 onder a BW en heeft dus betrekking op de geboortemoeder. Ook als de geboortemoeder niet de genetische moeder is (dus als de eikel niet van haar afkomstig is, maar van een eiceldonor), geldt dat zij de juridische moeder is. Een kind heeft dus doorgaans van rechtswege ten minste één juridische ouder. Deze regel geldt ook in geval van draagmoederschap, waar een vrouw een kind krijgt voor een of twee wensouders. De draagmoeder wordt van rechtswege de juridisch moeder. De wensouders moeten daarna juridische stappen zetten om de ouders van het kind te worden.<sup>24</sup>

22 D. Pessers, De terugkeer van de bastaard, Een beschouwing over het wetsvoorstel Lesbisch ouderschap van rechtswege, NJB 2013/ 2189; N. Quik-Schuijt, Afstammen van twee moeders, NJB 2013/293; W.M. Schrama, Groene Serie Personen- en familierecht, aantek. 4 bij art. 198; M.J. Vonk, Een huis voor alle kinderen, De juridische verankering van intentionele meeroudergezinnen in het afstammingsrecht, NJB 2013, p. 2244-2249.

23 Al kan het wel zo zijn dat sprake is van een anonieme geboorte, zodat niet bekend is wie de moeder is.

24 Heeft het kind al twee juridische ouders (bijvoorbeeld omdat de draagmoeder gehuwd is), dan moeten beide wensouders het kind adopteren. Heeft het kind alleen de draagmoeder als juridisch ouder, dan kan een van de wensouders het kind met haar toe-

#### 10.8.4 Moeder door een formele relatie met de geboortemoeder

Sinds 1 april 2014 is een nieuwe manier om van rechtswege moeder te worden aan het Burgerlijk Wetboek toegevoegd. De regeling is gemodelleerd naar die van het vaderschap van rechtswege (art. 1:199 onder a BW), maar er bestaan belangrijke verschillen. De mannelijke echtgenoot of geregistreerde partner van de moeder is automatisch, dus zonder dat de ouders actie moeten ondernemen, de juridische vader mits het kind geboren wordt tijdens het huwelijk/geregistreerd partnerschap met de moeder van het kind. Moederschap voor de tweede moeder kan in bepaalde situaties op een vergelijkbare manier van rechtswege ontstaan. De geboortemoeder is en blijft altijd van rechtswege de moeder (art. 1:198 lid 1 onder a BW), daaraan is met de wetwijziging niets veranderd.

Het moederschap van rechtswege ontstaat alleen indien het kind verwekt is door kunstmatige inseminatie met hulp van een onbekende donor.<sup>25</sup> Dus als de moedersamen met een bekende donor een kind hebben gekregen, dan wordt de meemoeder met wie de geboortemoeder getrouwd is, niet van rechtswege de moeder. De ratio is duidelijk: indien de moeders gekozen hebben voor kunstmatige inseminatie met sperma van een onbekende donor die zijn sperma bij de spermabank heeft gedoneerd, dan is te verwachten dat deze man geen rol wil en kan gaan spelen in het leven van het kind. In dat geval wordt de meemoeder dus van rechtswege (de tweede) moeder van het kind. Dat zij, anders dan de meeste vaders, niet de biologische ouder van het kind is, doet hier dus niet aan af. Het intentionele en sociale ouderschap zijn voldoende fundament voor het juridisch ouderschap.

Als bewijs dat van een onbekende donor gebruik is gemaakt, dient bij de geboorteaangifte van het kind een verklaring te worden overgelegd van de Stichting Donorgegevens. In die verklaring staat dat de identiteit van de donor niet bekend is bij de geboortemoeder. De verklaring moet bij de geboorteaangifte worden overgelegd en werkt terug tot de geboorte. Indien aan de voorwaarden is voldaan, geldt de meemoeder dus vanaf de geboorte van rechtswege als moeder.

De Stichting Donorgegevens beheert en bewaart sinds 2003 een aantal gegevens over donoren (zowel eicel- als spermadonoren), die zij verkrijgt van de klinieken waar de medische behandeling heeft plaatsgevonden. Zie verder par. 10.11.4. In de afgelopen jaren heeft de Stichting Donorgegevens tussen de honderd en tweehonderd verklaringen afgegeven dat het kind door kunstmatige donorbevruchting is verwekt. De groep kinderen voor wie van rechtswege moederschap van de meemoeder ontstaat, is dus niet zo groot.

stemming erkennen. Vervolgens zal op termijn adoptie moeten plaatsvinden om de tweede wensouder juridisch ouder te maken.

25 De wet bepaalt aldus: indien dit kind is verwekt door kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in art. 1 onder c sub 1 van de Wet Donorgegevens kunstmatige bevruchting en een door de stichting, bedoeld in die wet, ter bevestiging hiervan afgegeven verklaring is overgelegd, waaruit blijkt dat de identiteit van de donor aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden onbekend is (...).

Ook de vrouw die pas nadat de geboortemoeder via kunstmatige donorbevruchting is behandeld met haar (voor de geboorte van het kind) trouwt of een geregistreerd partnerschap sluit, wordt van rechtswege moeder als de verklaring wordt overgelegd. In dat geval is sprake van sociaal ouderschap.

De wet stelt als voorwaarde een formele relatie met de geboortemoeder op het moment van de geboorte van het kind. Dat kan dus een huwelijk of een geregistreerd partnerschap zijn. Ongehuwd samenleven is niet voldoende.

De regel dat vaders die overlijden voor de geboorte van hun kind toch juridisch vader kunnen worden, is ook van toepassing op de meemoeder. Mocht de meemoeder overlijden in de periode voor de geboorte en na de kunstmatige donorbevruchting, dan geldt zij toch als moeder als de verklaring bij de geboorteaangifte wordt overgelegd (art. 1:198 lid 1 onder b jo. lid 2 BW).

### 10.8.5 Moeder door erkenning (art. 1:198 lid 1 onder c BW)

Nieuw is ook de mogelijkheid voor vrouwen om een kind te erkennen. De wetgever heeft hier het oog op vrouwenparen die samen een kind krijgen, maar het bereik van de wet is (net als bij mannen) groter, omdat iedere vrouw een kind kan erkennen, als aan de voorwaarden voor erkenning is voldaan. Door erkenning wordt de vrouw de tweede moeder van het kind. Erkenning is dus bijvoorbeeld van belang als de moeders samen met een bekende donor een kind krijgen. Ook als de moeders wel een onbekende donor gebruikt hebben, maar geen formele relatie met elkaar hebben op het moment dat het kind geboren wordt, moet de meemoeder het kind erkennen voor het ontstaan van een juridische afstammingsband.

De regels voor erkenning zijn opgenomen in artikel 1:203 en 1:204 BW en zijn voor moeders en vaders op hoofdlijnen gelijk (zie par. 10.7.4). Er is wel een verschil met betrekking tot de regeling van de vervangende toestemming voor erkenning. Ook voor de meemoeder is vereist dat de geboortemoeder (en het kind van 12 jaar en ouder) instemt met de erkenning. Bij een weigering kan een verzoek om vervangende toestemming worden ingediend bij de rechtbank. De instemmende levensgezel van de geboortemoeder (de meemoeder dus) heeft de mogelijkheid naar de rechter te gaan. De wetgever geeft in lid 4 van artikel 1:204 BW aan de rechter een andere, strengere maatstaf dan voor de biologische vaders geldt. Het criterium is dat de rechter het verzoek om toestemming kan toewijzen als dit in het belang van het kind is. De drempel is voor vaders eenvoudiger (zie par. 10.7.4).

Denkbaar is de situatie dat zowel de bekende donor als de meemoeder om vervangende toestemming verzoekt. In de Kamerdebatten is in dat verband opgemerkt dat de rechter de belangen van alle betrokkenen zal afwegen. Het belang van het



kind vormt in deze afweging een overweging van de eerste orde.<sup>26</sup> Dat betekent dat de jurisprudentie moet worden afgewacht.<sup>27</sup>

Ook zal moeten worden afgewacht of de rechtspraak de regels die ontwikkeld zijn voor vaders voor de situatie waarin de geboortemoeder aan een ander toestemming tot erkenning geeft of heeft gegeven, van toepassing zal oordelen op moeders.

### 10.8.6 Moeder door gerechtelijke vaststelling van het moederschap (art. 1:198 lid 1 onder d BW)

Wat nu als twee vrouwen samen besluiten een kind te krijgen en op te voeden, maar de meemoeder na de geboorte geen juridisch ouder wil worden? De verantwoordelijkheid voor het kind rust dan alleen op de geboortemoeder, ook al zijn er andere afspraken gemaakt. Voor dat geval heeft de wetgever de regeling van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap uitgebreid tot vrouwen die als levensgezel hebben ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (art. 1:207 lid 1 BW). De titel van de afdeling luidt 'gerechtelijke vaststelling van het ouderschap'. Voor vaders bestaan twee grondslagen voor de vaststelling van hun vaderschap: het verwekkerschap of het zijn van instemmende levensgezel. Voor de meemoeder geldt logischerwijs alleen de tweede grond. In dat geval is er dus sprake van intentioneel ouderschap en heeft de meemoeder samen met de geboortemoeder procreatoire verantwoordelijkheid voor het kind.

De *termijn* waarbinnen de geboortemoeder een verzoek kan indienen is vijf jaar na de geboorte van het kind (art. 1:207 lid 3 BW). Voor het kind geldt geen termijn. Voor het overige wordt verwezen naar par. 10.7.5 inzake de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.

## 10.9 Het verbreken van afstammingsbanden

### 10.9.1 Inleiding

Familierechtelijke betrekkingen kunnen niet alleen worden gevestigd, maar onder strikte voorwaarden ook worden verbroken. Bij de vraag waar de wetgever de balans moet leggen tussen de mogelijkheden die banden aan te tasten, speelt het belang van rechtszekerheid (voor betrokkenen en derden) een belangrijke rol. Hoewel het afstammingsrecht ingrijpend veranderd is, doordat intentioneel en sociaal ouderschap als rechtsgrond belangrijker zijn geworden, is de biologische afstamming bij de vraag of het doorsnijden van die banden mogelijk is, wél zeer belangrijk. Daarmee hinkt het afstammingsrecht in zekere zin toch op twee gedachten.

Het doorsnijden van gevestigde banden maakt een inbreuk op het door artikel 8 EVRM beschermde familie- en gezinsleven, zowel van het kind als van de juridische ouder. Dat impliceert dat de inbreuk bij wet voorzien moet zijn en maakt tus-

<sup>26</sup> Kamerstukken I 2012-2013, 33 032, nr. C, p. 6.

<sup>27</sup> Zie M.J. Vonk, Duomoederschap anno 2014, Tijdschrift voor relatierecht en praktijk 2014, nr. 3, p. 29-35 waarin een aantal scenario's met conflicterende aanspraken op ouderschap wordt uitgewerkt.

senkomst van een onafhankelijke derde zoals de rechter noodzakelijk. Het gaat om dwingend recht dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. Partijen kunnen dus niet op grond van een onderlinge overeenkomst afspreken dat een van hen niet langer de juridisch ouder van het kind is.

Bij de vraag of een afstammingsband verbroken kan worden, zijn drie aspecten van belang:

1. Op welke grondslag kan een verzoek worden ingediend?
2. Wie kan een verzoek indienen?
3. Binnen welke termijn dient een verzoek ingediend te zijn?

Dit is niet in één wettelijke bepaling geregeld, maar per rechtsfiguur afzonderlijk. Voor het verbreken van de band tussen de echtgenoot/geregistreerde partner van de moeder en het kind, is de regeling van de ontkenning van het huwelijks vaderschap/moederschap van belang, voor ouderschap ontstaan door erkenning, is de regeling van de vernietiging van de erkenning beslissend.

Vooraf zijn nog twee constatering van belang. In de eerste plaats is het moederschap van de geboortemoeder niet te verbreken, behalve in het geval dat het kind later door (een) andere ouder(s) geadopteerd wordt (art. 1:228 BW). Dat komt echter in de praktijk weinig voor (zie hoofdstuk 11). In de tweede plaats kan de band die ontstaan is door een gerechtelijke vaststelling van het ouderschap niet verbroken worden. Als de rechter heeft vastgesteld dat een man of vrouw de vader of moeder van het kind is, ligt dit definitief vast, ook als het kind het daarmee, na het bereiken van de meerderjarigheid, niet eens is.

Hierna worden de ontkenning van het ouderschap en de vernietiging van de erkenning behandeld, eerst zoals de regeling voor vaders geldt en dan, voor zover nodig, zoals die sinds 1 april 2014 voor moeders van toepassing is.

## **10.9.2 Het ontkennen van huwelijks ouderschap (art. 1:200/1:202a en b BW)**

### *10.9.2.1 Ontkennen van vaderschap*

In artikel 1:200 BW is de ontkenning van het huwelijks vaderschap geregeld. Het gaat dus om de man die een huwelijk of een geregistreerd partnerschap met de geboortemoeder had ten tijde van de geboorte van het kind en die dus van rechtswege als vader is aangemerkt op grond van artikel 1:199 sub a BW. De wet veronderstelt dat hij de biologische vader is, maar dat hoeft niet het geval te zijn. In alle gevallen is de man wel de echtgenoot van de moeder en dat betekent dat hij doorgaans wel sociaal ouder zal zijn. Onder voorwaarden is het mogelijk dit huwelijks vaderschap te verbreken.

In de zaak *Kroon t. Nederland* werd geklaagd over een inbreuk op artikel 8 EVRM, omdat het niet mogelijk was om het huwelijks vaderschap van de echtgenoot te verbreken, ook al wilde de verwekker (een andere man dan de echtgenoot, die met de noorderzon vertrokken was) het kind erkennen met toestemming van de moeder.

De klacht werd door het EHRM gegrond verklaard en de wetgever heeft het BW aangepast.

De *grond* voor een ontkenning is dat de man niet de biologische vader van het kind is. Dat betekent dat het verzoek toewijsbaar is als de man niet de verwekker is en niet degene wiens sperma is gebruikt. Is het sperma van de echtgenoot gebruikt, dan kan het vaderschap niet ontkend worden. De grond dat de man niet de biologische vader is, is de enige grond.

Aan de *geboortemoeder, de juridische vader en het kind* is de bevoegdheid toegekend een verzoek in te dienen. Een bijzondere curator heeft in de procedure tot taak de belangen van het kind te behartigen (art. 1:212 BW). Andere personen zijn niet bevoegd een verzoek in te dienen. Dat betekent dat ook de verwekker niet bevoegd is een verzoek in te dienen. Hij is aldus afhankelijk van de vraag of de ouders of het kind zo'n verzoek indienen.

Dat impliceert dus dat als een gehuwde vrouw zwanger is van een andere man dan haar echtgenoot, haar echtgenoot als vader geldt en dat de echte vader geen poot heeft om op te staan. De gedachte van de wetgever lijkt te zijn dat de lieve vrede in het gezin niet door een derde verstoord mag worden. Hoewel daar iets voor te zeggen is, is het aan de andere kant zo dat het kind er recht op heeft te weten wie zijn vader is, terwijl de verwekker ook een groot belang heeft om in rechte als vader erkend te worden en een band met zijn kind op te kunnen bouwen. Op dit punt lijkt het huwelijk nog een streepje voor te hebben op het ongehuwd samenleven: immers, als een man een kind verwekt bij een ongehuwde moeder die samenleeft met haar partner, die zij toestemming geeft tot erkenning, heeft de verwekker wel mogelijkheden om een verzoek voor vervangende toestemming aan de rechter voor te leggen. Of dit verschil, gelet op de maatschappelijke omstandigheden, nog gerechtvaardigd is, is de vraag.<sup>28</sup>

De moeder en de vader kunnen het vaderschap niet ontkennen indien de man vóór het huwelijk of geregistreerd partnerschap kennis heeft gedragen van de zwangerschap, zelfs al wist hij dat niet hij, maar een derde de verwekker was. Het kind zelf heeft in dit geval wel de mogelijkheid om het juridisch vaderschap aan te tasten. Op grond van artikel 1:200 lid 3 BW kunnen de vader en de moeder het door huwelijk ontstane vaderschap (ook) niet ontkennen, indien de man heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (bijvoorbeeld tot donorinseminatie, partnerruil of prostitutie). Ook in dat geval is het kind daar niet aan gebonden.

De *termijn* waarbinnen het verzoek moet zijn ingediend, bedraagt voor de moeder een jaar na de geboorte van het kind. Voor de vader is dat ook een jaar, maar die termijn begint te lopen op het moment dat hij ervan op de hoogte komt dat hij vermoedelijk niet de biologische vader van het kind is. Voor het kind geldt een termijn van drie jaar, te beginnen vanaf het moment dat hij ermee bekend is dat de

28 W.M. Schrama, Groene Serie Personen- en familierecht, aantek. 5 bij art. 1:200 BW.

man vermoedelijk niet zijn biologische vader is. Komt het kind daarvan op de hoogte tijdens zijn minderjarigheid, dan loopt de termijn tot drie jaar nadat het kind 18 jaar is geworden (art. 1:200 lid 5 BW).

Voor bijzondere situaties is in artikel 1:201 BW een regeling getroffen. Mocht de vader of het kind overlijden voordat het verzoek is gedaan, dan is een kring van alternatief bevoegde verzoekers aangewezen in artikel 1:201 BW.

Indien aan de voorwaarden is voldaan, wijst de rechter het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning toe. Een gegrondverklaring heeft terugwerkende kracht (art. 1:202 BW). Dat houdt in dat het kind de man nooit als vader heeft gehad.

#### 10.9.2.2 *Ontkennen van moederschap*

In het kader van de ontkenning van het moederschap zijn twee nieuwe artikelen aan het wetboek toegevoegd (art. 1:202a en b BW). Op grote lijnen stemt de regeling overeen met die voor de ontkenning van het vaderschap. Het gaat in deze gevallen dus alleen om het moederschap van de meemoeder dat *van rechtswege* ontstaan is door de geboorte van het kind binnen het huwelijk of geregistreerd partnerschap met de geboortemoeder. Dat veronderstelt dus dat een verklaring van de Stichting Donorgegevens is overgelegd bij de geboorteaangifte. In andere gevallen is ontkenning van het moederschap niet aan de orde (maar misschien wel een vernietiging van de erkenning).

De *grond* is hier, net als bij de ontkenning van het vaderschap, dat de moeder niet de biologische moeder van het kind is. Afgezien van de zeldzame gevallen van eiceldonatie door de meemoeder aan de geboortemoeder, is dus altijd voldaan aan deze grond voor ontkenning. Toch betekent dit niet dat de geboortemoeder en de meemoeder altijd met succes een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning kunnen indienen. Doorgaans zal dat juist niet het geval zijn, omdat kennis van de zwangerschap voor het huwelijk of geregistreerd partnerschap of instemming van de meemoeder met een daad die de verwekking tot gevolg kan hebben gehad, aan een verzoek in de weg staat, zowel voor de geboortemoeder als de meemoeder (art. 1:202a lid 2 BW).<sup>29</sup> Uit de wettelijke regeling kan dus ook worden afgeleid dat het *kind* dus wel altijd een verzoek kan indienen (mits binnen drie jaar na zijn meerderjarig worden).

Ook op dit punt komt het grote verschil naar voren tussen de grondslagen van het afstammingsrecht bij aan de ene kant de vestiging van relaties en aan de andere kant het verbreken van relaties tussen ouders en kinderen. Waar aanvaard is dat de biologische afstamming niet nodig is, ook niet als het gaat om een groep ouders die per definitie niet de biologische ouder kan zijn, is het ontbreken van diezelfde biologische afstamming de exclusieve grond om die relatie te verbreken. De staatssecretaris merkt in dit verband op: 'De basis van het afstammingsrecht blijft in dit licht gehandhaafd: het juridisch ouderschap kan in overeenstemming worden gebracht

29 Hoewel ook niet geheel ondenkbaar: zie W.M. Schrama, Groene Serie Personen- en familierecht, aantek. 6 bij art. 1:202a BW.

met de biologische werkelijkheid' (Kamerstukken II 2011-2012, 33 032, nr. 3, p. 16). De wet legt hiermee het grote spanningsveld bloot dat bestaat tussen de wens tot het goed regelen van de situatie van tweemoedergezinnen en het inpassen in het bestaande systeem, hetgeen blijft wringen.

### 10.9.3 Vernietiging van erkenning

Als het ouderschap niet van rechtswege, maar door actief handelen van de ouders is ontstaan, beschrijven de artikelen 1:205 BW en 1:205a BW de mogelijkheden om hier in een later stadium een wijziging in aan te brengen. Hierna wordt eerst de regeling voor vernietiging van de erkenning door een man besproken. Daarna wordt, voor zover nodig, ingegaan op de afwijkende regels voor de vernietiging van een erkenning door een vrouw.

#### 10.9.3.1 Vernietiging van erkenning gedaan door de man

Artikel 1:205 BW heeft betrekking op de mogelijkheden die er voor de betrokkenen zijn om een erkenning te laten vernietigen. Ook hier kunnen partijen niet samen afspreken dat zij een wijziging in de afstamming brengen, maar dient de rechter daarover te beslissen. Daarbij is een bijzondere curator betrokken om toe te zien op de belangen van het kind (art. 1:212 BW).

Net als bij de ontkenning van het huwelijks vaderschap is vernietiging alleen mogelijk op de *grond* dat de erkenner niet de biologische vader van het kind is. De term biologische vader heeft betrekking op verwekkers en donoren. Vernietiging is dus niet mogelijk als de man sperma ter beschikking heeft gesteld (dus wel de biologische vader is, maar niet de verwekker) en het kind heeft erkend.

De *bevoegdheid* een verzoek in te dienen is toegekend aan de geboortemoeder, de erkenner en het kind. Daarnaast kan het Openbaar Ministerie een verzoek indienen wegens strijd met de openbare orde en mits de man niet de biologische vader van het kind is (art. 1:205 lid 2 BW).

De wetgever heeft hier de belangen tegen elkaar moeten afwegen van een ongestoord familieleven en het algemene belang dat gediend is bij het tegengaan van schijnhandelingen. Erkenning is een rechtshandeling die niet op waarheid gebaseerd hoeft te zijn. Dat betekent dat een Nederlandse man kinderen uit het buitenland kan erkennen, ook als dat niet zijn eigen kinderen zijn, met geen ander doel dan bepaalde voordelen te behalen, bijvoorbeeld verkrijging van de Nederlandse nationaliteit of toegang tot Nederland.

*Derden* hebben volgens de wet geen mogelijkheid een verzoek tot vernietiging in te dienen. Daarop is in de rechtspraak evenwel een uitzondering aanvaard in bepaalde gevallen waarin de biologische vader het kind wilde erkennen. De vraag is of de moeder door de toestemming voor erkenning te geven aan een andere man misbruik van haar recht heeft gemaakt. De maatstaf daarvoor is niet al te streng, omdat het de vraag is of de moeder, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen de belangen van de vader bij de erkenning en de daartegenover staande belangen

van de moeder – telkens in verband met de belangen van het kind – in redelijkheid niet tot het weigeren van de toestemming had kunnen komen.<sup>30</sup> Als de biologische vader niet in staat is geweest om tijdig een verzoek tot vervangende toestemming in te dienen, terwijl de moeder toestemming heeft gegeven aan een andere man, wordt de toestemming die de moeder aan de erkenner heeft gegeven, aangemerkt als voorwaardelijke toestemming. Pas als de rechter heeft beslist op het verzoek van de biologische vader, kan bezien worden of de biologische vader of de niet-biologische vader de juridisch vader van het kind wordt.

Als het aan de biologische vader te wijten is dat hij niet eerder in actie is gekomen (hij heeft bijvoorbeeld heel lang gewacht), dan houdt het op.<sup>31</sup> Dat is slechts anders indien de moeder de erkenner uitsluitend toestemming heeft gegeven met het doel de belangen van de verwekker te schaden. Van dergelijk misbruik van recht door de moeder is niet snel sprake.<sup>32</sup> Afgezien hiervan hebben derden dus geen mogelijkheid om een erkenning door een ander te laten vernietigen.

De mogelijkheden van de geboortemoeder om een verzoek tot vernietiging in te dienen zijn gerelateerd aan het feit dat voor erkenning haar toestemming nodig is. Heeft ze die toestemming gegeven door bedreiging, dwaling, bedrog, of tijdens haar minderjarigheid door misbruik van omstandigheden bewogen is toestemming tot de erkenning te geven, dan kan ze een verzoek indienen. De *termijn* hiervoor is een jaar nadat de invloed heeft opgehouden te bestaan. Voor de erkenner geldt een vergelijkbare regeling; ook bij hem kan sprake zijn van een wilsgebrek ter zake van de erkenning (hetgeen een rechtshandeling is). Ook de termijn is gelijk. Het kind heeft een *termijn* van drie jaar nadat het bekend is geworden met het feit dat de erkenner vermoedelijk niet zijn biologische vader is; is dat gedurende zijn minderjarigheid, dat loopt de termijn van drie jaar vanaf het meerderjarig worden.

### 10.9.3.2 Vernietiging van erkenning gedaan door de meemoeder

Voor de vernietiging van een door een vrouw gedane erkenning zijn weliswaar aparte bepalingen in het leven geroepen, maar op hoofdlijnen is de regeling gelijk aan die voor mannen. Wel zijn er verschillen in de praktische uitwerking van de regels. Bij heterostellen kan onduidelijk zijn wie de vader is en zijn wilsgebreken (de man wist niet dat hij de vader niet was), hoewel geen regel, toch denkbaar. Bij de vrouwenparen ligt het minder voor de hand om aan een wilsgebrek te denken. De *facto* betekent dat, uitzonderlijke situaties daargelaten, dat er voor de *moeders* geen mogelijkheden zijn om tot een succesvolle vernietiging te komen. Alleen het

30 HR 8 april 1988, NJ 1989/170; HR 20 december 1991, NJ 1992/598; HR 28 oktober 1994, NJ 1995/261 m.nt. De Boer en HR 9 oktober 1998, NJ 1998/871. W.M. Schrama, Groene Serie Personen- en familierecht, aantek. 10 bij art. 1:204 BW met recente rechtspraak.

31 HR 8 april 1988, NJ 1989/170; HR 20 december 1991, NJ 1992/598; HR 28 oktober 1994, NJ 1995/261 m.nt. De Boer en HR 9 oktober 1998, NJ 1998/871; HR 18 september 1998, RvdW 1998/156c.

32 HR 12 november 2004, NJ 2005, 248 m.nt. de Boer.

kind zelf heeft die mogelijkheid, het is niet gebonden aan de keuze voor het niet-biologische ouderschap die zijn moeders voor hem gemaakt hebben.

De vraag is of een *bekende donor met family life*, die zich geconfronteerd ziet met een erkenning door de meemoeder, mogelijkheden heeft om daar een stokje voor te steken. Dit lijkt op de situatie waarin de verwekker te maken krijgt met een erkenning door een andere man (of vrouw). In dat geval heeft de verwekker, afhankelijk van de feitelijke situatie, meer mogelijkheden dan uit het wetboek naar voren komen. Het is de vraag of deze rechtspraak ook in de verhouding tussen twee vrouwen en een bekende donor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, zal worden toegepast.<sup>33</sup> De afspraken die partijen gemaakt hebben, bijvoorbeeld in een donorschapsplan, zullen hierbij waarschijnlijk een rol gaan spelen.

## 10.10 Bijzondere curator (art. 1:212 BW)

De rechtspositie van kinderen in procedures krijgt de laatste jaren meer aandacht.<sup>34</sup> Kinderen zijn procesonbekwaam en worden doorgaans vertegenwoordigd door hun ouders als wettelijke vertegenwoordiger (zie hoofdstuk 12). In zaken waar afstamming een rol speelt, heeft de wetgever bepaald dat de rechter (als het niet verzocht is, dan ambtshalve) een bijzondere curator benoemt, die de belangen van het kind vertegenwoordigt. De ouders vertegenwoordigen het kind dus niet in dit type procedures. Het maakt niet uit of het kind als verzoeker of als belanghebbende optreedt en in beide situaties zal de bijzondere curator diens belangen behartigen. Het gaat om alle afstammingszaken die voor de rechter spelen, dus bijvoorbeeld een procedure over de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap of de vernietiging van een erkenning.

## 10.11 Het recht op afstammingskennis

### 10.11.1 Inleiding

Dit is een relatief nieuw onderwerp binnen het afstammingsrecht en heeft betrekking op het recht van het kind (al dan niet minderjarig) te weten van wie het afstamt.<sup>35</sup> Er kan een onderscheid gemaakt worden tussen statusvoorlichting (wie zijn de juridische ouders?) en afstammingsvoorlichting (wie zijn de biologische ouders)? Tegenwoordig wordt algemeen onderschreven dat het voor kinderen van belang is hun ontstaansgeschiedenis te kennen. Het recht op afstammingskennis is als zodanig niet in het Nederlandse BW verankerd. Wel valt het onder de reik-

33 W.M. Schrama, Groene Serie Personen- en familierecht, aantek. 4 bij art. 1:205aBW; M.J. Vonk, Duomoederschap anno 2014, Tijdschrift voor relatierecht en praktijk 2014, nr. 3, p. 29-35.

34 Art. 12 Verdrag inzake de Rechten van het Kind (participatie en het hoorrecht van kinderen) en de door de Raad van Europa ontwikkelde 'Guidelines on child friendly justice'.

35 Zie twee proefschriften op dit terrein: R. Blauwhoff, *Foundational Facts, Relative Truths. A Comparative Law Study on Children's Right to Know their Origins*, Antwerpen: Intersentia 2009; J.A.E. van Raak-Kuiper, *Koekoekskinderen en het recht op afstammingsinformatie*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

wijdte van internationale regelingen, waaronder artikel 8 EVRM (*private life*) en artikel 7 Verdrag voor de rechten van het kind. Ook in de rechtspraak heeft dit recht erkenning gevonden, zowel internationaal als nationaal. Het feit dat het erkennen heeft gekregen, betekent nog niet dat het in een afweging van belangen het zwaarste weegt. Ook is het afdwingen van het recht lastig, vooral in die gevallen waarin kinderen niet weten dat ze van een andere vader afstammen dan ze denken.

### 10.11.2 Rechtspraak van het EHRM

Het EHRM heeft zich gebogen over de reikwijdte van het recht op afstammingskennis. Spraakmakend is de uitspraak van het Europese Hof in de zaak die Gaskin had voorgelegd, waarin hij klaagde over een schending van artikel 8 EVRM.<sup>36</sup> Aan Gaskin werd informatie over zijn jongste levensjaren onthouden, toen hij bij verschillende pleeggezinnen woonde. Het EHRM erkent het '*vital interest*' om over deze informatie te kunnen beschikken. Na een belangenafweging concludeert het hof dat het toenmalige Britse systeem niet voldeed, omdat toegang tot die gegevens afhankelijk was van degenen die aan het dossier hebben bijgedragen en er geen voorziening was om een weigering tot toegang aan een onafhankelijk orgaan voor te leggen. Aldus was sprake van een schending van artikel 8 EVRM.

In de EHRM-zaak *Odièvre t. Frankrijk* ging het om een vrouw die was afgestaan via een anonieme bevalling. Dat betekent dat niet alleen niet bekend was wie haar vader was, maar dat ze ook niet wist wie haar moeder was. Omdat ze contact wilde leggen met haar broers en zussen, wilde ze weten wie haar moeder was, hetgeen bekend was bij de instelling waar ze geboren was. Het EHRM erkent het recht om te weten van wie een persoon afstamt, maar oordeelde dat de ruimte die de Franse wetgeving bood, viel binnen de vrijheid ('*margin of appreciation*') die individuele lidstaten hebben.<sup>37</sup>

### 10.11.3 Nederlandse rechtspraak

In de context van het recht op afstammingskennis zijn de Valkenhorst-uitspraken beroemd. Het ging in deze zaken om de vraag hoe de belangen van de verschillende betrokkenen tegen elkaar afgewogen moesten worden in het kader van afstammingskennis. In een van deze zaken weigerde de moeder van de verzoeker om toestemming aan de kliniek Valkenhorst te geven om haar dochter (verzoeker) inzage te geven in gegevens waaruit bleek wie haar vader was. Het hoogste rechtscollege erkende dat het recht te weten van wie men afstamt besloten ligt in het algemene persoonlijkheidsrecht en in artikel 7 IVRK. Het is echter geen absoluut recht. De rechter dient een belangenafweging te maken tussen de belangen van de dochter en de moeder, waarbij het recht van een meerderjarig natuurlijk kind zoals verzoeker om te weten door wie het is verwekt, prevaleert boven het recht van de moeder (dat besloten ligt in het recht op respect voor haar privéleven) om zulks ook tegenover haar kind verborgen te houden. Behalve door het vitaal belang van dit recht voor het kind wordt deze voorrang daardoor gewettigd dat de natuurlijke moeder in de regel mede verantwoordelijkheid draagt voor het bestaan van dat kind. Dat houdt niet in dat kinderen er onder alle omstandigheden aanspraak op het recht op infor-

36 EHRM 7 juli 1989, nr. 10454/83 (Gaskin t. Groot-Brittannië).

37 EHRM 13 februari 2003, nr. 42326/98 (Odièvre t. Frankrijk).



matie geldend kunnen maken; hoe de belangenafweging uitvalt, is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval.

#### 10.11.4 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting

Het recht op afstammingskennis speelt een grote rol bij kunstmatige voortplantingstechnieken. Tot 2004 was het in Nederland mogelijk om als donor anoniem sperma af te geven zonder dat werd geregistreerd wie de donor was en welke kenmerken hij had. Met het in werking treden van de Wet Donorgegevens Kunstmatige Bevruchting behoort dat tot het verleden. Behandelende instellingen zijn verplicht om een aantal gegevens van de donor op te nemen en af te geven aan de Stichting Donorgegevens, die is opgericht met het doel om op korte en lange termijn te voorzien in een behoefte aan gegevens (art. 4 WDKB). De ratio van dit alles is om kinderen in de gelegenheid te stellen te achterhalen wie hun biologische ouder is. De term anonieme donor wordt wel vaak gebruikt, maar is niet correct: het gaat om een onbekende donor, van wie de identiteit indien gewenst doorgaans door het kind kan worden achterhaald.

De medische gegevens van de donor (alleen opvraagbaar voor artsen), de fysieke gegevens (bijvoorbeeld kleur haar) en de sociale gegevens (bijv. opleiding) worden bijgehouden. Kinderen vanaf 12 jaar (en de ouders als wettelijk vertegenwoordigers) kunnen de fysieke en sociale gegevens van de donor opvragen. Kinderen vanaf 16 jaar kunnen bij de Stichting een verzoek indienen om de identificerende persoonsgegevens van de donor te mogen ontvangen. De donor moet hiervoor schriftelijk toestemming geven. Weigert de donor dat, dan dient de Stichting een afweziging te maken tussen de belangen van het kind en die van de donor. De gegevens worden verstrekt, tenzij zwaarwegende belangen van de donor meebrengen dat verstrekking niet hoort plaats te vinden (art. 3 lid 2 WDKB). De donor kan bezwaar aantekenen tegen een voorgenomen besluit van de Stichting tot verstrekking van zijn persoonsgegevens.

#### 10.12 Vragen voor de toekomst

In de nabije toekomst zal een aantal vragen op het terrein van het afstammingsrecht aandacht vereisen. De vraag rijst hoe het familierecht zal reageren op de maatschappelijke en medische ontwikkelingen, als gevolg waarvan de rol van biologie een andere zal zijn dan nu. Meer kinderen zullen geboren worden en opgroeien in situaties waarin ze niet (alleen) een vader en een moeder hebben, zoals na draagmoederschap. Denk bijvoorbeeld ook aan het toekomstige scenario waarbij het mogelijk zou zijn om een kind te krijgen via twee eicellen en twee spermadonoren. Waarbij moet het afstammingsrecht dan aanknopen en voor hoeveel ouders is er plaats? Op dit punt doen zich dus mogelijk twee knelpunten voor:

1. de aanknopng bij biologie;
2. het model waarin slechts voor twee ouders plaats is.

De wetgever heeft inmiddels de Staatscommissie Herijking Ouderschap benoemd.<sup>38</sup> Deze commissie heeft tot opdracht in een ruimere context na te den-

38 Kamerstukken II 2013-2014, 33 863, nr. 2.

ken over de relatie tussen ouders en kinderen en te reflecteren op de uitgangspunten betreffende het ontstaan van juridisch ouderschap. In de tweede plaats zal de Staatscommissie worden gevraagd in het bijzonder in te gaan op vragen die betrekking hebben op het creëren van wettelijke mogelijkheden tot meerouderschap, meeroudergezag en draagmoederschap.

Een andere kwestie waar het evenzeer gaat om het bijhouden van de maatschappelijke ontwikkelingen, betreft de kinderen die buiten een formele relatie worden geboren; inmiddels is dat circa 40% van alle kinderen. Zou het verschil in rechtspositie tussen kinderen geboren uit ouders met een formele relatie en een informele relatie niet beter verkleind of opgeheven kunnen worden? Dit zou ook door de staatscommissie meegenomen kunnen worden.<sup>39</sup>

### 10.13 Literatuur

M.V. Antokolskaia, W.M. Schrama, K.R.S.D. Boele-Woelki, C.C.J.H. Bijleveld, C.G. Jeppesen de Boer en G. van Rossum, *Meeroudergezag, Een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

R.J. Blauwhoff, *Foundational Facts, Relative Truths. A Comparative Law Study on Children's Right to Know their Origins*, Antwerpen: Intersentia 2009.

K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, W. Schrama en M. Vonk, *Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen*, Familie & Recht nr. 4, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

J. de Boer, *Now, Gods, Stand up for bastards* (oratie Amsterdam), Arnhem: Gouda Quint 1993.

C. Forder, *Legal Establishment of the Parent-Child Relationship: Constitutional Principles* (diss. Maastricht), 1995.

A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

J.A.E. van Raak-Kuiper, *Koekoekskinderen en het recht op afstammingsinformatie* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

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 2009, p. 69-91.

39 W.M. Schrama, *De Staatscommissie: Niet alleen drie-, maar ook tweeeoudergezinnen*, FJR 2014, nr. 9, p. 50.

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

M.J. Vonk, Duomoederschap anno 2014, Tijdschrift voor relatierecht en praktijk 2014, nr. 3, p. 29-35.

S.F.M. Wortmann, Als een eigen kind (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1998.